PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2004

De Europese vennootschap (SE)

Prof. mr. H.J. de Kluiver

Prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin

Mr. P.A.M. Witteveen

Prof. mr. J.W. Bellingwout

KLUWER

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT' 2004

PREADVIES VAN DE VEREENIGING
'HANDELSRECHT'

2004

De Europese vennootschap (SE)

Prof. mr. H.J. de Kluiver

Prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin

Mr. P.A.M. Witteveen

Prof. mr. J.W. Bellingwout

KLUWER

ISBN 90-13-00878-X

© 2004 H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen, J.W. Bellingwout

Secretariaat van de Vereeniging 'Handelsrecht':
Mr. lic. R.J.A. Bron-Slis
Weena 690, 3012 CN Rotterdam
Postbus 2888, 3000 CW Rotterdam
telefoon 010 224 6410

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Woord vooraf

Bijna 40 jaar nadat in het bestuur van de Vereeniging Handelsrecht al een uitvoerige discussie is gevoerd over de Europese n.v. als mogelijk onderwerp voor een preadvies (zie C.J.H. Jansen, jubileumboek Vereeniging Handelsrecht 1918-1993, p. 22) ligt dat nu voor. De gedachtevorming over nut en noodzaak van een preadvies heeft aldus gelijke tred gehouden met de ontwikkeling van de SE zelf. Het idee voor zo'n SE is eind jaren vijftig van de vorige eeuw gelanceerd, onder andere in de bekende Rotterdamse oratie van Sanders. De verwerkelijking daarvan is echter een langdurig en ingewikkeld proces gebleken. Dat is pas in 2001 afgerond met de afkondiging van een EG Verordening en een EG Richtlijn ter zake. In aanvulling daarop wordt nationale uitvoerings- en implementatiewetgeving uitgevaardigd. In al deze regelgeving zijn de bouwtekeningen vervat aan de hand waarvan per 8 oktober 2004 SE's kunnen worden opgericht. Helaas zijn die bouwtekeningen eenvoudig noch eenduidig. Dit preadvies beoogt bij het analyseren daarvan de helpende hand te bieden.

In Deel I van dit preadvies worden allereerst de contouren van de SE geschetst tegen de achtergrond van het zich ontwikkelende Europese ondernemingsrecht. Dat Europese ondernemingsrecht wordt niet slechts bepaald door voortschrijdende Brusselse regelgeving, maar evenzeer door de rechtspraak van het Luxemburgse Hof van Justitie in het bijzonder waar het betreft de vrijheid van vestiging. Vervolgens wordt uitgebreid ingegaan op de wijzen waarop een SE kan worden gevormd en de complicaties die daarbij kunnen rijzen. Ook de mogelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een SE wordt belicht. Geconcludeerd wordt dat in ieder geval de geboden mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie voor de praktijk interessante perspectieven bieden kan. In hoeverre het oprichten van dochter-SE's betekenisvol kan zijn, zal afhangen van ontwikkelingen in het nationale vennootschapsrecht. Daarbij zal (beperking van) medezeggenschap een factor van betekenis kunnen zijn. Ook als het gebruik van de SE beperkt zal blijken, zal echter het enkele bestaan van deze rechtsvorm niet nalaten invloed te hebben op het debat over de vormgeving van zowel het nationale als het Europese vennootschapsrecht.

Deel II gaat over de interne organisatie van de SE. Geanalyseerd wordt hoe de SE zich verhoudt tot het nationale nv-recht en welke knelpunten kunnen rijzen als een SE in Nederland wordt gevestigd. De interne structuur en de gang van zaken in de SE wordt slechts beperkt door de Verordening en de Richtlijn geregeld. Voor het merendeel wordt aansluiting gezocht bij het nationale nv-recht. Doordat de Verordening en de Nederlandse Uitvoeringswet niet eenduidig aangeven welke regels van het nv-recht voor de SE gaan

gelden, en doordat de Verordening zelf soms regels geeft die voor meer dan één uitleg vatbaar zijn, kan onzekerheid bestaan over de interne organisatie van de SE. Geconcludeerd wordt dat het aanbeveling verdient in de nationale uitvoeringswetgeving te trachten deze onzekerheid te beperken. In Deel II wordt ook aandacht besteed aan de mogelijkheid voor de SE een keuze te maken tussen een monistisch (*one tier*) en dualistisch (*two tier*) bestuursmodel en de gevolgen daarvan.

Deel III is gewijd aan de regeling van de medezeggenschap zoals die is neergelegd in de Richtlijn. Het betreft hier een ingewikkelde materie. Een eerste aspect daarvan is de regeling van procedures volgens welke een bepaald medezeggenschapsregime wordt vastgesteld. Uitgangspunt daarbij is dat zulks de uitkomst zou moeten zijn van onderhandelingen tussen werknemers en de bij de oprichting van een SE betrokken vennootschappen. De regulering van die onderhandelingen wordt in kaart gebracht. Een tweede aspect betreft de toepasselijkheid van een medezeggenschapsregime als geen overeenstemming wordt bereikt. Dat brengt ook de Nederlandse structuurregeling weer nadrukkelijk in beeld. Een derde aspect betreft ten slotte de mogelijkheden die bestaan om na vorming van een SE de aangegane medezeggenschapsregeling de facto te neutraliseren in nadien te ondernemen herstructureringsoperaties. Een en ander loopt uit op een aantal aanbevelingen en punten ter overdenking aan de wetgever tot aanpassing van het wetsvoorstel dat de EG Richtlijn in het Nederlandse recht implementeert.

De fiscale begeleiding van de vorming en eventuele zetelverplaatsing van een SE is het onderwerp van Deel IV. De regeling daarvan is ronduit mager. Dat betekent echter niet dat de SE om die reden ten dode is opgeschreven. Hoewel in beginsel moet worden 'afgerekend' bij fusie en zetelverplaatsing, zullen er ook veel gevallen zijn waarin deze afrekening niet aan de orde is. Voorts biedt de grensoverschrijdende juridische fusie voor de fiscale praktijk een dermate interessant instrumentarium voor de structurering van overnames en interne reorganisatie, dat reeds om die reden gebruik zal worden gemaakt van de SE regeling. Wel zal men zich moeten realiseren dat eenvoud ook hier niet karakteristiek voor de SE is. Wordt de SE bijvoorbeeld opgericht door middel van fusie dan zullen de fiscale gevolgen in kaart worden gebracht voor alle bij de oprichting betrokken vennootschappen en hun aandeelhouders, ter zake van zowel de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting, dividendbelasting, kapitaalsbelasting, overdrachtsbelasting als de omzetbelasting. Daar komt nog bij dat doorgaans ook het belastingregime van een of meer andere lidstaten bij een grensoverschrijdende fusie betrokken zal zijn en dat dit alles geschiedt onder het gesternte van de Europese fiscale Fusierichtlijn.

Het voorgaande zou de opvatting kunnen doen post vatten dat juridische eenvoud niet het kenmerk is van de SE regeling. In die opvatting zal de lezer bij kennisneming van dit preadvies waarschijnlijk worden bevestigd. Ook bij de preadviseurs is werkende weg wel eens de gedachte opgekomen dat de afkorting SE behalve voor Societas Europaea ook wel eens voor 'Simplicitas Exit' zou kunnen staan. Zoals gezegd, de bouwtekeningen zijn eenvoudig noch eenduidig. Wij hebben getracht deze zodanig toe te lichten dat de lezer zich een gefundeerd oordeel kan vormen over de vraag of in bepaalde omstandigheden gebruikmaking van een SE zinvol is en welke mogelijkheden vennootschaps- medezeggenschaps- en belastingrecht dan bieden. Bij het in kaart brengen daarvan zijn wij tot de conclusie gekomen dat op sommige onderdelen de bouwtekeningen zelf voor verbetering vatbaar zijn. Met het oog daarop wordt en passant tevens een aantal aanbevelingen voor aanpassing en aanvulling van de nationale wetgeving aan de wetgever gericht.

Harm-Jan de Kluiver
Sven Dumoulin
Paul Witteveen
Jaap Bellingwout

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf V

DEEL I

Een vennootschap in wording 1

1. Europa en het ondernemingsrecht: 35 jaar Richtlijnen 3

2. De SE in het licht van het EG harmonisatieprogramma 4

3. SE: vennootschapsrecht, medezeggenschapsrecht en fiscaal recht 5

3.1 Medezeggenschap "before" en "after" de Commissie Davignon 5
3.2 Fiscale aspecten 7

4. Een "vierde" dimensie: EG Hof van Justitie bevordert mobiliteit door beperking van de leer van de werkelijke zetel 8

5. Voor SE geldt de leer van de werkelijke zetel echter onverkort 10

5.1 Gevolg 1: onduidelijkheid over wat de werkelijke zetel is 11
5.2 Gevolg 2: nationale vennootschappen zijn vrij de werkelijke zetel te verplaatsen, maar zetelverplaatsing voor de SE vereist aanpassing aan buitenlands recht 13
5.3 Een derde aandachtspunt: de fiscale vestigingsplaats 13

6. Nog een aspect van de rechtspraak van het EG Hof: algemeen belang 14

6.1 Vennootschapsrecht en algemeen belang 14
6.2 Medezeggenschap en algemeen belang 15

7. Zetelverplaatsing van een SE 17

7.1 Procedure in de vertrekstaat 18
7.2 Procedure in de aankomststaat 20
7.3 Bescherming van aandeelhouders 21
7.4 Positie van werknemers 22

7.5	Positie van crediteuren	22
7.6	Processuele aspecten	23
7.7	Positie van de overheid	24
7.8	Conclusie	25
8.	**Toepasselijk recht op de SE**	25
8.1	Nationaal recht mag niet strijden met de SE-VO	26
8.2	Nationaal recht, statutaire regelingen en medezeggenschaps-regeling	26
9.	**Nationaal recht vult de SE-VO aan**	27
9.1	Wanneer is een regeling in de SE-VO uitputtend?	27
9.2	Wat zijn de grenzen aan het toe te passen nationale recht?	28
10.	**Bepaling van medezeggenschap als constitutief vereiste voor de SE (art. 12 SE-VO)**	29
10.1	Inschrijving	29
10.2	Bepaling van medezeggenschap	29
11.	**De Nederlandse SE, de structuurregeling en de "one-tier" board**	30
11.1	Uitgangspunten van vennootschappelijke medezeggenschap in de SE-VO	30
11.2	SE's kunnen "medezeggenschapsvrij" zijn	31
11.3	SE's kunnen echter ook verplicht structuurvennootschap zijn (bij voorbeeld bij "omzetting")	31
11.4	UitvW en IW nemen een ander standpunt in dat niet zonder meer overtuigt	33
11.5	Nog een voorbeeld: oprichting van een dochter-SE	34
11.6	"One-tier board"	34
11.7	Tussenconclusie	35
11.8	Consequenties in geval van vervreemding van een "structuur" SE	36
11.9	De "structuur" SE en de one-tier board	37
11.10	Kanttekening bij de toepasselijkheid van het structuurregime	38

Vorming van de SE: de oprichtingsmodaliteiten

12. Vorming van een SE: de vijf wijzen (van ontstaan) 39

12.1 Internationaal aspect is snel aanwezig 40
12.2 SE als partij bij fusies 40

13. Verhouding met oprichtingseisen naar Nederlands recht 41

14. Vorming van een SE door grensoverschrijdende fusie: art. 2 (1) en artt. 17-31 SE-VO 42

14.1 Voorwaarden en fusievormen 42
14.2 Procedure 42
14.3 Minderheidsaandeelhouders, crediteuren en minister van Justitie kunnen zich verzetten 44
14.4 Gevolgen van verzet 46

15. De grensoverschrijdende fusie nader bezien 47

15.1 Verhouding met Nederlandse fusievoorschriften en de Derde Richtlijn 47
15.2 Besluitvorming door algemene vergadering 49
15.3 Notariële akte; van kracht worden van de fusie 50
15.4 Bijzondere fusievormen: moeder-dochter fusie, zusterfusie, driehoeksfusie 52
15.5 De positie van certificaathouders bij (grensoverschrijdende) fusie en zetelverplaatsing 53

16. Totstandkoming van de fusie en toepassingsmogelijkheden 55

16.1 Verdwijnende Nederlandse vennootschap en de notaris 55
16.2 Verkrijgende Nederlandse vennootschap en de notaris 56
16.3 Inschrijving 59
16.4 Toepassingsmogelijkheden 61
16.5 Herstructurering binnen concerns 61
16.6 De facto zetelverplaatsing van nationale vennootschappen 62

17. Oprichting van een holding SE: art. 2 (2) en artt. 32-34 SE-VO 63

17.1 Randvoorwaarden 64
17.2 Complicaties 66
17.3 Conclusie 68

18. Oprichting van een dochter-SE 68

18.1 Oprichting door twee 'nationale' vennootschappen: art. 2 (3) en artt. 35-36 SE-VO 68
18.2 Oprichting van een dochter-SE door een bestaande SE: art. 3 (2) SE-VO 71
18.3 Toepassingsmogelijkheden van de dochter-SE 71

19. De dochter-SE en medezeggenschap: een wolf in schaapskleren? 72

19.1 Beperking of ontwijking van medezeggenschap? 72
19.2 De grenzen open 72
19.3 En soms de grenzen dicht? 74

20. Omzetting van een NV in een SE (en andersom): art. 2 (4), 37 en 66 SE-VO 75

20.1 Omzetting van een NV in een SE 76
20.2 Omzetting van een SE in een NV 77
20.3 Omzetting en medezeggenschap 77

21. Fusie van een SE met 'nationale' vennootschappen 78

22. Splitsing van een SE 79

22.1 Zuivere splitsing in SE's 79
22.2 Afsplitsing naar andere SE's 79
22.3 Zuivere splitsing in c.q. afsplitsing naar NV's of BV's 79
22.4 Splitsing en omzetting 80

23. Slotbeschouwing 80

24. Aanbevelingen en overwegingen voor de wetgever 85

DEEL II

De organisatie van de Europese vennootschap		87
1.	**Inleiding**	89
1.1	Over dit deel II	89
1.2	Algemene opmerkingen	89
a.	De regels die gelden voor een Nederlandse SE	89
b.	Tekst van de SE-VO en het voorstel Uitvoeringswet	92
2.	**Bestuur en toezicht van de SE**	92
2.1	Inleiding	92
a.	Algemeen	92
b.	Bestuur en toezicht	93
c.	Uitwerking van bestuur en toezicht in het voorstel Uitvoeringswet; structuurregime	93
2.2	De bestuursmodellen van de SE	95
a.	Algemeen	95
b.	Medezeggenschap	96
c.	Organen	97
2.3	Hoofdlijnen van het dualistisch model volgens de SE-VO	97
a.	Verdeling van bevoegdheden tussen het leidinggevend en het toezichthoudend orgaan	97
b.	Twee duale structuren in één dualistisch model?	98
c.	Benoeming en ontslag van leidinggevers	98
d.	Benoeming en ontslag van toezichthouders	100
e.	Vacature in het leidinggevend orgaan	100
f.	Informatieverschaffing	101
2.4	Hoofdlijnen van het monistisch model volgens de SE-VO	102
a.	Inleiding	102
b.	De *one-tier board* in het Nederlands NV-recht	104
b.1	Inleiding	104
b.2	Het monistisch bestuursmodel	104
b.3	Verschillen tussen het monistisch en het dualistisch bestuursmodel	106
b.4	De taken en bevoegdheden van commissarissen in het dualistisch model	107
b.5	Nadere vormgeving van een monistisch bestuursmodel	110
b.6	Aansprakelijkheid van bestuurders in het monistisch model	111
b.7	Kenbaarheid van de bestuursstructuur voor derden	114
c.	Wettelijke invulling van de *one-tier board*	114

d.	Benoeming en ontslag van bestuurders	116
e.	Vergaderfrequentie	117
f.	Informatieverschaffing	117
2.5	Bijzondere besluiten en goedkeuring daarvan	118
2.6	Besluitvorming in de organen van de SE	119
2.7	Omvang van de organen	121
2.8	Beperkingen in de benoembaarheid en kwaliteitseisen	121
2.9	Voorzitterschap	123
2.10	Vertrouwelijkheid	123
2.11	Aansprakelijkheid	124
2.12	Conclusie	124
3.	**Aandeelhouders en algemene vergadering van aandeelhouders van de SE**	125
3.1	Inleiding	125
3.2	Aandelen en vermogen van de SE	125
3.3	De algemene vergadering van aandeelhouders van de SE	126
a.	Bevoegdheden	126
b.	Organisatie van en gang van zaken rondom de aandeelhoudersvergadering	126
c.	Bijeenroeping van de aandeelhoudersvergadering	127
d.	Besluitvorming	128
e.	Statutenwijziging	130
f.	Afbreuk aan rechten van aandeelhouders	132
3.4	Conclusie	134
4.	**Overige aspecten van de SE**	134
4.1	Inleiding	134
4.2	De SE als bijzondere NV; geschillenregeling en enquêterecht	135
4.3	Jaarrekening	136
4.4	Ontbinding en vereffening van de SE	136
5.	**Afsluitende beschouwing**	136
5.1.	Slotbeschouwing	136
5.2	Aanbeveling aan de wetgever	137

DEEL III

De Europese vennootschap en de rol van de werknmers 139

1. Inleiding en verantwoording 141

2. Europese medezeggenschap 142

2.1 De andere relevante richtlijnen 142
2.2 Wordingsgeschiedenis SE-Richtlijn 144

3. Grondslag, karakter en structuur van de SE-Richtlijn 146

3.1 De (Europese) rechtsbasis 146
3.2 Karakter en structuur van de SE-Richtlijn 147

4. De aansluiting van de SE-Richtlijn op de Verordening/ Uitvoeringswet 150

4.1 Inleiding 150
4.2 De inschrijving 150
4.3 Bestuursstructuur, benoeming, ontslag 151
4.4 Bevoegdheden SE-organen 153

5. De rol van de werknemers 154

5.1 Inleiding 154
5.2 Informatie in de zin van de SE-RL en geheimhouding 155
5.3 Raadpleging 160
5.4 Medezeggenschap 162
5.5 'De hoogste aantal-doctrine'; inperking medezeggenschap 166

6. Het bereik van de SE-Richtlijn en de Implementatiewet 167

6.1 Inleiding 167
6.2 Welke ondernemingen zijn relevant voor de SE-Richtlijn? 168
6.3 Welke werknemers zijn relevant voor de SE-Richtlijn? 172

7. Het proces 174

7.1 Inleiding 174
7.2 Samenstelling Bijzondere Onderhandelingsgroep 174
7.2.1 Inleiding 174

7.2.2	Het aantal leden, de verkiezing/aanwijzing en de vertegenwoordiging	176
7.2.3	Dynamische representativiteit	180
7.2.4	Speciale samenstellingsregels bij de fusiemodaliteit, "het extraatje"	180
7.3	Onderhandelingen	181
7.4	Uitkomsten van overleg	184
7.4.1	Inleiding	184
7.4.2	Geen onderhandelingen/Beëindigen van onderhandelingen	184
7.4.3	Een overeenkomst	186
7.4.4	Geen overeenkomst	187
7.5	Besluitvormingsregels	190
7.6	De rol van de nationale medezeggenschap	194
7.6.1	De WOR	194
7.6.2	Art. 13 lid 4 SE-RL; samenloop OR/(C)OR	197
7.6.3.	Fusiegedragsregels	198
8.	**De overeenkomst/de referentievoorschriften**	199
8.1	De overeenkomst	199
8.2	De referentievoorschriften	200
8.2.1	De SE-OR (deel 1 van de referentievoorschriften)	201
8.2.2	Medezeggenschap (deel 3 van de referentievoorschriften)	202
9.	**De Nederlandse aankleding; de Nederlandse jas**	205
9.1	Inleiding	205
9.2	Procedurele inkleuring van de medezeggenschapsvorm	206
9.3	Inhoudelijke inkleuring van de medezeggenschapsvorm (+ structuurregeling)	210
9.3.1	SE onder de structuurregeling?	211
9.3.2	Vrijstellingen (en verzwakt regime)	218
9.4	Voor- en nabeginsel/anti-misbruik	220
9.4.1	Inleiding	220
9.4.2	De SE-RL	221
9.4.3	De IW	222
9.4.4	Anti-misbruik en rechtsvermoedens	225
9.4.5.	De nationale dimensie	226
10.	**Slotbeschouwing**	226
Bijlage: aanbevelingen en punten ter overdenking ten behoeve van de wetgever		230

DEEL IV

Fiscale aspecten 233

1. Historie van de SE vanuit fiscaal perspectief 235

1.1 Voorontwerp Sanders 235
1.2 Ontwerp 1970 236
1.3 Ontwerpen 1975, 1989 en 1991 237

2. Fiscale reikwijdte van de verordening 237

2.1 Preambule 237
2.2 Art. 9 SE-VO 238
2.3 Art. 10 SE-VO 240

3. Fiscale vestigingsplaats SE 242

3.1 Varianten 242
3.2 Vestigingsplaatsfictie 242
3.3 Hoofdbestuur en art. 4 AWR 248

4. Plaats van de SE in de Nederlandse belastingwet 252

4.1 Vennootschapsbelasting 252
4.2 Dividendbelasting 256
4.3 Inkomstenbelasting 258

5. SE en Europese fiscale richtlijnen 260

5.1 Moeder-dochter richtlijn 260
5.2 Fusierichtlijn 264
5.3 Rente-royalty richtlijn 266

6. Fiscale aspecten oprichting SE 266

6.1 Oprichting door middel van juridische fusie 266
6.2 Oprichting van een holding-SE 285
6.3 Oprichting van een dochter-SE 290

7. Omzetting in een SE 291

8. Fiscale gevolgen zetelverplaatsing SE 296

8.1 Inleiding 296
8.2 Fusierichtlijn en zetelverplaatsing 298
8.3 Fiscale gevolgen voor de SE 302
8.4 Fiscale gevolgen voor de aandeelhouder 305

9. Aanbevelingen 307

10. Fiscale voor- en nadelen SE 309

11. Europese belastingharmonisatie en de SE 312

Regelgeving met betrekking tot de Europese vennootschap is neergelegd in EG Verordening 2157/2001en EG Richtlijn 2001/86. Deze zijn downloadbaar van http://europa.eu.int/eur-lex/nl/search/search_lif.html. De Nederlandse Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (TK 2003-2004, 29 309) is, onder meer, downloadbaar van www.justitie.nl/themas/wetgeving en de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap (TK 2003-2004, 29 298) van http://home.szw.nl/index/dsp_index.cfm.
Op deze drie sites kunnen de relevante documenten worden getraceerd door te zoeken op de woorden 'Europese vennootschap'.
Voorts is de Nederlandse (ontwerp)wetgeving beschikbaar via http://www.overheid.nl/op/index.html (na vermelding van trefwoord of het publicatienummer van de kamerstukken).

Met betrekking tot Deel IV (Fiscale aspecten) zijn de vindplaatsen als volgt:

- Voorstel voor Richtlijn COM(2003) 462 definitief dd. 29 juli 2003, aanpassing Moeder-dochter richtlijn http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/pdf/2003/com2003_0462nl01.pdf
- Richtlijn 2003/123/EG dd. 22 december 2003, inzake wijziging van Richtlijn 90/435/EEG (Moeder-dochter richtlijn) http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/2004/l_007/l_00720040113nl0041004 4.pdf
- Voorstel voor Richtlijn COM(2003) 703 definitief dd. 18 november 2003, inzake aanpassing Fusierichtlijn http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/pdf/2003/com2003_0703nl01.pdf
- Voorstel Richtlijn COM(2003) 841 definitief dd. 30 december 2003, inzake aanpassing Rente-royalty richtlijn http://europa.eu.int/eur-lex/nl/com/pdf/2003/com2003_0841nl01.pdf
- Rapport van het IBFD, Survey on the Societas Europaea, September 2003 http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/publications/reports_studies/taxation/societas_europea/survey.pdf

DEEL I - EEN VENNOOTSCHAP IN WORDING

Prof. mr. Harm-Jan de Kluiver[1]

[1] hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Hij dankt mr. Katelijne van Hassel, advocaat te Amsterdam, voor haar waardevolle bijdragen aan dit preadvies en scherpzinnig commentaar op de concepten daarvan. Ook prof. mr. Martin van Olffen en mr. Mariëlle Legein, kandidaat-notaris te Amsterdam, is hij erkentelijk voor hun kanttekeningen bij het manuscript.

1. Europa en het ondernemingsrecht: 35 jaar Richtlijnen

De SE is niet los te zien van de ontwikkeling van het Europese ondernemingsrecht in de afgelopen 35 jaar. Het startpunt daarvan kan worden gesteld op maart 1968 toen de Eerste EG Richtlijn ter harmonisering van het vennootschapsrecht werd uitgevaardigd. Daarna zijn nog negen EG Richtlijnen vastgesteld. Deze betroffen deels het materiële ondernemingsrecht en waren deels meer procedureel getint.

Voorbeelden van materieel recht bevattende Richtlijnen bieden de Tweede Richtlijn inzake kapitaalbescherming en de nadere bepaling van een aantal bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders en de Vierde en Zevende Richtlijn die nauwkeurige regels stellen met betrekking tot financiële verslaggeving. Dat zal een vervolg krijgen in de "IAS Verordening".[2] Buiten het enge vennootschapsrecht kunnen daarbij worden betrokken de Richtlijn op de Europese Ondernemingsraad (uitgevoerd in WEOR) en de recente Richtlijn 2002/14 inzake de harmonisering van minimumbevoegdheden van ondernemingsraden. Daarenboven, maar dan wordt het verband wat verder verwijderd, is er natuurlijk ook de Richtlijn inzake de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen. Op het grensvlak van materieel en procedureel recht beweegt zich ten slotte de veelbesproken, en inmiddels door de Raad van ministers op 27 november 2003 geaccepteerde, Dertiende Richtlijn waarin de regulering van overnames en de problematiek van beschermingsmaatregelen centraal staat.

De meer procedureel getinte Richtlijnen zien met name op het bevorderen van de mobiliteit van rechtsvormen (en daarmee de vestigingsvrijheid). In het vennootschapsrecht denke men met name aan de Derde en Zesde Richtlijn die respectievelijk fusie en splitsing *binnen* EG lidstaten regelden. Het pièce de résistance is in dit opzicht zonder twijfel de ontwerp Tiende Richtlijn waarmee wordt beoogd de fusiefaciliteit ook grensoverschrijdend aan te bieden aan nationale vennootschappen. Tot nu toe zijn de pogingen die Richtlijn te realiseren steeds stuk gelopen op de medezeggenschapsproblematiek. Nu daarvoor in het kader van de SE een oplossing is gevonden, heeft de Europese Commissie op 18 november 2003 een nieuw ontwerp voor zo'n Richtlijn ingediend.[3] Ook circuleert al weer enige jaren een voorontwerp voor een Veertiende Richtlijn die het nationale vennootschappen mogelijk moet maken hun zetel te verplaatsen. Het voorstel daarvoor vertoont in hoge

---

2 Waarover voor de Vereeniging Handelsrecht het preadvies van H. Beckman, L.G. van der Tas en P.M. van der Zanden, Jaarrekeningenrecht, Kluwer - Deventer 2003.

3 Zie ook P.J. Dortmond, Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies, Ondernemingsrecht 2004, p. 40/41.

mate gelijkenis met de regeling die in de Verordening betreffende de Europese Vennootschap is opgenomen (zie hierna § 7).

2. De SE in het licht van het EG harmonisatieprogramma

Tegen de achtergrond van de ontwikkeling van dit Europees Richtlijnenrecht moet de invoering van de SE worden gezien. Deze is gebaseerd op door de Europese Raad op 8 oktober 2001 vastgestelde Verordening en Richtlijn. De Verordening zal hierna worden aangeduid als "SE-VO" en de Richtlijn als "SE-RL". Na een driejarige aanpassingstermijn zal de SE-VO op 8 oktober 2004 in werking treden. De Richtlijn zal per die datum door de lidstaten moeten zijn geïmplementeerd zodat vanaf 8 oktober 2004 de eerste SE's kunnen ontstaan. De SE-VO behoeft uitvoering in de zin dat het nationale recht daaraan moet worden aangepast. Het voorstel voor deze wet is op 21 november 2003 ingediend en wordt hierna afgekort als "UitvW".[4] De SE-RL moet in het nationale recht worden geïmplementeerd. Het voorstel voor deze wet is op 14 november 2003 ingediend en wordt hierna aangeduid als "IW".[5]

Interessant is te zien dat in de loop van de tijd de doelstelling en vormgeving van de SE nogal zijn gewijzigd (en daarmee of als gevolg van de opvattingen over de wenselijkheid van bepaalde modellen van regulering).[6] Aanvankelijk werd het SE project gezien in het verlengde van de harmonisatie doelstelling. Het harmonisatieproces zou dan worden bekroond met een supranationale, geheel geharmoniseerde rechtsvorm (voorzien van een gedetailleerd eigenstandig intern statuut dat geheel los zou staan van het nationale recht). De SE was aldus nauw verbonden met de ontwerp Vijfde Richtlijn die ook de grote sprong naar harmonisatie van het interne vennootschapsrecht beoogde.

---

4 TK 2003 – 2004, 29 309 (Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap).

5 TK 2003 – 2004, 29 298 (Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap).

6 Vgl. voor een (ook historisch) overzicht, C.R. Huiskes, De Europese vennootschap. Enkele beschouwingen omtrent het ontwerp-statuut (1991) voor een Europese vennootschap, W.E.J. Tjeenk Willink – Zwolle, 1993 en voor recente meer algemene schetsen in Nederland H.J.L. Roelvink, De Europese vennootschap na Nice, SEW 2001 p. 162 e.v., E.D.G. Kiersch/G.M. ter Huurne, Het Statuut van de Europese vennootschap, Ondernemingsrecht 2001, p. 183 e.v., H.J. de Kluiver, De Verordening op de Europese vennootschap (SE): haarlemmerolie of levertraan? WPNR [2002] 6481, J.N. Schutte-Veentra, de Europese NV: een illusie?, in: Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, Kluwer – Deventer 2003 p. 125 e.v. en J.W. Winter, de Europese vennootschap als sluis voor in- en uitvoer van vennootschapsrecht, NJB 2002 p. 2034 e.v. Voorts vermeld ik voor wat buitenlandse kleur, Klaus J. Hopt , Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anlaufe", ZIP 1998 p. 96, 100, Günter Christian Schwarz, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001 p. 1847 e.v., Peter Wiesner, Der Nizza-Kompromiss zur Europa AG – Triumph oder Fehlschlag? ZIP 2001 p. 397 e.v. en Vanessa Edwards, The European Company – Essential tool or eviscerated dream?, CMLR 2003 p. 443 e.v.

Begin jaren '80 heeft men zich gerealiseerd dat dit echter te ambitieus en wellicht ook niet wenselijk zou zijn. Noodzakelijkerwijs werd de regeling van vennootschapsrechtelijke onderwerpen steeds meer overgelaten aan het nationale recht. Dat betekent dat een SE primair geworteld zal zijn en blijven in een, overigens door de oprichters te bepalen, lidstaat.

Tegelijkertijd heeft de faciliterende functie van de SE, als vehikel voor Europese mobiliteit, steeds meer nadruk gekregen. Een majeur obstakel daarvoor was echter dat aldus de nationale regels inzake medezeggenschap, die in sommige lidstaten in sterke mate het vennootschapsrecht mede bepalen, zouden kunnen worden ontgaan. Daarenboven speelden ook fiscale aspecten een rol. Juist vanwege het grensoverschrijdende aspect vergt de SE dan ook een geïntegreerde benadering van diverse rechtsgebieden.[7] Voordat nader de vennootschapsrechtelijke aspecten worden besproken, is het dan ook noodzakelijk die andere rechtsgebieden kort te belichten.

3. SE: vennootschapsrecht, medezeggenschapsrecht en fiscaal recht

Zowel het medezeggenschaps- als het fiscale recht komen in volgende delen van dit preadvies afzonderlijk uitgebreid aan de orde. Ook reeds in de eerste twee vennootschapsrechtelijke delen van dit preadvies zullen die echter al her en der van belang blijken. Daarom wijd ik daaraan op deze plaats enige inleidende opmerkingen.

3.1 Medezeggenschap "before" en "after" de Commissie Davignon

Betrokkenheid van werknemers[8] bij het reilen en zeilen van vennootschap en onderneming kan op verschillende wijzen vorm krijgen. *Enerzijds* kan het gaan om *informatie en raadpleging* c.q. consultatie zoals dat in Nederland vorm is gegeven in de WOR. Dat zal ik hierna ook wel aanduiden als "beleidsmedezeggenschap". *Anderzijds* kan de betrokkenheid worden vorm gegeven als vennootschappelijke participatie in relatie tot de organen van de vennootschap. In Nederland is de uitingsvorm daarvan de structuurregeling. Als hierna wordt gesproken over "*medezeggenschap*" wordt in beginsel

---

7 Dat is ook op Europees niveau steeds uitgangspunt geweest. Zie bijvoorbeeld het advies van het Economisch en Sociaal Comité van 11 december 1997, Pb 27-98 C 129/1.

8 Betrokkenheid van werknemers (in de Engelse tekst "involvement of employees") is in de officiële Nederlandse versie van de SE-RL nogal onbeholpen vertaald met "rol van de werknemers". Dat werkt door in de evenzeer enigszins onvolkomen citeertitel van de IW ("Wet rol werknemers").

slechts gedoeld op dit laatste aspect, dus participatie met betrekking tot samenstelling van vennootschappelijke organen.

Om de problemen rond "medezeggenschap" tot een oplossing te brengen, werd midden jaren '90 de Commissie Davignon aan het werk gezet. Deze presenteerde in mei 1997 haar rapport.[9] De kerngedachte daarvan was simpel en staat bekend als de "before/after" benadering. In geval van een grensoverschrijdende samenwerking of fusie (al of niet in de vorm van een SE) zouden de betrokken werknemers in een concreet geval daarvan niet slechter mogen worden in termen van medezeggenschap, tenzij daarover overeenstemming met die werknemers zou zijn bereikt. Zou geen overeenstemming worden bereikt dan zou een referentieregeling (een vangnet dus) moeten gelden.[10]

Concreet betekent dat bijvoorbeeld dat aan medezeggenschap geen aandacht hoeft te worden besteed als een Engelse en Spaanse vennootschap een SE vormen (aangezien beide vennootschapsstelsels geen regeling van de medezeggenschap kennen), maar dat ingeval van vorming van een SE waarbij een Nederlandse of Duitse vennootschap betrokken is, in beginsel het in dat land geldende systeem van medezeggenschap mede bepalend is. Aldus, zo is de gedachte, wordt recht gedaan aan de "before/after" benadering (zie ook § 11.1). Daarbij is een bijzonderheid dat de SE (bijvoorbeeld in geval van zetelverplaatsing of vorming door grensoverschrijdende fusie) ook in een andere lidstaat dan die van de betrokken vennootschappen kan worden opgericht. Zo kunnen vanaf 8 oktober 2004 SE's in Duitsland en Nederland gevestigd worden zonder dat medezeggenschap een issue is (bijvoorbeeld door een zetelverplaatsing van een Engelse SE of een fusie een Engelse en een Spaanse vennootschap) terwijl, anderzijds, een in Engeland gevestigde SE wel aan medezeggenschap onderworpen zal kunnen zijn (bijvoorbeeld als een Duitse of Nederlandse SE de zetel naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst).

De "before/after" benadering is nog steeds een leidend beginsel voor de regeling van de SE en uitgewerkt in de SE-RL. Wel zijn er bij die uitwerking nogal wat beperkingen en nuances op de "before/after" benadering aangebracht. Met name zijn daarin proportionaliteitscriteria opgenomen die de regeling erg ingewikkeld, en in zijn uitkomsten betrekkelijk onvoorspelbaar,

9 Final Report of the Group of Experts "European Systems of Worker Involvement" (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals), May 1997.

10 De inspiratie daarvoor werd mede ontleend aan de EG Richtlijn van 22 september 1994 nr. 94/45/EG met betrekking tot de Europese ondernemingsraad.

maken. Een betrouwbare schets van en routebeschrijving in dat labyrint, inclusief aanduiding van voetangels en klemmen, biedt Witteveen in Deel III van dit preadvies. In dit Deel I zal ik grote delen van het labyrint niet betreden. Wel zal blijken dat voor een adequate verkenning van een aantal vennootschapsrechtelijke vragen daaraan niet kan worden voorbij gegaan.

3.2 Fiscale aspecten

De SE-VO biedt, door zetelverplaatsing of fusie, de mogelijkheid voor vennootschappen om tot een grensoverschrijdende migratie te komen. Fiscale autoriteiten zien dat niet graag gebeuren. De kans om dan fiscaal achter het net te vissen neemt aanzienlijk toe. Meer in het bijzonder betreft het hier de vraag of, in geval van een zetelverplaatsing of grensoverschrijdende fusie, met de fiscus van de staat waaruit de vennootschap vertrekt moet worden afgerekend over alle open en stille fiscale reserves en goodwill. Nationale belastingautoriteiten neigen naar een dergelijke afrekening als een vennootschap hun jurisdictie verlaat en behandelen dit dan fiscaal als ware sprake van ontbinding van de vennootschap. Als dat de consequentie is, zal van de mogelijkheden van de SE-VO uiteraard nauwelijks gebruik worden gemaakt.

Ook de Europese commissie heeft dat onderkend en reeds bij uitvaardiging van de SE-VO aanvullende fiscale regelgeving aangekondigd.[11] In ieder geval zullen de zogenaamde Fusie- en Moeder/Dochter richtlijnen[12] mede van toepassing zijn op de SE. Een onvoorwaardelijke volledige fiscale vrijstelling van grensoverschrijdende herstructureringen zal dat overigens niet opleveren. Een belangrijk element in de fiscale regeling blijft namelijk spelen of sprake is of zal blijven van een "vaste inrichting" in de vertrekstaat.[13]

---

11 Zie het op 8 oktober 2001 gepubliceerde memo nr. 01/314.

12 Respectievelijk EG Richtlijn 90/434 en 90/435 waarover nader Bellingwout in § 5 van Deel IV van dit preadvies. Zie voorts onder meer Ben Terra/Peter Wattèl, European Tax Law, 2e druk, Kluwer - Deventer 1997, p. 231 e.v. en specifiek in verband met de SE, Carla Tavares Da Costa/Alexandra de Meester Bilreiro, The European Company Statute, Kluwer Law International – The Hague/London/New York, 2003. De Moeder/Dochter richtlijn is gericht op het voorkomen van dubbele belasting in verband met uitkering van dividend.

13 De Fusierichtlijn (Merger Directive) voorziet in geval van grensoverschrijdende fusie reeds in een systematiek (vgl. Terra/Wattèl p. 260) dat de latente belasting claim wordt "toebedeeld" aan de permanente vestiging die in de verstrekstaat achterblijft. Dat is ook als uitgangspunt genomen in geval van zetelverplaatsing van de SE. Zie nader Bellingwout in § 8 van Deel IV van dit preadvies. Voorts Frits Bolkestein, The new European Company: opportunity in diversity, in: Jonathan Rickford, The European Company, Intersentia, Antwerp – Oxford – New-York, p. 41, 44.

Die fiscale aspecten worden grondig besproken door Bellingwout in Deel IV van dit preadvies. In dit Deel I wordt daaraan (dus) grotendeels voorbij gegaan. Men moet zich echter realiseren dat alle grensoverschrijdende vennootschapsrechtelijke modaliteiten fiscale aandacht behoeven. Dat betekent evenzeer dat sommige van de hierna te schetsen en te bespreken varianten van gebruik van de SE in de praktijk reeds om fiscale reden problematisch kunnen blijken te zijn. Dat belangrijke caveat ware in het achterhoofd te houden.

Ter zijde vermeld ik ten slotte nog dat de Europese Commissie in het vermelde memo hoog opgeeft van de voordelen van het hebben van vestigingen ("branches") in plaats van dochtervennootschappen. Vanuit fiscaal perspectief kan men daar (zie hiervoor) reeds bepaald vraagtekens bij plaatsen. Wellicht nog belangrijker is dat er aldus aan voorbij wordt gezien dat binnen concerns de dochtervennootschap als zelfstandige entiteit nu juist veelal wordt beschouwd als een essentiële bouwsteen in het (financieel) beheersen en beheren van de groep en het verdelen en beperken van aansprakelijkheid.[14]

4. Een "vierde" dimensie: EG Hof van Justitie bevordert mobiliteit door beperking van de leer van de werkelijke zetel

Ondertussen heeft de ontwikkeling van het EG ondernemingsrecht echter niet stilgestaan. Zeer nadrukkelijk vraagt de aandacht dat het Europese Hof van Justitie in de afgelopen paar jaar daaraan een spectaculaire bijdrage heeft geleverd door het wijzen van zijn arresten inzake Centros[15], Überseering[16] en Inspire Art[17]. Deze arresten hebben inmiddels geleid tot een uitgebreide literatuur.[18] In die beslissingen is in belangrijke mate paal en perk

---

14 Zie ook Terra/ Wattèl a.w. p. 272 die behalve op fiscale onzekerheid ook wijzen op beperkte mogelijkheden voor "local exposure" en "corporate image" als sprake is van branches en niet van dochtervennootschappen.

15 HvJEG 9 maart 1999 [Zaak C-212/97], NJ 2000, 48 nt. P. Vlas/JOR 1999, 117 nt. Van Solinge.

16 HvJEG 5 november 2002 [Zaak C-208/00], NJ 2003, 58 nt. P. Vlas, JOR 2003/4 nt. Van Solinge.

17 HvJEG 30 september 2003 [Zaak C-167/01], JOR 2003/249 nt. G.J. Vossestein.

18 Zie onder meer, beiden in breed perspectief, S.F.G. Rammeloo, Corporations in private international law. A European Perpective, Oxford University Press 2001 en Jan Wouters, Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, European Business Organization Law Review (hierna: EBOR), 2001 p. 101 – 139. Voorts, onder meer, H.J. de Kluiver, De Wet formeel buitenlandse vennootschappen op de tocht?, WPNR [1999] 6364, S.M. van den Braak, Het Centros arrest en het Nederlandse IPR betreffende vennootschappen, WPNR [2000] 6402, H. de Wulf, Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom, Ondernemingsrecht 1999, p. 318 e.v. en buiten de grenzen Werner Ebke, Centros – Some Realities and Some Mysteries, The American Journal of Comparative Law, 2000 p.

gesteld aan de beperkingen die het (internationaal) privaatrecht van de lidstaten aan de mobiliteit van vennootschappen meebracht en de mogelijkheid van EG lidstaten om hun eigen vennootschapsrecht op te leggen aan vennootschappen die hun feitelijke zetel of centrum van hun vennootschappelijke activiteiten in die lidstaat hebben. Dat geldt in het bijzonder voor EG lidstaten die de leer van de werkelijke zetel volgen en dat tot aanknopingsfactor van het toepasselijk recht hebben gemaakt.

Kort gezegd komt de Überseering beslissing (het betrof een Nederlandse BV waarvan de werkelijke zetel na een overname van de aandelen in Düsseldorf werd gevestigd) erop neer dat vennootschappen opgericht krachtens het recht van lidstaten die verplaatsing van de werkelijke zetel toestaan, die werkelijke zetel vervolgens in elke EG lidstaat kunnen vestigen. Dat impliceert ook dat elke ondernemer in de EG zijn onderneming de rechtsvorm kan geven van een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat (althans de lidstaten die een incorporatiestelsel hanteren en dus verplaatsing van de werkelijk zetel toestaan). Die vrijheid werd in de praktijk nog wel eens belemmerd door aanvullende voorschriften van lidstaten waar de werkelijke zetel gevestigd werd (zoals de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen). In de Inspire Art beslissing heeft het EG Hof ook daarmee korte metten gemaakt. Na deze beslissing kan het gebruik van buitenlandse vennootschappen een stuk aantrekkelijker zijn. Hierna zal blijken dat zulks de aantrekkelijkheid van de SE navenant vermindert.

Het stelsel van de werkelijke zetel ("siège réel") heeft in beginsel gelding in België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje en Portugal. Het incorporatiestelsel is in beginsel uitgangspunt in Noord-Europese landen zoals Groot-Brittannië, Ierland, Zweden, Denemarken en Nederland.[19] De leer van de werkelijke zetel brengt kort gezegd mee dat wanneer de werkelijke zetel van een kapitaalvennootschap in de betreffende staat ligt, zo'n vennootschap ook naar het recht van die staat (dus inclusief eventuele medezeggenschapsregeling) moet zijn opgericht of daarin moet worden 'omgezet'. Daartegenover staat de incorporatieleer. Volgens dit stelsel wordt het op een vennootschap toepasselijke recht bepaald door het recht volgens welke de vennootschap is

---

623 e.v. alsmede het overzicht van P. Behrens, Reactions of Member State Courts to the Centros ruling by the ECJ, EBOR 2001 p. 159 en voor het verdere verloop van de strijd in Denemarken, Soren Friis Hansen, From C 212 to L 212 – Centros revisited, EBOR 2001 p. 141. Over de aanzienlijke consequenties van de Inspire Art beslissing bestaat grote eenstemmigheid. Zie bijvoorbeeld Erich Schanze/Andreas Jüttner, Die Entscheidung für Pluralität, AG 2003 p. 661 e.v. en Gerald Spindler/Olaf Berner, Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003 p. 949 e.v.

19 Zie over Spanje en Portugal het instructieve artikel van Axel Steiger, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in Spanien und Portugal, RIW 1998, p. 695 e.v.

opgericht, ongeacht waar de werkelijke zetel zich bevindt. In deze landen geldt dus niet slechts dat een naar dat recht opgerichte vennootschap haar zetel kan verplaatsen, maar ook dat een onderneming met werkelijke zetel in dat land desalniettemin kan kiezen voor een buitenlandse rechtsvorm.

5. Voor SE geldt de leer van de werkelijke zetel echter onverkort

Zoals gezegd zal een SE wat betreft het daarop toepasselijke materiële recht met name geworteld zijn in een lidstaat. De EG wetgever heeft daaraan de consequentie verbonden dat oprichters in beginsel vrij zijn het land van oprichting te kiezen, maar dat vervolgens de werkelijke zetel wel in dat land moet zijn gevestigd. Zo wordt een SE (art. 3 SE-VO):

"beschouwd als een naamloze vennootschap die beheerst wordt door het recht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft."

Artikel 7 SE-VO voegt daaraan toe (op straffe van ontbinding van de SE ingevolge art. 64 SE-VO):

"de statutaire zetel van de SE moet binnen de Gemeenschap gelegen zijn, in dezelfde lidstaat als het hoofdbestuur".

In afwijking van de richting die het EG Hof van Justitie de afgelopen jaren is ingeslagen (incorporatieleer), kiest de SE-VO dus voor de werkelijke zetel als aanknopingsfactor voor het toepasselijke recht. Dat heeft een aantal (ik ben niet uitputtend) in het oog springende consequenties:

(i) er ontstaat een probleem bij de bepaling van de werkelijke zetel aangezien in verschillende EG lidstaten daarover verschillend kan worden gedacht;[20]
(ii) bij verplaatsing van de werkelijke zetel van een SE naar een andere lidstaat wijzigt ook het op haar toepasselijke recht en moeten dus de statuten daaraan worden aangepast ("Statutenwechsel");
(iii) de werkelijke zetel van een SE moet altijd binnen de EU gelegen zijn (en dus kan een topholding met de werkelijke zetel buiten de EU niet in die rechtsvorm worden gedreven).

---

20 Zo signaleert Eddy Wijmeersch, Cross border transfer of the seat of a company, in: Jonathan Rickford (ed) a.w. p. 89, dat zelfs in de Engelse en Franse vertaling een verschillende benadering schuilgaat.

5.1 *Gevolg 1: onduidelijkheid over wat de werkelijke zetel is*

Met betrekking tot het eerste probleem (wat is de werkelijke zetel en waar is het "hoofdbestuur" gelokaliseerd) geeft de SE-VO geen nadere bepalingen of nadere invulling. Dat is ongelukkig omdat de opvattingen daaromtrent in de diverse lidstaten kunnen verschillen.

In Italië bijvoorbeeld wordt de "sede dell'amministrazione centrale" in beginsel wel bepaald door de duurzaamheid en externe betekenis daarvan, maar wordt toch ook in aanmerking genomen "l'oggetto principale dell'impresa" (de plaats waar de belangrijkste ondernemingsactiviteiten worden uitgeoefend). In Frankrijk is "siège social" weliswaar in beginsel de plaats waar de "direction supérieure et le contrôle de la société" wordt uitgeoefend ("le lieu de sa direction financière et administrative", of "centre de décision") zonder dat relevant is waar productie of aanbieding van diensten plaatsvindt[21], maar anderzijds neemt de Cour de Cassation wel in ogenschouw of sprake is van "l'existence d'une activité en France." In Duitsland wordt juist benadrukt dat het moet gaan om de plaats waar beslissingen worden geëffectueerd en de "effektiven Verwaltungssitz" gevestigd is. Daaronder wordt verstaan de "tatsächlichen" oder "effektiven Sitz der Hauptniederlassung oder – Verwaltung", of, anders gezegd, het "Mittelpunkt, von dem die Tätigkeit der juristischen Person ausgeht".[22]

In Nederland is de invulling van de aanknopingsfactor verwant aan de Duitse benadering, maar tegelijkertijd weer van een eigen accent voorzien. De Wet conflictenrecht corporaties rept namelijk niet van hoofdkantoor of vergelijkbare terminologie, maar stelt centraal het *"centrum van optreden naar buiten toe"*.

Volgens de parlementaire geschiedenis is dit "een feitelijk criterium". Daaromtrent noteert de minister eerst opgewekt dat "de vaststelling in het algemeen weinig problemen zal opleveren",[23] om vervolgens even zo opgewekt te releveren dat de plaats van vestiging van het bestuur in bepaalde gevallen weinig duidelijk kan zijn, bijvoorbeeld bij internationaal werkende vennootschappen. Een glimlach kan dan moeilijk worden onderdrukt als men in de memorie van toelichting leest dat voor de term "centrum van optreden naar buiten" is gekozen, "om rechtsonzekerheid" te vermijden.

In de memorie van toelichting (MvT) bij de UitvW neemt de minister, uiteraard, het begrip "hoofdbestuur" tot uitgangspunt (dat de SE-VO gebruikt). Kernvraag in dit verband is blijkbaar, aldus de minister, "vanuit welke staat de vennootschap wordt aangestuurd". Dit vereist, aldus de minister "een interpretatie van feitelijke omstandigheden". Als echter de vennootschap de

---

21 Zie Rammeloo a.w., p. 202/203.

22 Zie nader H.J. de Kluiver, IPR en de Europese Vennootschap (SE): het einde van een geschiedenis?, in: P. Vlas e.a., Met recht verkregen (Joppe bundel), Kluwer – Deventer, 2002, p. 105 e.v.

23 MvT TK 1994-1995, 24 141, nr. 3, p. 16

bestuursvergaderingen en de algemene vergadering in Nederland houdt, is volgens de minister "aannemelijk dat het hoofdbestuur zich in Nederland bevindt".[24]

In het licht van het bovenstaande kan het zich voordoen dat na invoering van de SE-VO een in Nederland geregistreerde SE zijn zetel moet gaan verplaatsen omdat door een andere lidstaat de werkelijke zetel wordt geacht aldaar te zijn gevestigd. Uitspraken van het EG Hof van Justitie zijn op dit punt dus slechts een kwestie van tijd. Maar deze kwestie zal het Hof nog de nodige hoofdbrekens opleveren.[25]

Overigens geldt dat niet slechts voor de SE-VO. Ook in het ontwerp van een 14e EG Richtlijn ter harmonisering van het vennootschapsrecht[26] (waarover hierna meer) ontbreekt een meer specifieke bepaling van het zetelcriterium. Art. 2 sub b van dat ontwerp volstaat met de mededeling dat de werkelijke zetel daar wordt geacht te zijn waar het "de facto head office" van de vennootschap is gevestigd. Ter nadere aanduiding daarvan wordt volstaan met een verwijzing naar "the place at which a company has its central administration".

Na de vermelde recente jurisprudentie van het EG Hof inzake de vrijheid van vestiging is de vraag opgeworpen of dit uitgangspunt van de SE-VO dan eigenlijk wel in overeenstemming is met het EG Verdrag (waarop het EG Hof zijn vermelde beslissingen immers mede baseerde). Sommige auteurs[27] menen dat zulks het geval is. Anderen[28] stellen echter vast dat een verordening van de Europese Raad niet op dit punt met nationale wetgeving kan worden gelijkgesteld en het Europese recht ruimte voor afwijking biedt.

---

24 MvT UitvW p. 7

25 Vgl. bijvoorbeeld Overweging 27 in de preambule van de SE-VO waar uitdrukkelijk wordt bepaald dat "the "real seat" arrangement (...) is without prejudice to Member States' laws". Het verenigen van deze noties lijkt niet heel eenvoudig. Ter zijde wijs ik er op dat ook de EG Richtlijn inzake de Europese ondernemingsraad en de Nederlandse Wet op de Europese ondernemingsraden (Stb. 1997, 32, 1998, 300 en 1999, 236) aanknopen bij het hoofdbestuur van een onderneming. Interessant is dat in art. 2 van die wet een drietal factoren wordt gegeven om dit (mede) te bepalen en dat die bepaling ook een bepaalde prioritering aanbrengt.

26 Zie voor de tekst en een analyse van het voorontwerp 14e richtlijn onder meer Rammeloo a.w., p. 300 e.v.

27 Zie Eddy Wijmeersch, The transfer of the European company's seat, in European Company Law, CMLR 2003, p. 661 e.v., p. 693 en Hildegard Ziemons, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, p. 1913 e.v., die meent dat inmiddels de SE-VO geldt als een "primärrechtswidrige Verordnung."

28 G.J. Vossestein, annotatie bij de Inspire Art beslissing, JOR 2003/249 nr. 7

5.2 *Gevolg 2: nationale vennootschappen zijn vrij de werkelijke zetel te verplaatsen maar zetelverplaatsing voor de SE vereist aanpassing aan buitenlands recht*

Gevolg van toepasselijkheid van de werkelijke zetelleer is dat wanneer de werkelijke zetel van een SE naar een andere EG lidstaat wordt verplaatst, ook de gehele SE onder het recht van die staat moet worden gebracht en haar juridische structuur aan de eisen van die staat moet worden aangepast. Deze zetelverplaatsing leidt weliswaar niet (meer) tot ontbinding van de rechtspersoon, noch tot vorming van een nieuwe rechtspersoon, maar wel moet daarvoor een betrekkelijk complexe procedure worden doorlopen. Daarin zal dus, paradoxaal genoeg, de SE aanzienlijk minder flexibel zijn dan het commune vennootschapsrecht.

Het voorgaande brengt mee dat men zich bijvoorbeeld bij de vraag welke rechtsvorm aan een dochter zal worden gegeven niet zo snel op een SE zal blindstaren, maar wellicht juist een vennootschap naar het recht van een EG lidstaat zal kiezen. Zo zal een gezamenlijke Duitse operatie van een Nederlandse en een Zweedse vennootschap kunnen worden voorzien van de rechtsvorm van een Engelse Limited. De werkelijke zetel daarvan zal later vennootschapsrechtelijk moeiteloos (ik spreek niet over het fiscale recht!) naar Frankrijk kunnen worden verplaatst. Wat vooralsnog niet zonder meer zal kunnen is het verplaatsen van de statutaire (i.c. Engelse) zetel, en daarmee het kiezen van een ander vennootschapsrecht voor de vennootschap. In dat opzicht heeft de SE weer een streepje voor. De SE-VO voorziet namelijk uitdrukkelijk in een procedure van zetelverplaatsing, die nu juist wel toepasselijkheid van een ander rechtsstelsel mogelijk maakt. Ik spreek daarover hierna in § 7. Voor ik daar aan toekom belicht ik echter nog één ander aspect van de vermelde jurisprudentie van het EG Hof.

5.3 *Een derde aandachtspunt: de fiscale vestigingsplaats*

Ten slotte wijs ik nog nadrukkelijk op een complicatie van fiscale aard. In het oog moet namelijk worden gehouden dat naast de vennootschapsrechtelijke controverse over werkelijke en statutaire zetel, het fiscale recht net weer enigszins andere criteria kan hanteren bij het bepalen van de fiscale vestigingsplaats. Daardoor hoeft de fiscale vestigingsplaats niet per se samen te vallen met de vennootschappelijke (werkelijke of statutaire) zetel. Ik verwijs naar de beschouwingen ter zake van Bellingwout in § 3 van Deel IV van dit preadvies.

6. Nog een aspect van de rechtspraak van het EG Hof: algemeen belang

Er is nog een derde aspect van de vermelde rechtspraak van het EG Hof van Justitie dat de aandacht vraagt. En dat betreft de mogelijkheid om eventueel toch nationale regels op buitenlandse vennootschappen van toepassing te verklaren, althans aan vrije vestiging beperkingen op te leggen, als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.

Reeds in zijn Centros uitspraak (r.o. 24) overwoog het EG Hof dat het EG recht geen vrijbrief is om daarvan misbruik te maken ten nadele van algemene gerechtvaardigde belangen. In de Überseering (r.o. 92) herhaalde het EG Hof dat "niet [kan] worden uitgesloten dat dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de belangen van de schuldeisers, van de minderheidsaandeelhouders, van de werknemers of van de fiscus, onder bepaalde omstandigheden en mits bepaalde voorwaarden zijn vervuld, beperkingen van de vrijheid van vestiging rechtvaardigen." Ten slotte herinnert het EG Hof ook in Inspire Art (r.o. 136 onder verwijzing naar r.o. 21 in Centros) er nog eens aan "dat een lidstaat maatregelen mag treffen die tot doel hebben te verhinderen dat sommige van zijn onderdanen van de [...] mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en [...] zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen".

6.1 Vennootschapsrecht en algemeen belang

Een beroep op het algemeen belang heeft er in de jaren '90 van de vorige eeuw toe geleid dat in Nederland het incorporatiestelsel is beperkt door de reeds vermelde Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV). Zoals bekend was de kern daarvan dat een buitenlandse vennootschap met "werkelijke zetel" in Nederland, in een aantal opzichten dwingend Nederlands recht in acht moest nemen. In het bijzonder betrof het een aantal voorschriften met betrekking tot (minimum)kapitaal van de vennootschap.

Na de Inspire Art beslissing van het EG Hof weten wij inmiddels dat een dergelijke regeling niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op een algemeen belang. De WFBV is daarmee, althans wat betreft de toepassing op vennootschappen van EG lidstaten, van de baan.[29] Dat wil overigens niet zeggen dat het EG Hof beperkingen steeds ontoelaatbaar acht. Uit de vermelde jurisprudentie volgt echter wel dat beperkende wettelijke maatregelen specifiek moeten zien op misbruik. Van groot belang daarbij is de overweging van het EG Hof dat het enkele feit dat een ondernemer aan het "stren-

29 Inmiddels heeft het kabinet besloten een wetsvoorstel in te dienen dat de werking van de WFBV zal beperken tot formeel buitenlandse vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van niet EU lidstaten (bijvoorbeeld Delaware, Cayman Eilanden e.d.).

ger geachte Nederlandse vennootschapsrecht" wil ontsnappen niet als misbruik kwalificeert mede omdat de "verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging juist beogen" dat men met gebruikmaking van een rechtsvorm van een lidstaat in een andere lidstaat activiteiten ontplooit.[30]

Misbruik mag dus wel met nationale maatregelen worden geattaqueerd, maar zal dan altijd gekoppeld moeten zijn aan en gerechtvaardigd worden door een onderzoek naar de specifieke omstandigheden van het geval. Een voorbeeld daarvan, waarvan vooralsnog moet worden aangenomen dat het wel voldoet aan de criteria van het EG Hof, is de in de Wet conflictenrecht corporaties neergelegde regel dat Nederlands recht met betrekking tot aansprakelijkheid van bestuurders in geval van een Nederlands faillissement (art. 2:138 BW) ook van toepassing kan zijn als sprake is van door buitenlands recht beheerste vennootschappen.[31]

Een tweede voorbeeld van een Nederlandse regeling die misbruik beoogt te voorkomen en waarbij steeds de specifieke omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen, is de in Nederland vereiste verklaring van geen bezwaar voor oprichting van vennootschappen (art. 2:68 lid 2 BW) en wijziging van statuten (art. 2:125 BW). Ook deze regeling acht ik vooralsnog niet in strijd met de hiervoor aangegeven jurisprudentie. Anders gezegd, in beginsel zou deze ook van toepassing mogen zijn op een alhier opgerichte SE (zie hierna nog §§ 7.1, 9.1 en 13).

6.2 Medezeggenschap en algemeen belang

Het moet worden opgemerkt dat het EG Hof in de vermelde jurisprudentie uitdrukkelijk vermeldt dat een dwingende reden van algemeen belang, ook kan zijn de bescherming van belangen van werknemers. Brengt dat mee dat nationaalrechtelijke beperkingen ter waarborging van medezeggenschap gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de vermelde exceptie en van toepassing kunnen worden verklaard op buitenlandse vennootschappen SE?

Gelet op de hiervoor weergegeven criteria van het EG Hof kan deze vraag niet snel bevestigend beantwoord worden. Immers, enerzijds, zo zagen wij, kan de enkele ontwijking van een strikter geacht vennootschapsrecht niet als rechtvaardiging voor het opleggen van algemene regelingen gelden, en

---

30 Aldus de Inspire Art beslissing r.o. 137 en 138.

31 Zie omtrent deze wetgeving uitgebreid P. Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR, 2e druk 1999.

anderzijds moet er sprake zijn van specifiek misbruik die door de Europese regelgever niet is ingecalculeerd.

Nu medezeggenschap in vennootschapsorganen nauw met de vennootschappelijke structuur verbonden is, vloeit uit het voorgaande voort dat omzeiling van met de vennootschappelijke structuur verbonden zeggenschap niet zo snel als misbruik in de zin van het EG recht kan worden gekwalificeerd. Daar komt bij dat een regel blijkbaar niet zo fundamenteel aan de belangen van betrokkenen raakt, als men deze tot nu toe wel bij buitenlandse vennootschappen accepteert. En juist waar in Nederland al lange tijd het incorporatiestelsel voorop staat en op buitenlandse vennootschappen niet het Nederlandse medezeggenschapsstelsel (de structuurregeling) van toepassing wordt verklaard (ook niet in de WFBV) wordt die argumentatie er niet sterker op. Deze analyse, en conclusie, wordt bijvoorbeeld ook in Duitsland, waar medezeggenschap nog meer in de vennootschap geworteld is dan in Nederland, breed gedeeld.[32]

Deze analyse gaat echter *niet* zonder meer op voor de SE. Vooreerst kan erop worden gewezen dat een in Nederland gevestigde SE geen buitenlandse vennootschap is. Art. 10 SE-VO bepaalt nu juist, dat de SE geheel wordt behandeld overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire (en dus, zie hiervoor, werkelijke) zetel heeft. Belangrijker echter nog is dat uitgangspunt van de SE-VO nu juist is geweest dat medezeggenschap wel uitdrukkelijk wordt gewaarborgd. Sterker nog, de SE kan niet ontstaan als niet de regeling van medezeggenschap is vastgesteld (art. 12 lid 2 SE-VO waarover hierna § 10). Daarenboven is dit in de SE-RL nog eens uitdrukkelijk opgenomen in overweging 18 van die richtlijn. Die houdt lidstaten het volgende voor:

---

32 Vgl. voor een gelijkgerichte analyse van de Duitse "Mitbestimmung", recentelijk onder meer Hildegard Ziemons, t.a.p. p. 1917 en Erich Schanze/Andreas Jüttner, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach "Inspire Art", AG 2003 p. 661 e.v., 668 die stellen dat zelfs als al van een algemeen belang sprake zou zijn de noodzaak ("Erforderlichkeit") voor een zo ingrijpende toepasselijkheid ontbreekt. Zie voorts Martin Veit/Joachim Wichert, Unternehmerische Mitbestimmung bei europaïschen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach "Überseering" und "Inspire Art", AG 2004 p. 14 e.v. Anders oordelen zij over de "beleidsmedezeggenschap" voor de ondernemingsraad ("Betriebsrat"). Wulf-Henning Roth, From Centros to Überseering: Free movement of companies, private international law, and Community law, International and Comparative Law Quarterly 203, p. 177 e.v., 199/200, kiest voor een wat andere benadering. Zijns inziens brengt een regel die leidt tot een ander toepasselijk recht ("Statutenwechsel") in ieder geval mee dat er plicht is om zorg te dragen voor een wettelijke "smooth conversion".

"Het veiligstellen van de verworven rechten van werknemers betreffende hun rol in de besluitvorming van ondernemingen is een grondbeginsel en een van de doelstellingen van deze richtlijn; de vóór de oprichting van een SE bestaande rechten van de werknemers vormen mede het uitgangspunt voor de bepaling van de wijze waarop gestalte zal worden gegeven aan hun inspraakrechten in de SE ("voor en na"-beginsel). Deze benadering dient bijgevolg niet alleen van toepassing te zijn op een nieuw opgerichte SE, maar ook bij structurele verandering in een reeds opgerichte SE en op de vennootschappen die door de gevolgen van de structurele veranderingen worden getroffen."

En in art. 11 SE-RL bepaalt evenzeer uitdrukkelijk:

"De lidstaten nemen maatregelen met inachtneming van het Gemeenschapsrecht om te voorkomen dat de oprichtingsprocedure van een SE wordt misbruikt om aan werknemers rechten met betrekking tot de rol van de werknemers te ontnemen of te ontzeggen."

Anders gezegd, juist bij de SE heeft de Europese regelgever uitdrukkelijk een verband gelegd tussen algemeen belang en medezeggenschap. Hierna zal nog op een aantal plaatsen aan de orde komen dat dit consequenties kan, en soms moet, hebben voor de regeling van de SE door de (Nederlandse) wetgever. Ten dele is daarmee al rekening gehouden in de IW. Zo trachten de artt. 3:11 en 3:12 IW een dam op te werpen tegen ondermijning van een zeggenschapsregeling door structuurwijzigingen na oprichting van de SE.[33] De UitvW heeft zich echter tot nu toe verre van deze materie gehouden. Hierna zal echter blijken dat zulks niet steeds overtuigend is vol te houden.

7. Zetelverplaatsing van een SE[34]

In § 5 werd al belicht dat de SE-VO, anders dan de jurisprudentie van het EG Hof van de laatste paar jaar, gebaseerd is op de leer van de werkelijke zetel. Ook werden de gevolgen daarvan geschetst. Aangegeven werd dat – sinds de rechtspraak van het EG Hof – de *werkelijke* zetel van nationale vennootschappen wel kan worden verplaatst, maar die van de SE niet.

Verplaatsing van de werkelijke zetel moet wel worden onderscheiden van verplaatsing van de *statutaire* zetel, en *daarmee* de keuze voor een *ander toepasselijk recht*. Dat hangt voor nationale vennootschappen, ook na de vermelde jurisprudentie van het EG Hof, af van hetgeen nationaal recht toestaat. En juist dat nu is bij de SE anders. Op dit punt voorziet de SE-VO

---

33 Zie daarover nader Witteveen in § 9.4 ("Voor- en nabeginsel/anti-misbruik") in Deel III van dit preadvies.

34 Zie hierover reeds eerder J.W. Bellingwout, Verplaatsing van een Europese vennootschap (SE), Ondernemingsrecht 2001 p. 356 e.v. en dezelfde, Zetelverplaatsing, Kluwer – Deventer 1996.

namelijk uitdrukkelijk in een regeling. Wordt de werkelijke zetel van een SE verplaatst dan betekent dat ook altijd een keuze voor een nieuw (vennootschaps)recht ("Statutenwechsel"). De gevolgen daarvan komen in deze paragraaf aan de orde.

De mogelijkheid van zetelverplaatsing geboden door de SE-VO staat (uiteraard) slechts open aan SE's. Een Nederlandse NV kan daarvan pas gebruik maken nadat deze in een SE is omgezet. Deze omzetting wordt voorzien in art. 2 lid 4 jo art. 37 SE-VO (zie ook § 20). Voorwaarde daarvoor is wel dat de NV minimaal twee jaar een dochtervennootschap beheert waarop het recht van een andere EG lidstaat van toepassing is. Zo'n omzetting kan niet worden gecombineerd met een zetelverplaatsing. Art. 37 lid 3 SE-VO verbiedt namelijk om op het moment van omzetting de zetel in een andere EG lidstaat te vestigen.[35] Een zetelverplaatsing zal dus na omzetting conform de hierna geschetste procedure moeten plaatsvinden.

Wat betreft de fiscale aspecten van zetelverplaatsing werd hiervoor in § 3.2, onder verwijzing naar literatuur, al een enkele opmerking gemaakt. Zoals daar vermeld, speelt in dat kader een belangrijke rol of al dan niet sprake blijft van een "vaste inrichting" in de vertrekstaat. Voor een andere toelichting daarop verwijs ik naar de beschouwingen van Bellingwout in § 8 van Deel IV van dit preadvies. Daarbij moet overigens ook nog bedacht worden dat verplaatsing van werkelijke of statutaire zetel niet zonder meer betekent dat ook de fiscale vestigingsplaats wijzigt (zie supra § 5.3).

7.1 Procedure in de vertrekstaat

Art. 8 SE-VO regelt hoe de SE haar zetel kan verplaatsen naar een andere EG lidstaat. Die procedure vangt aan met een voorstel tot zetelverplaatsing dat wordt opgesteld door het bestuur. De inhoud daarvan wordt bepaald door Art. 8 lid 2 SE-VO. Onderdeel daarvan vormen onder andere de nieuwe statuten (noodzakelijk omdat de SE eveneens aan nieuw recht wordt onderworpen). Voorts stelt het bestuur een verslag op waarin de juridische en economische aspecten worden onderbouwd en de gevolgen voor aandeelhouders, schuldeisers en werknemers worden toegelicht.

Is de SE in Nederland gevestigd dan moet het verplaatsingsvoorstel worden gedeponeerd in het handelsregister (art. 8 lid 2 jo art.13 SE-VO) en de deponering (krachtens art. 3 UitvW) worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad en (overeenkomstig de Eerste Richtlijn) in de

35 Zie hierna nog § 20.

Staatscourant. Daarin moet ook het adres worden vermeld waar aandeelhouders en schuldeisers nadere informatie kunnen verkrijgen. Zij hebben recht op een gratis afschrift van voorstel en verslag. SE-VO en UitvW spreken niet over e-mail adressen en websites. De UitvW zou kunnen bepalen dat aan dit voorschrift is voldaan als documenten elektronisch beschikbaar zijn.

Voordat de algemene vergadering het verplaatsingsbesluit kan nemen moeten op zijn minst twee maanden verstreken zijn sinds de deponering van het verplaatsingsvoorstel (en naar ik aanneem ook twee maanden na de aankondiging daarvan in een landelijk dagblad en de Staatscourant) en minimaal één maand sinds de stukken beschikbaar waren voor aandeelhouders en schuldeisers. De algemene vergadering kan het besluit slechts nemen met een meerderheid van minimaal tweederde van de uitgebrachte stemmen (art. 8 lid 6 jo art. 59 SE-VO). Art. 59 lid 1 SE-VO impliceert dat statutair een grotere meerderheid (en wellicht ook een quorum eis) mag worden gesteld.[36]

Een curieus element in dit verband is dat de algemene vergadering noodzakelijkerwijs ook reeds de nieuwe statuten vaststelt. Die statuten moeten per het moment van inschrijving in overeenstemming zijn met het recht van de nieuw gekozen lidstaat. De procedure voor statutenwijziging wordt echter geregeerd door het recht van de vertrekstaat. Is dit Nederland, dan moet op straffe van nietigheid (art. 2:124 BW) derhalve een notariële akte worden opgemaakt (verleden in de Nederlandse taal) en een verklaring van geen bezwaar worden verkregen (art. 2:125 BW).[37] Het ligt voor de hand in de akte de werking daarvan uitdrukkelijk afhankelijk te maken van de voorwaarde dat de zetelverplaatsing wordt geëffectueerd.

Is dit allemaal gebeurd dan geeft de bevoegde autoriteit – in Nederland de notaris (zie art. 20 UitvW) – een attest af waaruit afdoende blijkt dat de aan de zetelverplaatsing "voorafgaande handelingen en formaliteiten" vervuld zijn. De notaris mag dat attest echter pas afgeven als de SE aantoont dat met betrekking tot alle voor de zetelverplaatsing ontstane vorderingen, (art. 8 lid 7 SE-VO jo. art. 4 UitvW) de belangen van crediteuren en van houders van andere rechten (rechten van overheidslichamen daaronder begrepen), "afdoende beschermd zijn" overeenkomstig de voorschriften van de vertrekstaat. Dat roept nog wel wat vragen op. Moet de SE dat aantonen jegens de notaris? Wie zijn "houders van andere rechten"? Vallen daaronder certifi-

---

36 Art. 59 SE-VO heeft immers statutenwijziging tot onderwerp en verwijst naar hetgeen nationaal recht toestaat.

37 Vgl. reeds Huiskes a.w. p. 90.

caathouders?[38] En wat is "afdoende beschermd"? En welke "handelingen en formaliteiten" van de vertrekstaat zijn bedoeld? Ik zou de nadruk op dit laatste willen leggen en willen aannemen dat de notaris niet tot enige (toetsing van) belangenafweging gehouden is, maar kan volstaan met een controle of aan alle wettelijke voorschriften is voldaan (zoals eventuele vereiste kennisgevingen aan obligatiehouders of anderen (overheidsinstanties), of adviesrechten van de OR zijn geëerbiedigd etc.).

7.2 *Procedure in de aankomststaat*

Ten slotte moet dan de SE worden ingeschreven in het daartoe aangewezen register van de lidstaat waar de nieuwe statutaire zetel gevestigd wordt. Dat vereist natuurlijk het attest dat de bevoegde autoriteit in de vertrekstaat (in Nederland de notaris) verstrekte. Voorts eist art. 8 lid 9 SE-VO "het bewijs dat de voor de inschrijving in het land van de nieuwe statutaire zetel vereiste formaliteiten zijn vervuld". Welke die formaliteiten zijn zal afhangen van het nationale recht. Het vereisen van een verklaring van geen bezwaar is in ieder geval niet toegestaan. In het systeem van de SE-VO moet uiteindelijk de houder van het register beoordelen of aan de formaliteiten is voldaan.

Aangenomen moet worden dat in beginsel (behoudens uitdrukkelijk afwijkende bepalingen in de SE-VO) sprake moet zijn van algehele overeenstemming met het vennootschapsrecht van de aankomststaat.[39] Een element van het Nederlandse vennootschapsrecht is dat statuten in een notariële akte (in het Nederlands) worden vastgelegd. In het systeem van de SE-VO zou passen om dat als formaliteit voor de inschrijving voor te schrijven. Uit het geldende Nederlandse recht vloeit dat echter niet voort. De SE-VO biedt via art. 8 lid 9 SE-VO echter wel de mogelijkheid daarin te voorzien. In aanmerking genomen dat zulks eraan bij zal dragen dat statuten conform Nederlands recht zullen luiden en dat krachtens Nederlands recht (dat zal gaan gelden voor de SE) een tot statutenwijziging ook de notariële vorm behoeft, verdient het aanbeveling de UitvW op dit punt aan te vullen. Eventueel zou daarin ook kunnen worden bepaald dat de statuten niet in de Nederlandse taal hoeven te luiden.

---

38 M. van Olffen, de Europese NV; kapitaal- en aandelenstructuur, Ondernemingsrecht 2001, p. 194, meent dat de rechten van certificaathouders in de nieuwe statuten zoveel mogelijk zouden moeten worden beschermd. Anders dan wellicht Van Olffen zie ik hier geen taak voor de notaris weggelegd nu overigens het Nederlandse recht niet een specifieke voorschrift ter zake bevat. Zie voorts over de positie van certificaathouders ook hierna § 15.5.

39 Zo o.a. ook Hans-Joachim Priester, EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999, p. 50 en J.W. Bellingwout, Verplaatsing van een Europese vennootschap (SE), Ondernemingsrecht 2001, p. 357.

AANBEVELING: In de UitvW ware op te nemen dat in geval van zetelverplaatsing naar Nederland, een formaliteit voor inschrijving mede zal zijn dat de statuten in een notariële akte verleden voor een bevoegde Nederlandse notaris zijn vastgelegd. Daaraan zou kunnen worden toegevoegd dat de statuten wel in een andere taal mogen luiden.

De verplaatsing van de statutaire zetel, alsmede de daarmee gepaard gaande wijziging van de statuten, worden van kracht op de datum waarop de SE overeenkomstig art. 12 SE-VO wordt ingeschreven in het register van de nieuwe statutaire zetel. In Nederland zou dat het handelsregister zijn. De Kamer van Koophandel is vervolgens verplicht het register in de vertrekstaat op de hoogte te stellen van de inschrijving. Pas daarna mag uitschrijving plaatsvinden (art. 8 lid 11 SE-VO).

Dat leidt wel tot de merkwaardige situatie dat in de tussentijd crediteuren nog kunnen zijn afgegaan op het handelsregister denkende met, bijvoorbeeld, een Nederlandse SE te handelen (en dienovereenkomstig krachtens de handelsregisterwet te worden beschermd), terwijl zetelverplaatsing al heeft plaatsgevonden en zij dus ook niet meer de krachtens art. 4 UitvW gegeven bescherming kunnen inroepen (zie hierna). Crediteuren zouden daarop moeten worden geattendeerd. Dat zou het geval zijn als de notaris wordt verplicht het attest ook te deponeren in het handelsregister.

AANBEVELING: art. 4 UitvW ware aan te vullen met de bepaling dat de notaris het attest als bedoeld in art. 8 lid 8 SE-VO ook onverwijld doet inschrijven in het handelsregister.

7.3 Bescherming van aandeelhouders

Art. 8 lid 5 SE-VO geeft lidstaten de optie om aanvullende voorschriften aan te nemen met het oog op een "passende bescherming" van minderheidsaandeelhouders. Daarvan heeft de Nederlandse wetgever echter geen gebruik gemaakt. De motivering daarvoor in de MvT UitvW is, kort gezegd, dat aandeelhouders zich hebben neer te leggen bij beslissingen van de meerderheid van aandeelhouders en overigens hun aandelen kunnen verkopen als zij de beslissing tot zetelverplaatsing niet wenselijk oordelen. Daar is nog wel het nodige tegenin te brengen.[40] In andere landen wordt daar anders over geoordeeld. Zo geeft bijvoorbeeld Duitsland in § 11 van de Duitse Uitvoeringswet

[40] Vgl. reeds Bellingwout a.w. (1996), p. 36.

("DiskE"[41]) een uitkooprecht aan de minderheidsaandeelhouders die tegen de zetelverplaatsing hebben gestemd.

Gelukkig voor minderheidsaandeelhouders is het uitgangspunt van het Nederlandse vennootschapsrecht toch wat anders dan de wetgever ons wil doen geloven en kunnen ook verplaatsingsbesluiten aan de redelijkheid en billijkheid worden getoetst. Wel zal natuurlijk het feit dat de wetgever geen reden heeft gezien minderheidsaandeelhouders specifiek te beschermen de rechter wat terughoudender kunnen doen oordelen over hun stelling te zijn benadeeld.

7.4 Positie van werknemers

In het verplaatsingsvoorstel moeten o.a. aan de orde komen de eventuele gevolgen van de verplaatsing voor de rol van de werknemers (art. 8 lid 3 SE-VO). Anders dan in andere operaties waarbij een SE betrokken is, geven SE-VO noch SE-RL hier nadere regels. De betrokken notaris moet wel in het oog houden dat de statuten van een SE nimmer strijdig mogen zijn met de medezeggenschapsregeling (art. 12 lid 4 SE-VO jo art. 8 lid 8 SE-VO). Aangenomen moet worden dat de eerder bij de oprichting uit de toepassing van de SE-RL resulterende medezeggenschapsregeling onverminderd van toepassing blijft. Dit volgt ook uit art. 12 lid 2 SE-VO (waarover hierna meer in § 10).

Voor het overige staan werknemers de rechten ten dienste die zij ingevolge nationale wetgeving hebben met betrekking tot beleidsbeslissingen. In Nederland denke men aan de WOR. Ik zou geneigd zijn aan te nemen dat een zetelverplaatsing van de vennootschap in beginsel kan worden aangemerkt als een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming althans in de verdeling van bevoegdheden (art. 25 lid 1 sub e WOR).

7.5 Positie van crediteuren

De SE-VO voorziet niet uitdrukkelijk dat nationale wetgevers voorzieningen kunnen treffen ter bescherming van crediteuren in het kader van een zetelverplaatsing. Wel rept art. 8 lid 7 SE-VO (zie reeds hiervoor) van afdoende bescherming "overeenkomstig de voorschriften van de lidstaat". De Nederlandse wetgever, maar ook overigens de Duitse,[42] heeft daarin (overi-

41 "Diskussionsentwurf Gesets zur Einführung der Europaïschen Gesellschaft" in de wandeling afgekort tot "DiskE" o.a. gepubliceerd in AG 2003, p. 204 e.v.

42 Zie § 12 DiskE.

gens terecht) reden gezien om een specifieke beschermingsbepaling in de uitvoeringswetgeving op te nemen.

In Nederland bepaalt art. 4 UitvW, net als de Duitse uitvoeringswet, dat schuldeisers verzet kunnen aantekenen tegen de zetelverplaatsing tenzij de vennootschap zekerheid stelt of de vermogenstoestand van de vennootschap voldoende zekerheid biedt. De regeling volgt grotendeels de systematiek van art. 2:316 BW (crediteurenverzet in geval van fusie) met dien verstande dat verzet slechts mogelijk is tot het moment dat de notaris het attest afgeeft waarin hij verklaart dat aan alle voorafgaande handelingen en formaliteiten is voldaan.[43] Hiervoor is reeds opgemerkt dat de UitvW vooralsnog niet voorziet in een bericht bij het handelsregister dat het attest is afgegeven.

7.6 Processuele aspecten

Op het moment van die nieuwe inschrijving en doorhaling van de inschrijving in de vertrekstaat, kan de SE ook in rechte zich op haar nieuwe "nationaliteit", en het nieuwe op haar toepasselijke recht, beroepen (bijvoorbeeld als tegen haar een rechtsgeding aanhangig wordt gemaakt). Art. 8 lid 16 SE-VO geeft hier een regel van "overgangsrecht". Die houdt in dat met betrekking tot voorafgaande aan inschrijving in de nieuwe lidstaat "opgetreden geschillen", de SE nog steeds geacht wordt haar statutaire zetel te hebben in de vertrekstaat, zelfs indien een rechtsvordering tegen de SE pas "na de zetelverplaatsing wordt ingeleid".

De gevolgen van deze bepaling kunnen ingrijpend zijn. Zo kan deze meebrengen dat ook *nadat* de zetelverplaatsing van een vennootschap is geëffectueerd een enquêteverzoek met betrekking tot de (dan buitenlandse) SE kan worden gedaan, mits de te onderzoeken periode maar voorafging aan de zetelverplaatsing. Kent ook de staat waar de SE naartoe is verplaatst een regeling van onderzoek[44] dan kan dat nog tot een zeer complexe samenloop leiden. Dat geldt zeker als de Ondernemingskamer voorzieningen zou willen treffen en bijvoorbeeld bestuurders zou willen schorsen of ontslaan of (tijdelijke) afwijking van de statuten gelast. Dan wordt rechtstreeks ingegrepen in de dan buitenlandse structuur en het buitenlandse recht.

---

43 Daarnaast valt op dat de UitvW ook, in afwijking van de in art. 2:316 BW genoemde verzetsmogelijkheid bij fusie, een verzetsmogelijkheid creëert voor "schuldeisers" van vorderingen die voor zetelverplaatsing zijn of *kunnen* ontstaan. Elke potentiële schuldeiser (en wie is dat niet?) heeft dus een verzetsrecht. Voorts valt op dat de termijn voor crediteurenverzet is gesteld op twee maanden waar deze op grond van art. 2:316 BW één maand bedraagt.

44 Zie in Engeland bijv. de mogelijkheid van een "Investigation" door inspectors benoemd door Secretary of state (section 431 Companies Act). Vgl. daarover o.a. mijn noot onder EHRM 19 maart 2002, JOR 2002/127 (TextLite).

Dogmatisch eenvoudiger ligt dat waar het geschil (bijvoorbeeld met minderheidsaandeelhouders) voorafgaande aan zetelverplaatsing genomen besluiten betreft en daarvan vernietiging wordt gevorderd. Het is dan niet onlogisch dat daarover naar het oude recht wordt geoordeeld, en zelfs dat zulks geschiedt door de in de vertrekstaat voorheen bevoegde rechter. Iets anders is wel dat men zich kan afvragen of de gevolgen van een rechtsoordeel dat een besluit in strijd met wet en/of statuten was (bijvoorbeeld de vraag naar bekrachtiging) niet naar het na de zetelverplaatsing voor de SE geldende recht moet worden bepaald.

Ten slotte vermeld ik hier art. 2:138 BW. Die bepaling voorziet in lid 6 dat de vordering kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement. Betekent zulks dat een (buitenlandse) curator ingeval van faillissement binnen drie jaar na de zetelverplaatsing alsnog in Nederland deze procedure aanhangig kan maken? En bestaat die mogelijkheid dan naast, en eventueel tezamen met, een vordering naar het recht waar de SE dan gevestigd is (bijvoorbeeld in Engeland op basis van het bekende s. 214 Insolvency Act)?

7.7 Positie van de overheid

Art. 8 lid 14 SE-VO bepaalt dat een lidstaat *kan* bepalen dat een zetelverplaatsing geen rechtsgevolgen heeft "indien een bevoegde autoriteit" van die lidstaat daartegen in de twee maanden na de openbaarmaking van het voorstel tot zetelverplaatsing bezwaar maakt. Dit bezwaar kan slechts worden gemaakt "om redenen van algemeen belang". In art. 5 UitvW is die bevoegdheid aldus uitgewerkt dat de minister van Justitie in dat geval een verklaring moet neerleggen bij het handelsregister. Als zo'n reden van algemeen belang wordt vermeld het geval dat de zetelverplaatsing een geprivatiseerde vennootschap zou betreffen met een publieke taak.[45] Veel(m)eer ligt echter voor de hand dat dwingende redenen van algemeen belang kunnen zijn gelegen in het waarborgen van medezeggenschap (zie hiervoor § 6.2).[46]

Overigens wijs ik er op dat krachtens art. 8 lid 14 tweede alinea SE-VO die bevoegdheid ook rechtstreeks toekomt aan een nationale financiële toezichthoudende autoriteit, als een SE "overeenkomstig communautaire richtlijnen" onderworpen is aan haar toezicht. In het bijzonder moet hier gedacht worden aan financiële instellingen (waaronder banken).

---

45 Tegen deze open bevoegdheid is onder andere bezwaar gemaakt door de Gecombineerde Commissie vennootschapsrecht. Zij is bevreesd dat de ruime bevoegdheid van de minister tot onzekerheid in de overnamepraktijk leidt.

46 Vgl. reeds Huiskes a.w., p. 68.

7.8 Conclusie

Al met al zou een zetelverplaatsing in een periode van een paar maanden kunnen worden gerealiseerd als er geen complicaties optreden. De praktische voorbereiding moet echter niet worden onderschat. Dat geldt met name voor de eis dat de vennootschappelijke structuur in overeenstemming moet worden gebracht met het vennootschapsrecht van de aankomststaat en de daar geldende (oprichtings)formaliteiten. Voorts is in het voorgaande duidelijk geworden dat veel zal afhangen van de houding van crediteuren. Anders dan op het eerste gezicht lijkt, moet bovendien wel degelijk rekening worden gehouden met eventuele acties door aandeelhouders. Wenst men zetelverplaatsing dan is er echter naast deze procedure niet veel keuze. Het enige alternatief voor een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, is een grensoverschrijdende fusie. Hierna (in § 14 en § 15) zal echter blijken dat ook die bepaald niet zonder complicaties is. Die bestaan in ieder geval daarin dat zich bij een grensoverschrijdende fusie de regeling van de medezeggenschap aandient.

8. Toepasselijk recht op de SE

Hiervoor kwam al enige malen aan de orde dat de SE weliswaar een Europese loot aan de stam der rechtsvormen is, maar dat de SE wel uitdrukkelijk moet worden geplant en tot wasdom gebracht in het nationale recht. Er is een grote rol weggelegd voor het nationale recht. Dat springt al aanstonds in het oog als men de SE-VO zelf beziet. Deze telt in totaal 70 artikelen, waarvan het merendeel is gewijd aan de diverse modaliteiten van oprichting van de SE (waarover uitgebreid hierna § 12 e.v.). Slechts een beperkt aantal bepalingen ziet op het functioneren van de SE en de meeste daarvan verwijzen toch ook weer (mede) naar het nationale materiële recht (van de plaats van vestiging).

Voor zover er materiële bepalingen zijn opgenomen die niet naar nationaal recht verwijzen zijn deze overigens ook lang niet altijd evenwichtig. Zo bepalen de artikelen 41 en 44 SE-VO dat het bestuursorgaan "shall meet at least once every three months at intervals laid down by the statutes to discuss the progress and foreseeable development of the SE's business." In het licht van de taak van het bestuursorgaan en de sancties die in elke jurisdictie bestuurders en commissarissen bedreigen als bestuur en/of toezicht niet adequaat geschiedt, is dit een overbodige bepaling. Bovendien doen bepalingen als deze de vraag rijzen of zij moeten worden gesteld boven specifieke bepalingen van nationaal recht ter zake van de bestuurstaak en bestuursaansprakelijkheid. Zou dat het geval zijn, dan worden goed ontwikkelde nationale leerstukken uitgehold.[47]

---

47 Kritisch daarover ook Dumoulin in § 2.4.e van Deel II van dit preadvies.

8.1 Nationaal recht mag niet strijden met de SE-VO

Het voorgaande doet meer algemeen de vraag rijzen welk recht op de SE van toepassing is. Uit het voorgaande blijkt al dat de SE voor een aanzienlijk deel wordt bepaald door het vennootschapsrecht van de lidstaat waar zij is opgericht en (dus: zie §5 hiervoor) haar werkelijke zetel heeft. Niettemin geldt uit de aard van het fenomeen EG verordening (en haar directe werking) wel dat waar de SE-VO een regeling geeft, deze het nationale recht "overruled". Dit beginsel is in art. 9 SE-VO nog eens vastgelegd. Wijkt de verordening af van het nationale recht, dan gaat de regeling van de SE-VO voor.

8.2 Nationaal recht, statutaire regelingen en medezeggenschapsregeling

Voorrang boven het nationale recht (óók het nationale dwingende recht!) hebben tevens statutaire bepalingen van de SE als de SE-VO dit "uitdrukkelijk toestaat". Als de SE-VO een materie dus toedicht aan regeling in de statuten, is de SE daarin vrij ongeacht het nationale vennootschapsrecht. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is dat de SE-VO uitdrukkelijk bepaalt dat de SE een one-tier of two-tier board heeft "naar gelang van de in de statuten gemaakte keuze" (art. 38 sub b SE-VO). Deze bepaling zal hierna zowel in de Delen II en III van dit preadvies nog regelmatig ter sprake komen. Er zijn echter zeker meer voorbeelden te geven.

Zo moet bijvoorbeeld het aantal leden van een leidinggevend en toezichthoudend orgaan (in een two-tier structuur) door de SE statuten worden bepaald (art. 39 lid 5 en Art. 40 lid 3 SE-VO). Lidstaten mogen echter wel minimum en maximum aantallen kunnen stellen.
Ook de benoemingstermijn van leden van bestuur en/of raad van commissarissen wordt volgens de SE-VO door de statuten bepaald, met dien verstande dat de maximum termijn zes (6) jaar bedraagt. De statuten kunnen voorts beperkingen stellen aan het aantal malen dat een bestuurder of commissaris wordt herbenoemd (art. 46 SE-VO).
Ten slotte noteer ik dat besluitvorming in de bestuurs- c.q. toezichthoudende organen (niet bedoeld is de algemene vergadering van aandeelhouders; daarvoor geldt namelijk een afzonderlijke Afdeling) primair wordt beheerst door de statuten.

Wel moet in het oog worden gehouden dat de statuten van een SE "nimmer" in strijd mogen zijn met de door de SE-VO en de SE-RL mogelijk gemaakte regelingen over de rol van werknemers (art. 12 lid 4 SE-VO). Dit gaat zelfs zover dat wanneer nieuwe regelingen over de rol van werknemers worden overeengekomen, de SE-VO bepaalt dat de statuten, voorzover nodig, worden gewijzigd. In dat geval *kan* een lidstaat bepalen dat het bestuur van een SE gemachtigd is de statuten te wijzigen zonder dat de algemene vergadering van aandeelhouders een nieuw besluit hoeft te nemen (art. 12 lid 4 SE-VO).

In de UitvW wordt echter van deze optie geen gebruik gemaakt. Waarom dat niet is gebeurd, is niet goed in te zien.[48] Het zou de flexibiliteit in de totstandkomingsfase bepaald bevorderen. Het is interessant om te zien dat juist om die reden bijvoorbeeld de Engelse wetgever deze optie wel heeft aanvaard.

9. Nationaal recht vult de SE-VO aan

Bieden de SE-VO of *daarin aangewezen* statutaire regelingen (die dus in overeenstemming moeten zijn met een eventuele medezeggenschapsregeling) geen uitkomst, dan zijn bepalend de wettelijke voorschriften van de lidstaat waar de SE is geregistreerd. Uitgangspunt van art. 9 SE-VO is daarbij dat het nationale recht steeds een rol kan spelen met betrekking tot aangelegenheden die niet *of slechts gedeeltelijk* bij de SE-VO geregeld zijn. Deze regeling, hoezeer op het eerste oog voor de hand liggend, roept de nodige vragen op zoals in het vervolg van dit preadvies met enige regelmaat blijken zal.

9.1 Wanneer is een regeling in de SE-VO uitputtend?

Vele vragen laten zich hier stellen: wanneer wordt een aangelegenheid niet in de SE-VO geregeld of slechts gedeeltelijk daarin geregeld? Is alleen aanvulling mogelijk of mag die aanvulling ook beperkingen stellen?[49] Als wordt bepaald dat er een toezichthoudend orgaan is, mag dan bijvoorbeeld (uiteraard niet geheel willekeurig gekozen) de Nederlandse wetgever bepalen dat de leden daarvan steeds bindend worden voorgedragen door het toezichthoudend orgaan waarbij de voordracht wel door de AvA kan worden doorbroken? En kan de Nederlandse wetgever bepalen dat toezichthouders ontslagen kunnen worden door de ondernemingskamer (cf. art. 2:161 lid 2 BW)? En welke eisen kan Nederland wel of niet aan de oprichting stellen? Deze is in de SE-VO wel uitgebreid geregeld, maar tegelijkertijd ook evident slechts gedeeltelijk. Mag een verklaring van geen bezwaar worden geëist en daarmee het recht worden voorbehouden om de oprichting van een SE te weigeren?[50] Kan het enquêterecht volledig op een in Nederland gevestigde SE worden toegepast?

---

48 Daartegen keert zich ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (Nova/KNB) in haar advies over de UitvW.

49 Vgl. H.J. de Kluiver/M. Meinema, Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling, WPNR 2002, p. 652 e.v. en M.Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, Kluwer – Deventer, 2003.

50 Zie hieromtrent mede de in § 6.1 gegeven argumentatie.

Ik ben geneigd al deze vragen bevestigend te beantwoorden en niet te snel aan te nemen dat de SE-VO een onderwerp uitputtend regelt. Dat is ook de benadering die ook in het buitenland lijkt te overheersen.[51]

Overigens strekt de vraag naar toepasselijk recht zich ook verder uit dan het vennootschapsrecht. Met name kan hier ook worden gedacht aan het fiscale recht. Ik verwijs naar de opmerkingen van Bellingwout in § 2 van Deel IV van dit preadvies.

9.2 Wat zijn de grenzen aan het toe te passen nationale recht?

De nationale wetgeving die op de SE van toepassing is, kan (ingevolge art. 9 lid 1 sub c) bestaan uit:

(i) wettelijke voorschriften die specifiek op SE's zijn gericht "ter uitvoering van communautaire maatregelen". Die wettelijke voorschriften moeten (dus) wel in overeenstemming zijn met de voor naamloze vennootschappen geldende EG Richtlijnen (zie ook art. 9 lid 2 SE-VO);
(ii) wettelijke voorschriften die gelden voor naamloze vennootschappen opgericht volgens het recht dat op de SE van toepassing is;
(iii) de bepalingen van de statuten van de SE onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor die naamloze vennootschappen.

In de bewoordingen van categorie (i) ligt impliciet besloten dat een lidstaat niet bijzondere regels voor een SE mag voorzien, tenzij het communautaire EG kader zulks meebrengt. Zo kunnen er bijvoorbeeld geen andere eisen aan oprichting en kapitaal worden gesteld dan voor de nationale vennootschappen.

Op dit beginsel kan overigens de SE-VO zelf wel weer uitzonderingen voorzien. De meest in het oog springende zijn wederom Artt. 39 en 43 waarin is voorzien dat wanneer een lidstaat slechts monistisch of dualistisch stelsel kent, er voor kan worden gekozen alleen een regeling van het andere stelsel uit te werken voor de SE (en dus niet voor de nationale vennootschappen). Ik kom daarop hierna nog terug als ik spreek over de mogelijke toepasselijkheid van het structuurregime.

---

51 Men zie bijvoorbeeld de discussie in Duitsland over medezeggenschap en de interessante vraag in hoeverre een SE kan worden onderworpen aan het Duitse Konzernrecht. Zie daarover Peter Hommelhoff, Zum Konzernrecht in der Europaïschen Aktiengesellschaft, AG 2003 p. 179 (ontkennend) en Mathias Habersack, Das Konzernrecht der "deutschen" SE, ZGR 2003 p. 724 e.v. (bevestigend).

De vraag daarbij is natuurlijk waar de grens ligt bij het uitvoering geven aan communautaire maatregelen. Wanneer is nog sprake van overeenstemming met de relevante EG Richtlijnen? Uiteraard is daarbij uitgangspunt dat het nationale recht niet tegen de bepalingen van een EG richtlijn mag ingaan. De eigenlijke vraag in dit verband is echter of een Richtlijnvoorschrift uitputtend bedoeld is. Dat is echter nu juist een vraag waarop het Europese recht geen algemeen antwoord geeft. Afhankelijk van het doel van een Richtlijn en de daarin vervatte bepalingen, zal dat van geval tot geval moeten worden vastgesteld.[52]

10. Bepaling van medezeggenschap als constitutief vereiste voor de SE (art. 12 SE-VO)

10.1 Inschrijving

In § 8 werd al verwezen naar het grote belang dat de SE-VO toekent aan een regeling van medezeggenschap. Dat belang bleek zelfs zo groot dat statutaire bepalingen van een SE nimmer in strijd mogen zijn met een medezeggenschapsregeling en, eventueel zelfs zonder een besluit van de algemene vergadering, daaraan moeten worden aangepast (art. 12 lid 4 SE-VO).

Maar de SE-VO gaat nog een stap verder. Art. 12 lid 2 SE-VO bepaalt uitdrukkelijk dat een SE pas kan worden ingeschreven en, aangezien inschrijving het oprichtingsmoment vormt, pas als rechtspersoon bestaat (zie art. 16 lid 1 SE-VO) als er duidelijkheid is over de medezeggenschapsregeling.

10.2 Bepaling van medezeggenschap

Duidelijkheid omtrent de medezeggenschapsregeling kan op de volgende drie wijzen ontstaan:

a) er is een overeenkomst met werknemers gesloten op grond van art. 4 SE-RL;

b) er is door werknemers een besluit genomen om af te zien van een overeenkomst en genoegen te nemen met nationale regels omtrent consultatie en informatie zoals ten onzent de WOR (art. 3 lid 6 SE-RL);

---

52 Zie Kapteyn/VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, 6e druk, Kluwer – Deventer 2003, p. 266 e.v. Zie ook Hildegard Ziemons, t.a.p., p. 1913 e.v., p. 1915. Met betrekking tot de Tweede EG Richtlijn heeft het EG Hof bijvoorbeeld tot uitgangspunt genomen dat deze minimumnormen bevat welke mogen worden aangevuld door nationaal recht (zie de uitspraak van het HvJEG van 19 november 1996 inzake Siemens/Nold [C-42/95] r.o. 13.

c) de termijn die de SE-RL voor onderhandelingen voorziet is verlopen zonder resultaat; die termijn kan maximaal een jaar belopen (art. 5 SE-RL). In dat geval gelden de referentievoorschriften die de SE-RL stelt. Die zijn, in ieder geval in beginsel, gebaseerd op het hiervoor besproken "before/after" beginsel.

Het is essentieel om het bovenstaande bij de verschillende wijzen van totstandkoming van een SE voortdurend voor ogen te houden.

11. De Nederlandse SE, de structuurregeling en de "one-tier" board

In de Nederlandse context is een in het oog springende vraag of op een Nederlandse SE de structuurregeling dwingend kan worden toegepast. In feite gaat het dan om twee deelvragen: (i) kan c.q. moet de structuurregeling voor de SE gelden?, (ii) kan de structuurregeling ook van toepassing zijn als gekozen is voor een one-tier board? De beantwoording van beide vragen is onzeker. Ik zou echter vooralsnog menen dat beide vragen bevestigend kunnen worden beantwoord. Hoewel op sommige onderdelen wat anders gemotiveerd, kom ik daarmee grosso modo tot een zelfde uitkomst als Witteveen in Deel III van dit preadvies (met name § 8.2.2 en § 9.3).

Startpunt voor de SE-RL is dat bij de vorming van een SE onderhandeld wordt over betrokkenheid van werknemers in ruime zin (zie hiervoor § 3.1). Zowel het verschaffen van informatie aan, en het raadplegen van werknemers (in Nederland denke men aan de WOR) als ook de vennootschappelijke (orgaan)medezeggenschap door werknemers in de SE, kunnen daarbij aan de orde komen. Komen partijen niet tot afspraken dan gelden referentievoorschriften opgenomen in de Annex bij de SE-RL. De delen 1 en 2 van die Annex betreffen bevoegdheden in de sfeer van informatie en consultatie in de beleidssfeer (kort gezegd de WOR bevoegdheden). Ik ga daaraan hier geheel voorbij en verwijs daarvoor naar de beschouwingen van Witteveen in Deel III van dit preadvies en met name hoofdstuk 5 daarvan. In dit vennootschapsrechtelijke deel kan echter niet voorbij worden gegaan aan vennootschappelijke medezeggenschap. Voor Nederland betekent dat de vraag naar de eventuele toepasselijkheid van art. 2:153 e.v. BW.

11.1 Uitgangspunten van vennootschappelijke medezeggenschap in de SE-VO

Als onderhandelingen niet tot overeenstemming leiden over de vennootschappelijke medezeggenschap geldt de regeling die voortvloeit uit Deel 3 van de Annex bij de SE-RL. Uitgangspunt daarvan is het eerder al geïntro-

duceerde "before/after" beginsel (zie § 3.1). De kernelementen daarvan zijn de volgende:

a. als er voorafgaande aan inschrijving van de SE voor geen van de deelnemende vennootschappen medezeggenschapsregels golden, hoeft de te vormen SE geen voorschriften voor medezeggenschap in te voeren (3e alinea van de Annex Deel 3);

b. Art. 13 lid 2 SE-RL voegt daaraan toe dat nationale medezeggenschapsregels niet van toepassing zijn op SE's die zijn opgericht overeenkomstig de SE-VO "en die onder deze richtlijn vallen", tenzij deze "tot uitvoering van deze richtlijn strekken".

11.2 SE's kunnen "medezeggenschapsvrij" zijn

In het licht van deze twee bepalingen bestaat er geen twijfel over dat wanneer een Spaanse en een Engelse vennootschap fuseren, of een dochter of holding-SE oprichten in Nederland, in die SE geen medezeggenschapsvoorschrift zal gelden (tenzij in onderhandelingen anders wordt bepaald). Ook staat vast dat de aldus opgerichte dochter-SE (of holding-SE) niet onder het Nederlandse structuurregime zal gaan vallen. De Nederlandse SE is dus "medezeggenschapsvrij" (vgl. de Duitse term "mitbestimmingsfrei"). Als de betreffende SE op haar beurt weer een Nederlandse dochter opricht, geldt ook daarvoor dat op deze de structuurregeling niet van toepassing zal worden.[53] Tot zover is er geen verschil van opvatting.

11.3 SE's kunnen echter ook verplicht structuurvennootschap zijn (bij voorbeeld bij "omzetting")

Maar nu "something completely different". Een Nederlandse structuurvennootschap wordt omgezet in een SE. In dat geval bepaalt Deel 3 van de Annex bij de SE-RL dat "alle elementen van de werknemersmedezeggenschap" op de door omzetting gevormde SE van toepassing blijven. Wat dat

---

53 Vgl. ook D.C. Buijs, De Europese Vennootschap: een instrument voor internationale reorganisatie voor liefhebbers van een rol voor de werknemers, Nederlands Tijdschrift voor Europees recht, 2001 p. 121 e.v. en dezelfde, De Europese vennootschap, een Brussels virus voor het nationale medezeggenschapsrecht, Ondernemingsrecht 2001, p. 181/182. Zie voorts L. Timmerman, De medezeggenschap van de Europese vennootschap; een eerste verkenning vanuit Nederlands gezichtspunt, J.W. Winter, t.a.p. (NJB 2002), p. 2034 e.v. en dezelfde, min of meer parallel daaraan, Thalassa! Thalassa! The SE as a glimpse of the future, in: Jonathan Rickford (ed), a.w. p. 113 e.v., en R.H. van het Kaar, De Europese vennootschap en de medezeggenschap, Sociaal Recht 2003, p. 181 e.v.

precies betekent, is helaas onduidelijk.[54] Maar wel is duidelijk dat daarmee beoogd is het eerder vermelde "before/after" beginsel vast te leggen. Ook overigens is duidelijk dat de EG regelgever daaraan bij omzetting een zo groot belang hecht, dat aan de vrijheid om daarvan in onderhandelingen af te wijken, die bij de vorming van een SE altijd moeten worden geopend tussen werknemers en relevante vennootschappen,[55] paal en perk is gesteld, zelfs in zodanige mate dat betwijfeld kan worden of onderhandeling hier überhaupt een functie hebben kan.[56]

Dat paal en perk stellen geschiedt door drie grenspalen. De eerste is dat in art. 3 lid 6 SE-RL – dat kort gezegd de mogelijkheid biedt om door een besluit van werknemers medezeggenschap te beëindigen – niet van toepassing is bij omzetting.
De tweede is dat art. 4 lid 4 bepaalt dat in geval van vorming van een SE door omzetting, de overeenkomst tussen vennootschap en werknemers "ten minste in dezelfde mate [moet] voorzien *in elk* aspect van de rol van de werknemers" (curs HJdK) als in de om te zetten vennootschap.
Vervolgens brengt, zoals vermeld, art. 7 lid 2 sub (a) SE-RL en de daarin vervatte verwijzing naar deel 3 van de annex sub (a) mee dat bij omzetting alle aspecten van medezeggenschap die aanwezig waren in de om te zetten vennootschap, van toepassing zullen zijn op de SE. Zonder dat aan het voorgaande is voldaan, kan de omzetting niet worden afgerond omdat daarvoor de SE moet worden ingeschreven in het handelsregister, en deze inschrijving slechts mogelijk is indien, kort gezegd, aan de eisen van de SE-RL is voldaan (art. 37 lid 2 SE-VO jo art. 12 lid 2 SE-VO).

Als men daarbij bedenkt dat in geval van omzetting van een NV in een SE uitdrukkelijk geldt dat dit een Nederlandse aangelegenheid blijft en dat de zetel bij gelegenheid van die omzetting *niet* naar het buitenland mag worden verplaatst (art. 37 lid 3 SE-VO), dan acht ik goed verdedigbaar dat de door omzetting te vormen SE onderworpen blijft c.q. moet worden aan de structuurregeling althans aan de toepasselijkheid van art. 2:153 BW e.v.[57], mede in aanmerking genomen art. 40 lid 2 laatste zin SE-VO.

Het Nederlandse recht (art. 2:153 BW e.v.) werkt vervolgens bij wijze van aanvulling binnen de kaders van art. 9 SE-VO uit hoe het systeem werkt. Dat geeft de betreffende vennootschap dus ook de faciliteit dat het structuurregime niet reeds bij oprichting hoeft te gelden, maar pas bij het overschrijden

---

54 Witteveen spreekt in Deel III van dit preadvies in § 8.2.2 terecht van het "meest obscure onderdeel van de SE-RL" en krakkemikkige regelgeving.

55 Art. 3 SE-RL.

56 Vgl. Timmerman t.a.p. p. 200 en in Duitsland, Jochem Reichert/Stephan Brandes, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003 p. 676 e.v., p. 775: "Letzlich muss alles beim Alten bleiben."

57 Vgl. Witteveen in Deel III § 9.3.1 van dit preadvies. Een aantal argumenten daarvoor wordt ook besproken in M. Huizinga en M. Meinema, Report concerning the Netherlands, in: The European Company - All over Europe, Teichmann/Oplustil (eds.), De Gruyter, Berlijn 2004.

van de in art. 2:153 BW neergelegde drempelwaarden. Aldus bezien, is er geen sprake van strijd met Art. 13 lid 2 SE-RL als de SE pas op een later moment daadwerkelijk aan het structuurregime hoeft te voldoen en haar statuten daaraan moet aanpassen.[58]

11.4 UitvW en IW nemen een ander standpunt in dat niet zonder meer overtuigt

Ondertussen denkt een aantal auteurs daar anders over.[59] Zij betogen dat art. 13 lid 2 SE-RL wel meebrengt dat weliswaar de elementen met betrekking tot de benoeming van commissarissen in statuten zou moeten worden neergelegd, maar dat de Annex geen betrekking heeft op de regeling van de materiële inhoud van de bevoegdheden en dat Art. 13 lid 2 SE-RL overigens categorisch zou uitsluiten dat de structuurregeling van toepassing zou zijn.[60]

Deze laatste benadering is ook terug te vinden in de UitvW[61] en in de IW. De MvT bij de UitvW volstaat ermee te noteren dat voor zover de toepassing van onderdelen van de structuurregeling op de SE niet afketst op de SE-VO, "die toepassing niet opportuun" is en "niet voor de hand" ligt.[62] De toelichting op de IW[63] poneert ook als een evidentie, onder verwijzing naar art. 13 lid 2 SE-RL, dat de structuurregeling niet van toepassing kan zijn op SE's. Motivering voor dat standpunt wordt echter niet gegeven.

Een en ander overtuigt niet. Dat geldt zeker met in gedachten de besproken omzetting van een Nederlandse NV in een SE. Maar ook als wij denken aan andere oprichtingsmodaliteiten is niet toepasselijkheid van de structuurregeling niet zonder meer overtuigend. Dat geldt ook bij doordenking van andere situaties. Een voorbeeld ter illustratie daarvan biedt de oprichting van een dochter-SE (waarover hierna nog uitgebreider §§ 18 en 19) door een Nederlandse (structuur) NV of een Nederlandse "structuur" SE.

---

58 Een nuance anders lijkt hier Witteveen in Deel III § 9.3.1 van dit preadvies.

59 Zo D.C. Buijs t.a.p. en Winter t.a.p.

60 Interessant is dat zo'n 10 jaar geleden bij de discussie over dit onderwerp de staatssecretaris van Justitie juist uitdrukkelijk het standpunt innam dat de SE niet gebruikt mag worden "om aan de werking van de structuurregeling te ontkomen". Vgl. Huiskes a.w. p. 239 en J.M. van Dijk, de Europese vennootschap en het structuurregime, in: Grensoverschrijdend privaatrecht (Van Rijn van Alkemade bundel), Kluwer – Deventer, 1993 p. 79 e.v.

61 Zie MvT UitvW p. 4/5.

62 Zie MvT UitvW p. 5.

63 Zie MvT IW p. 5, 8 en 28.

11.5 Nog een voorbeeld: oprichting van een dochter-SE

In het vermelde geval van oprichting van een dochter-SE is duidelijk dat de in §11.1. onder a) vermelde vrijstelling niet geldt. Voor de oprichtende vennootschap(pen) gelden immers evident medezeggenschapsregels. Wat betreft het in § 11.1 onder b) vermelde art. 13 lid 2 SE-RL is evenmin evident dat dit aan toepasselijkheid van de structuurregeling in de weg staat. De SE-RL beoogt immers de uitgangspositie met betrekking tot medezeggenschap te waarborgen. En die uitgangspositie naar Nederlands recht is dat bij oprichting van een dochtervennootschap de structuurregeling, althans art. 2:153 e.v. BW, van toepassing is en dat afhankelijk van de omvang van de dochtervennootschap en de beschikbare vrijstellingen, wordt bepaald of dat in de (statutaire) structuur tot uitdrukking moet worden gebracht. Ook volgens deel 3 sub b van de Annex moet de structuur van de dochter in relatie tot die van de oprichtende moeder worden bepaald en strekken de artt. 2:153 BW e.v. dus tot uitvoering van de SE-RL.

Is die aanpak minder aantrekkelijk dan het nu in de IW voorgestelde alternatief? Wat mij betreft niet. In geval van oprichting van een dochter-SE is de "alternatieve" benadering neergelegd in art. 3:2 lid 3 en art. 3:12 IW. De uitkomst daarvan is, als ik goed zie (en overigens in de daar gekozen methodiek ook logisch zou zijn), dat reeds bij en vanaf het moment van oprichting van de dochter door een structuur NV of "medezeggenschaps" SE het recht van bezwaar en beroep daarin geldt (nu dat immers het regime is van de aan de oprichting deelnemende vennootschap). Dat gaat dus verder dan zou gelden bij toepassing van artt. 2:153 BW e.v. Dan zou immers een "vrijstelling" van medezeggenschap gelden totdat de drempelwaarden overschreden zouden worden. De alternatieve benadering dwingt dus reeds bij aanvang van het oprichten van een dochter-SE tot het instellen van een two-tier systeem, hoewel aard en omvang van de (bijv. joint venture) SE dochter dat helemaal niet aangewezen hoeven te doen zijn.

11.6 "One-tier board"

Een en ander wordt nog klemmender als elders in de MvT, op zich terecht (zie hiervoor in § 8) wordt erkend dat een SE steeds moet kunnen kiezen voor een monistisch stelsel. Dit spoort ook met de uitdrukkelijk opvatting van het Europese parlement dat het "om tot uniformering in Europa te komen" nodig is "dat beide systemen in elk land vrij gekozen kunnen worden." Dat, zo leest men vervolgens, "houdt onder meer in dat medebeschikking ook in het monistische systeem mogelijk wordt" al zal dat, zo wordt

erkend, "voor de wetgever nog lastig genoeg worden".[64] De opstellers van de MvT IW hebben zich dat blijkbaar, terecht, ter harte genomen. Zij verbinden daaraan, vervolgens, op zich overigens eveneens consistent, de consequentie:

"dat in een dergelijk geval het recht van aanbeveling ten aanzien van alle commissarissen wordt omgezet in een recht van aanbeveling ten aanzien van alle leden van het bestuursorgaan ongeacht of zij binnen het bestuursorgaan primair zijn belast met uitvoerende of toezichthoudende taken." (MvT IW, p. 59).

Hiervoor stelde ik al de vraag aan de orde (vergezeld van een ontkennende beantwoording) of de in de UitvW en IW gekozen benadering noodzakelijkerwijs dwingend uit de SE-RL volgt. Daaraan voeg ik nu toe de vraag of de daarin gekozen benadering ook praktisch eigenlijk wel tot wenselijke uitkomsten leidt. Ook bij die vraag kan ik een sterke neiging tot ontkennende beantwoording niet onderdrukken.

11.7 Tussenconclusie

Zowel theoretisch als praktisch acht ik goed verdedigbaar dat de toepasselijkheid van de structuurregeling rechtstreeks voortvloeit uit het systeem van de SE-RL in de daarin voorziene gevallen dat medezeggenschap conform deel 3 sub a en b van de Annex moet worden geïmplementeerd. In die gevallen zijn de artt. 2:153 BW e.v. te zien als een door art. 9 SE-VO toegelaten aanvulling op de uitgangspunten van de SE-VO en de SE-RL. Dat betekent dat door de SE ook op alle vrijstellingen en beperkingen een beroep kan worden gedaan.

Vergelijk ik dat systeem met de ingewikkelde regeling die in de IW is opgenomen om toch te voldoen aan het voorschrift dat "alle elementen van de werknemersmedezeggenschap op de SE van toepassing" zijn, dan zou ik menen dat integrale toepassing van de art. 2:153 BW e.v. niet slechts zou passen in het systeem, maar ook bepaald handzamer zou kunnen zijn.

AANBEVELING: er is reden te heroverwegen of bij de uitvoering van de voorschriften van deel 3 sub a en b van de Annex in de uitvoerings- en implementatiewetgeving, niet veel(m)eer aansluiting zou moeten worden gezocht bij toepassing van art. 2:153 BW e.v.

---

[64] Aldus de rapporteur van het Europese Parlement (Hans-Peter Mayer) in het verslag van 26 juni 2001 (PE 294.959 definitieve versie A5-0243/2001), p. 17.

11.8 Consequenties in geval van vervreemding van een "structuur" SE

Zou men kiezen voor een systeem waarin de structuurregeling, althans de toepassing van art. 2:153 BW e.v., centraal staat dan is de consequentie daarvan wel dat in beginsel elke SE die is opgericht door een Nederlandse vennootschap c.q. een "originaire" Nederlandse SE (niet zijnde een geïmporteerde "medezeggenschapsvrije" SE) *niet* "medezeggenschapsvrij" is en dus wellicht op termijn het structuurregime in haar statuten zal moeten doen opnemen (tenzij bijvoorbeeld bij oprichting van een dochter-SE een andersluidende regeling met werknemers is aangegaan).[65]

Dat leidt tot bezwaren als bijvoorbeeld de aandelen in de Nederlandse dochter-SE worden overgenomen door een buitenlandse vennootschap (al of niet een SE) c.q. de dochter-SE verdwijnende vennootschap wordt in een grensoverschrijdende fusie die leidt tot vorming van een buitenlandse SE. De verkrijger ziet dan een (zij het Nederlandse) SE zonder medezeggenschap, omdat bijvoorbeeld niet aan de drempelwaarden van art. 2:153 BW e.v. is voldaan of daarvoor een vrijstelling geldt. Vervolgens zou hij echter na een overname of fusie verrast kunnen worden met medezeggenschapsaanspraken die tot aanpassing van de structuur zouden kunnen dwingen. Dat lijkt niet gewenst.

In de hiervoor voorgestelde benadering kan daarmee echter heel goed rekening worden gehouden in de Uitvoerings- of Implementatiewet. Daarin zou bijvoorbeeld, zo men wil bij wijze van "cut-off date", kunnen worden bepaald dat bij een verkrijging van de controle over een in Nederland gevestigde (dochter) SE door een buitenlandse vennootschap of elders gevestigde c.q. medezeggenschapsvrije "buitenlandse" SE, voor de toepassing van de Richtlijn de op het moment van verkrijging van die controle bestaande concrete medezeggenschapssituatie bepalend is.[66]

AANBEVELING: te overwegen ware in de UitvW of IW een bepaling op te nemen die buiten twijfel stelt dat bij verkrijging van een SE door een buitenlandse vennootschap of een elders in de EG gevestigde SE de medezeggenschapssituatie op dat moment gefixeerd wordt en toekomstige wijzigingen niet in ogenschouw worden genomen.

---

65 Met als uitzondering daar weer op (zoals hiervoor reeds vermeld) dat zo'n afwijkende overeenkomst niet mogelijk is in geval van omzetting van en NV in een SE.

66 Ik kom aldus tot een zelfde uitkomst als bijvoorbeeld Timmerman, t.a.p. p. 200, zij het dat hij een meer absolute betekenis lijkt te hechten aan een op grond van art. 2:153 beschikbare vrijstelling.

11.9 De "structuur" SE en de one-tier board

Wanneer wij het voorgaande nu combineren met het algemeen door de commentatoren, waarbij ik mij aansluit,[67] erkende recht dat een SE vrijelijk moet kunnen kiezen tussen een one-tier of een two-tier systeem (conform art. 38 SE-VO), dan dringt de conclusie zich op dat in zo'n geval een one-tier SE kan worden tot stand gebracht (hetzij door omzetting, hetzij anderszins) die wettelijk *verplicht* is het (volledig of verzwakt) structuurregime te voeren.

Dat brengt mee dat het Nederlandse recht na 8 oktober 2004 zou moeten voorzien in een regeling van het structuurregime in een one-tier board situatie. Hiervoor in § 11.6 bleek al dat die benadering ook wordt onderschreven in de IW (MvT IW, p. 59). Dat brengt mijns inziens mee dat Nederland, om te voorkomen dat ofwel in strijd wordt gehandeld met haar Europese verplichtingen ofwel het onwenselijke (en wellicht ook met de SE-VO strijdige) alternatief voorligt dat medezeggenschap betrekking zou hebben op alle leden van het monistisch bestuur, de Uitvoeringswet tevens zou moeten voorzien in een op de one-tier board toegeschreven variant van de structuurregeling. De SE-VO staat daaraan niet in de weg. Integendeel, ik meen vooralsnog dat het stelsel van de SE-VO dat juist vereist.

Ik wijs met name op art. 43 lid 4 SE-VO. Die bepaling machtigt een EG lidstaat juist uitdrukkelijk om, wanneer het recht van die staat niet voorziet in een monistisch stelsel (en dus een one-tier board systeem), "passende maatregelen met betrekking tot SE's vast [te] stellen". Dit lees ik als een uitdrukkelijke machtiging en opdracht in afwijking van art. 9 SE-VO (dat in beginsel juist niet toestaat bijzondere regels voor de SE te stellen).

Zo'n monistische variant van de structuurregeling is zeker niet onmogelijk. Net als Dumoulin in § 2.1.c. van Deel II van dit preadvies ben ik van mening dat het hier voornamelijk een technische exercitie betreft waartoe de wetgever zeer goed in staat zou zijn.

Ondertussen zou het natuurlijk nog mooier zijn om van de gelegenheid gebruik te maken überhaupt een regeling voor de one-tier board in te voeren die gelijkelijk beschikbaar zou zijn voor SE's en voor Nederlandse vennootschappen. In dit verband kan enige inspiratie worden geput uit de voorgestelde Duitse invoeringswet en de Duitse literatuur. Daarin wordt de one-tier board (zij het wellicht te uitgebreid) geregeld en wordt tegelijkertijd ruimte

---

67 Zo o.a. J.W. Winter, De Europese vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen, Ondernemingsrecht, 2001 p. 195 e.v. Alsmede: Klaus Hopt, Board Structures, The significance of the rules on the board of the European company, in Rickford (ed), a.w. p. 47 e.v.

gelaten voor nadere wettelijke regeling van de medezeggenschap.[68] Wat mij betreft zou op zijn minst art. 2:9 BW moeten worden aangevuld met een lid 2 waarin wordt bepaald dat statutair onderscheid kan worden gemaakt tussen bestuurders die mede belast zijn met uitvoering van beleid en bestuurders die geen uitvoerende taken in de vennootschap verrichten maar wel mede een toezichthoudende rol vervullen. Ik betwijfel of het begrip "werkkring" in art. 2:9 lid 1 BW een dergelijk rigoureus onderscheid toelaat.[69] Anders qua uitgangspunt, maar overigens de wenselijkheid van een regeling onderschrijvend en gedetailleerd uitwerkend, zie men Dumoulin in § 2.4.b en c (waarin ook een tekstvoorstel) van Deel II van dit preadvies.

AANBEVELING: gelet op de systematiek van de SE-VO en de SE-RL is een nadere regeling van de one-tier board en een uitwerking van medezeggenschap in een one-tier board aangewezen.

11.10 Kanttekening bij de toepasselijkheid van de structuurregeling

De structuurregeling is in Nederland geworden tot een casus belli in vennootschapsland. Elke opmerking die men daarover maakt, wordt gewogen en geclassificeerd als "voor" of "tegen". Hoewel ik de gedachte aan enige invloed van werknemers op ondernemingsbestuur niet zo gek vindt, hecht ik er aan te noteren dat de hiervoor opgenomen beschouwingen niet daardoor zijn ingegeven, maar door de constatering dat de enige reden van bestaan van de SE-RL nu eenmaal juist ligt in de waarborging van medezeggenschap. Ik heb getracht dat te combineren met een poging om, zolang Nederland de structuurregeling kent, tot een zoveel mogelijk consistent en toch praktisch hanteerbaar stelsel te komen. Daarbij onderken ik dat er allerlei mogelijkheden zijn om zich aan de werking van de structuurregeling te onttrekken (bijv. de oprichting van een "medezeggenschapsvrije" dochter SE in een andere lidstaat). Zoals hiervoor in § 4 e.v. geschetst, is dat echter niet een aspect dat specifiek de SE aankleeft, maar in het algemeen de status van buitenlandse vennootschappen, en daarmee het algemene debat over het vennootschapsrecht en de structuurregeling in Nederland, betreft. Uit de tekst en systematiek van de SE-VO en de SE-RL is echter nu eenmaal niet

---

68 Zie het commentaar van Neye/Teichmann in AG 2003 p. 169 e.v. m.n. p. 176/177 die uitdrukkelijk schrijven: "Zur Mitbestimmung werden ërganzende Vorschriften in Umsetzung der SE-Richtlinie ergehen." Voorts Harald Kallmeyer, Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, ZIP 2003 p. 1531 e.v. en de interessante opstellen van Hanno Merkt, Michel Menjucq en Peter Forstmoser, alle rond het thema "Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung" en de SE in ZGR 2003 p. 650 – 720.

69 Zo ook Winter, t.a.p. p. 197 en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht die in haar advies over de UitvW nadrukkelijk aandringt op een wettelijke regeling.

af te leiden dat bedoeld is om de SE consequent van het Nederlandse medezeggenschapsregime uit te sluiten. Integendeel, doelstelling daarvan is nu juist het waarborgen van nationale medezeggenschapsregelingen. Wel onderstreept het voorgaande nog eens dat in het Nederlandse debat over de structuurregeling gezocht zal moeten worden naar een model van medezeggenschap dat ook internationaal acceptabel en houdbaar is. Dat is echter, ik herhaal het nog maar eens, mede gelet op de hiervoor geschetste rechtspraak van het EG Hof niet specifiek verbonden met de SE, maar met de mogelijke proliferatie van buitenlandse vennootschappen in het algemeen. Overigens voeg ik daar nog wel aan toe dat de keuze voor een bepaalde rechtsvorm niet slechts zal worden bepaald door een eventuele, gematigde, vorm van medezeggenschap. De kwaliteit en flexibiliteit van een nationaal vennootschapsrecht spelen evenzeer een rol. En juist op dat vlak is er natuurlijk ook in Nederland veel, toe te juichen, beweging.

VORMING VAN DE SE: DE OPRICHTINGSMODALITEITEN

12. Vorming van een SE: de vijf wijzen (van ontstaan)

Na de voorgaande meer algemene beschouwingen kom ik toe aan wat mij overigens in Deel I van dit preadvies is toegedacht: een beschrijving en eerste analyse van de wijzen waarop een SE in het leven kan worden geroepen en de rechtsgevolgen daarvan. Art. 1 lid 1 en art. 2 van de SE-VO spreken daarbij van "oprichting". Die term moet echter niet al te letterlijk worden genomen.[70] In de SE-VO worden daar ook onder begrepen een fusie, waarbij de verkrijgende vennootschap een SE wordt en de omzetting van een nationale vennootschap in een SE.

Ik zal derhalve hierna als overkoepelend begrip aanhouden dat een SE wordt "gevormd" of "ontstaat". Dat kan plaatsvinden op de volgende vijf wijzen:

a. grensoverschrijdende fusie van twee (of meer) "naamloze" vennootschappen (art. 2 lid 1 SE-VO);
b. oprichting van holding-SE door twee (of meer) nationale vennootschappen (art. 2 lid 2 SE-VO);
c. oprichting van een dochter-SE door twee (of meer) nationale vennootschappen (art. 2 lid 3 SE-VO);

---

70 Een illustratie van de onvastheid van de terminologie in deze biedt art. 37 SE-VO waarin (in geval van omzetting) in lid 1 wordt bepaald dat een SE door omzetting kan worden "opgericht", maar daaraan in lid 2 wordt toegevoegd dat de omzetting van een NV in een SE "noch tot ontbinding, noch tot oprichting van een nieuwe rechtspersoon" leidt.

d. omzetting van een naamloze vennootschap in een SE (art. 2 lid 4 SE-VO);
e. oprichting van een dochter-SE door een reeds bestaande SE (art. 3 lid 2 SE-VO).

12.1 Internationaal aspect is snel aanwezig

Uitgangspunt bij die vormingswijzen is dat sprake moet zijn van een internationaal aspect. De prototypische vorm daarvan is de (grensoverschrijdende) fusie van twee onder het recht van verschillende lidstaten ressorterende vennootschappen die daarbij in een SE opgaan (hetzij doordat één van die vennootschappen de SE status krijgt of doordat een nieuwe SE wordt opgericht waarin beide fuserende vennootschappen verdwijnen).

Aan dat uitgangspunt is in de SE-VO echter bepaald niet consequent vastgehouden. Het meest in het oog springt de onder e. genoemde oprichting van een dochter-SE door een reeds bestaande SE. De dochter kan in dezelfde lidstaat worden gevestigd als de oprichtende SE. Daardoor ontstaat dus een puur nationaal concern van louter SE's.

Tegelijkertijd illustreert het voorgaande dat *nadat de SE* is gevormd, van een internationaal aspect geen sprake meer hoeft te zijn. Eenmaal gevormd, kan de SE een geheel in een nationaal recht geworteld vehikel zijn zonder enig internationaal contactpunt.

12.2 SE als partij bij fusies

Ten slotte wijs ik, voorafgaand aan een nadere bespreking van een en ander, op nog een opvallend punt. De SE-VO bevat geen regeling voor fusies tussen SE's. Dat betekent dat (eventuele) fusies tussen SE's die ressorteren onder hetzelfde nationale recht, worden bepaald door dat nationale recht. Een dergelijke fusie zal zich dus ook grotendeels buiten het bereik van de SE-VO zal afspelen (zie nader § 21).

Dat ligt weer anders bij een (grensoverschrijdende) fusie van twee in verschillende lidstaten gevestigde SE's. Op grond van art. 2 lid 1 jo art. 3 lid 1 SE-VO moet aangenomen worden dat zo'n grensoverschrijdende fusie mogelijk is. Een complicatie schuilt echter wel in art. 2 lid 1 SE-VO. Daarin wordt aangenomen dat bij grensoverschrijdende fusie steeds een SE wordt "opgericht". Dat lijkt mee te brengen dat voor twee fuserende SE's slechts de fusie door oprichting van art. 17 lid 2 sub b SE-VO (en niet de fusie door overneming van art. 17 lid 2 sub a) openstaat.

Dat zou overigens in zoverre wel in het systeem passen dat de regeling van de medezeggenschap is gekoppeld aan de *inschrijving* van een SE. Zouden twee bestaande SE's met elkaar fuseren dan is van het ontstaan van een SE geen sprake. Anderzijds geldt hetzelfde natuurlijk als een SE als verkrijgende vennootschap fuseert met een SE (of naamloze vennootschap) die wel in dezelfde lidstaat geworteld is en aan zo'n fusie staat niets in de weg.

Hierna zal ik de vermelde wijzen van ontstaan van een SE nader bespreken. Voor ik daaraan toekom maak ik eerst nog enige opmerkingen over de oprichting van een SE in enge zin.

13. Verhouding met oprichtingseisen naar Nederlands recht

Oprichting van een SE in enge zin (dus niet omzetting van een NV in een SE, al of niet in het kader van een grensoverschrijdende fusie) is – een aangename verrassing in het SE labyrint – in beginsel zeer simpel. Art. 15 SE-VO bepaalt namelijk dat de oprichting van een SE geschiedt overeenkomstig het recht dat in de betreffende lidstaat voor oprichting van naamloze vennootschappen geldt, behoudens (uiteraard) wat de SE-VO zelf hieromtrent voorschrijft maar dat is niet veel. Kern daarvan is enerzijds dat oprichters geen natuurlijke personen kunnen zijn en dat soms minimaal twee oprichters zijn vereist (eventueel rechtspersonen beheerst door verschillend recht) en anderzijds dat de SE pas rechtspersoonlijkheid verkrijgt op het moment van inschrijving (art. 16 SE-VO).

Wel is van belang te realiseren dat op de in Nederland gevestigde SE (hierna ook wel "SE-NL") de regels geldend voor de Nederlandse NV van toepassing zijn en dus niet het, op onderdelen flexibeler, BV recht. Dat heeft bijvoorbeeld gevolgen voor het kapitaalregime (inkoop slechts mogelijk tot 10% van het kapitaal, geen onbeperkte delegatie van uitgiftebevoegdheid etc).[71] Voorts betekent dit dat op de SE van toepassing zijn de in wetsvoorstel 28 179[72] vervatte regels omtrent goedkeuring door de AvA van daarin genoemde besluiten (art. 2:107a BW), het vaststellen van het bezoldigingsbeleid van het bestuur (art. 2:135 BW) etc. Dat maakt de SE wat minder aantrekkelijk in bijvoorbeeld joint venture verhoudingen (de afhankelijkheid van een aandeelhoudersovereenkomst wordt vergroot).

---

71 Vgl. M. van Olffen, De Europese NV; kapitaal- en aandelenstructuur, Ondernemingsrecht 2001 p. 194.

72 Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling.

Ten slotte geldt dat voor de oprichting van een in Nederland te vestigen SE in beginsel een verklaring van geen bezwaar is vereist. Dit is immers een formaliteit die het Nederlands recht aan oprichting stelt en (dus) als zodanig wordt toegestaan door art. 15 lid 1 SE-VO. Tegengeworpen zou hier kunnen worden dat met het weigeren van een verklaring van geen bezwaar een in de SE-VO gegeven recht tot het oprichting van een SE wordt onthouden. Mijns inziens stuit die tegenwerping echter af op het algemeen belang dat wordt gediend met het voorkomen van misbruik van rechtspersonen. Ik verwijs naar wat ik reeds schreef in § 6.

14. Vorming van een SE door grensoverschrijdende fusie: art. 2 (1) en artt. 17-31 SE-VO

In de vorige paragraaf heb ik al enige schreden gezet op het terra incognita van de grensoverschrijdende fusie. Daar kwam ook al ter sprake dat zo'n grensoverschrijdende fusie krachtens de SE-VO slechts is weggelegd voor nationale vennootschappen die kwalificeren als naamloze vennootschapen volgens de bij de SE-VO gevoegde bijlage 1. Dat zijn kort gezegd vennootschappen vergelijkbaar met de Nederlands NV (zoals de Aktiengesellschaft, Public Limited Company, Société Anonyme). Ook moet, zie hiervoor, worden aangenomen dat twee of meer bestaande SE's met zetel in verschillende lidstaten van de grensoverschrijdende fusie gebruik kunnen maken.

14.1 Voorwaarden en fusievormen[73]

De SE-VO vereist dat ten minste twee van de bij de fusie betrokken nationale vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren. Let wel; de werkelijke zetel (het hoofdbestuur; zie § 5), mag wel in dezelfde lidstaat gelegen zijn. Voor Nederlandse NV's bepaalt art. 2 UitvW bovendien dat de werkelijke zetel ook buiten de EG mag liggen (bijvoorbeeld in de VS) mits wel "een daadwerkelijk en duurzaam verband met de economie van een lidstaat" bestaat. Wel zal natuurlijk, als zo'n vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt, bij de vorming van de SE het hoofdbestuur naar de EU moeten worden verplaatst. Art. 7 jo. art. 64 lid 1 SE-VO eist immers dat de statutaire zetel én het hoofdbestuur van een SE binnen dezelfde lidstaat gelegen zijn (zie hiervoor § 5).

De grensoverschrijdende fusie tussen SE's buiten beschouwing latend, zijn de wijzen van fusie te onderscheiden in:

---

73 Zie over deze materie ook P.J. Dortmond, De Europese vennootschap en juridische fusie, Ondernemingsrecht 2001-7, p. 191.

a. een Nederlandse NV fuseert als verdwijnende rechtspersoon met een verkrijgende buitenlandse vennootschap die de vorm van een buitenlandse SE aanneemt;
b. een buitenlandse vennootschap fuseert als verdwijnende vennootschap met een verkrijgende Nederlandse NV die de vorm van een Nederlandse SE aanneemt;
c. een Nederlandse NV en een buitenlandse vennootschap worden in het kader van een grensoverschrijdende fusie verkregen door een nieuw op te richten SE.

14.2 Procedure

De vorming van een SE door (grensoverschrijdende) fusie is betrekkelijk uitgebreid geregeld in de artt. 17 t/m 31 SE-VO. In het kort zijn de mijlpalen in deze procedure de volgende:

- de besturen van de fuserende vennootschappen stellen een fusievoorstel[74] op waarin de in art. 20 SE-VO vermelde essentialia worden vermeld (ruilverhouding, tegemoetkoming aan houders van bijzondere rechten en de statuten van de te vormen SE etc.);
- elke fuserende vennootschap maakt in het nationale publicatieblad[75] het voornemen bekend en geeft aan waar, kosteloos, nadere informatie[76] kan worden verkregen, onverminderd aanvullende vereisten die door de lidstaat worden opgelegd. De UitvW bevat zulke aanvullende vereisten niet, zij het dat de MvT UitvW[77] ervan uitgaat dat art. 2:314 BW deponering van fusiestukken bij het handelsregister vereist;[78]
- het fusievoorstel moet worden goedgekeurd door de algemene vergaderingen van de fuserende vennootschappen. Elke algemene vergadering kan zich het recht voorbehouden om de inschrijving van de SE afhankelijk te stellen van haar uitdrukkelijke bekrachtiging van een te treffen regeling van medezeggenschap (art. 23 SE-VO);

---

74 De betrokken vennootschappen kunnen ieder afzonderlijk een voorstel opstellen (dat dan wel gelijkluidend moet zijn (vgl. Huiskes, a.w. p. 135). Voorkeur zou echter, lijkt mij, verdienen één gezamenlijk voorstel aan aandeelhouders voor te leggen.

75 In Nederland is dat, gezien de gekozen bewoordingen, blijkbaar de Staatscourant, al had het meer voor de hand gelegen dat net als bij zetelverplaatsing (vgl. art. 13 SE-VO) ingevolge de SE-VO bekendmaking in een nationaal verspreid dagblad zou zijn vereist.

76 Opvallend is dat artikel 21 sub c) en d) SE-VO slechts bekendmaking verlangt van regelingen betreffende rechten van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders, terwijl artikel 24 SE-VO zich ook ontfermt over houders van obligaties en houders van effecten, andere dan aandelen, waaraan bijzondere rechten zijn verbonden.

77 Zie p. 13 MvT UitvW.

78 Dit kan worden afgeleid uit de transponeringstabel bij de UitvW waarin bij artikel 21 SE-VO naar artikel 4 lid 1 Handelsregisterwet 1996 wordt verwezen.

- in elke betrokken lidstaat dient door de aangewezen autoriteit, in Nederland is dat krachtens art. 20 UitvW een notaris, een attest te zijn afgegeven aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de SE zal worden gevormd. Daaruit moet blijken dat is voldaan aan de "aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten" (art. 25 lid 2 en 26 SE-VO). De bevoegde autoriteit in de oprichtingsstaat van de SE houdt toezicht op alle vereisten voor de verwezenlijking van de fusie en de oprichting van de SE;
- de SE wordt ingeschreven (in Nederland in het handelsregister). Op dat moment worden de fusie en de gelijktijdige oprichting van de SE van kracht (art. 27 SE-VO). Zoals eerder besproken (zie § 10.1.), zal inschrijving pas kunnen geschieden als de regeling van medezeggenschap (op basis van de SE-RL) is bepaald (tenzij de betrokken vennootschappen voor inschrijving niet onderworpen waren aan medezeggenschapsvoorschriften) (art. 12 lid 2 en 3 SE-VO);
- na registratie wordt de voltooiing van de fusie overeenkomstig artikel 3 van de Eerste EG Richtlijn (in Nederland door publicatie in de Staatscourant) openbaar gemaakt.

Er zijn drie partijen die in deze gang van zaken een spaak in het wiel kunnen steken; minderheidsaandeelhouders, de minister van Justitie en crediteuren.

14.3 Minderheidsaandeelhouders, crediteuren en minister van Justitie kunnen zich verzetten

Art. 24 lid 2 SE-VO voorziet in de mogelijkheid dat lidstaten voorzien in specifieke bepalingen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Daarvan maakt de UitvW echter geen gebruik. Dat staat evenwel niet in de weg aan de uitoefening door individuele aandeelhouders van de rechten die hen naar Nederlands recht toekomen. In het bijzonder moet gedacht worden aan de mogelijkheden tot vernietiging van besluiten van het bestuur of de algemene vergadering c.q. een voorlopige voorziening tot schorsing van de uitvoering daarvan (bij de kort geding rechter of bij de ondernemingskamer). Of deze middelen succesvol kunnen zijn, zal afhangen van de concrete omstandigheden. Daarbij moet wel in het oog worden gehouden dat de MvT UitvW nogal uitgesproken is over de positie van minderheidsaandeelhouders en in krachtige taal hun positie relativeert.[79] Dat zal ook de beoordeling in rechte kunnen kleuren.

---

79 Vgl. p. 9/10 en p. 13 MvT UitvW waar wordt gesteld dat minderheidsaandeelhouders, ondanks het feit dat hun rechtspositie door fusie of zetelverplaatsing naar een andere lidstaat kan veranderen, zich neer te leggen hebben bij het meerderheidsbesluit.

De minister van Justitie mag[80], binnen één maand na de bekendmaking van de vereiste gegevens over de fusie in de Staatscourant, verzet aantekenen tegen deelname van een Nederlandse vennootschap aan een grensoverschrijdende fusie "om redenen van algemeen belang" (art. 19 SE-VO jo. art. 7 UitvW). Het verzet wordt aangetekend door deponering van een verklaring van die strekking in het handelsregister. Art. 19 SE-VO bepaalt dat zulk verzet slechts mogelijk is tot het (in art. 25 lid 2 SE-VO voorziene) attest is afgegeven zonder dat dit aan een tijdsbepaling is gebonden[81]. Aangenomen moet echter worden dat deze termijn van een maand krachtens art. 19 SE-VO is bepaald en dat de Nederlandse notaris dus niet voor ommekomst van die termijn het attest mag afgeven. In geval van verzet is de fusie geblokkeerd totdat de minister het verzet intrekt, of het verzet ongegrond is verklaard in een onherroepelijke[82] uitspraak van de bevoegde rechter (de Ondernemingskamer). [83] In de MvT UitvW (p. 10/11) wordt als mogelijke omstandigheid voor verzet genoemd de verplaatsing van een geprivatiseerde onderneming met een openbare taak.[84] Betwijfeld kan worden of dat een sterk voorbeeld is. Veel meer voor de hand zou liggen om hier te denken aan de problematiek van medezeggenschap en in het bijzonder aan art. 11 SE-RL. Ik verwijs naar §§ 6.2 en 7.7.

Ten slotte kunnen de crediteuren zich tegen de deelname van een Nederlandse NV aan de fusie verzetten. Art. 24 lid 1 SE-VO bepaalt dat die mogelijkheden geheel worden geregeerd door het nationale recht van de aan de fusie deelnemende vennootschap. In geval van een Nederlandse NV betekent zulks dat de verzetprocedure van art. 2:316 BW geheel van toepassing is. Daaraan zit echter nog een aantal haken en ogen. Ik kom daarop terug in § 14.4).

---

80 Opmerkelijk is dat dit verzetsrecht bij fusie niet, zoals bij zetelverplaatsing mogelijk het geval is (art. 8 lid 14 SE-VO), toekomt aan nationale financiële toezichthoudende autoriteiten.

81 In de UitvW wordt dit ondervangen door te bepalen dat verzet binnen één maand na de bekendmaking van de voorgenomen fusie als bedoeld in artikel 21 SE-VO kan plaatsvinden door nederlegging van een verklaring bij het handelsregister. Daarmee is de verzettermijn afgerond voordat de betrokken AvA's over de fusie besluiten.

82 Ingeval van crediteurenverzet bepaalt de wet dat een uitvoerbaar bij voorraad verklaring voldoende is om de blokkade op te heffen.

83 Dat is niet een erg voor de hand liggende keuze. Gelet op de aard van het verzet zou eerder te denken zijn aan een administratieve rechter zoals het CBB. Aldus terecht de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht in haar advies over de UitvW.

84 Weliswaar wordt dit primair vermeld in de context van een zetelverplaatsing, maar voor fusie geldt volgens de minister hetzelfde.

14.4 Gevolgen van verzet

Een verzet door de minister van Justitie blokkeert de fusie, zo is de gedachte. Dat is ook uitdrukkelijk bepaald in art. 7 UitvW met de wat curieuze formulering "de deelneming aan de fusie heeft eerst rechtsgevolg zodra het verzet is ingetrokken". Deze formulering houdt – althans volgens de MvT – de mogelijkheid open dat de fusie wel wordt gerealiseerd, maar de Nederlandse NV pas daarvan deel uitmaakt na intrekking (of ongegrondverklaring) van het verzet.[85] Om die reden is (anders dan in art. 5 UitvW) ook niet bepaald dat de notaris het attest niet mag afgeven.

Ik vrees dat deze benadering niet realistisch is en overigens ook rechtens niet juist. De aan de aandeelhouders voorgelegde fusievoorstellen zullen immers veelal de nieuw te vormen entiteit slechts kunnen schetsen op basis van het resultaat van deelname van alle betrokken partijen, en aandeelhouders zullen op basis hiervan hun goedkeuring geven. Kan één van de fusiepartijen niet daarin participeren, dan zal het fusietraject opnieuw moeten worden doorlopen. De notaris zal bovendien in het genoemde geval van verzet slechts een attest (kunnen) afgeven onder de uitdrukkelijke verklaring dat niet aan alle voorwaarden is voldaan, en daarmee dus in feite het verzochte attest weigeren. Beter ware daarom art. 7 UitvW in die zin te wijzigen dat uitdrukkelijk wordt verklaard dat het attest pas na intrekking of onherroepelijke opheffing van het verzet kan worden afgegeven.

AANBEVELING: De laatste zin van art. 7 UitvW ware zodanig te wijzigen dat het attest als bedoeld in art. 25 lid 2 SE-VO niet kan worden afgegeven zolang noch het verzet is ingetrokken noch opheffing van het verzet onherroepelijk is.

Nog onduidelijker is het rechtsgevolg van verzet door crediteuren, in het bijzonder als een Nederlandse NV een verdwijnende rechtspersoon is. Art. 2:316 lid 4 BW koppelt de bescherming namelijk aan het niet mogen verlijden van de fusieakte. In het onderhavige geval wordt echter door de Nederlandse notaris geen fusieakte verleden. Het enige dat van hem verwacht wordt is het afgeven van een attest dat alle "voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn verricht". Betwijfeld kan worden of het verzet daaraan afdoet temeer nu het aantekenen van verzet de voltooiing van de fusie in het buitenland niet zal kunnen blokkeren. Derhalve zou dit door de wetgever op voet van art. 24 SE-VO moeten worden verduidelijkt. Dat geldt ook de verzettermijn die volgens art. 2:316 lid 4 BW pas ingaat nadat alle fuseren-

85 Vgl. MvT p. 13: "Dit behoeft de fusie als zodanig niet te blokkeren wanneer er voldoende andere partijen overblijven die tot fusie kunnen overgaan".

de rechtspersonen de neerlegging van het voorstel tot fusie hebben aangekondigd. Overigens teken ik wel aan dat het afgeven van een attest door een notaris terwijl crediteurenverzet is aangetekend, jegens crediteuren onzorgvuldig kan zijn en het risico van aansprakelijkheid meebrengt.

AANBEVELING: in de UitvW ware te op te nemen dat het attest pas mag worden afgegeven een maand na de bekendmaking van de gegevens omtrent de fusie in de Staatscourant, en slechts als in die periode geen verzet als bedoeld in art. 2:316 BW is aangetekend.

15. De grensoverschrijdende fusie nader bezien

Nadere bestudering van de grensoverschrijdende fusie voert ons onherroepelijk over de paden van het betrokken nationale recht, waaraan via art. 18 SE-VO immers een aanvullende werking toekomt. In de volgende paragrafen wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen de SE-VO en Nederlandse fusievoorschriften. Ook typisch Nederlandse eigenaardigheden als certificering van aandelen en de driehoeksfusie komen aan bod.

15.1 Verhouding met Nederlandse fusievoorschriften en de Derde Richtlijn

Art. 18 SE-VO bepaalt dat voor aangelegenheden die niet, of slechts gedeeltelijk, in de SE-VO zijn geregeld, de fusievoorschriften gelden die *overeenkomstig* de Derde Richtlijn[86] zijn opgenomen in de wetgeving van de lidstaat waaronder de betreffende vennootschap ressorteert. Op zichzelf volgt dat ook al uit art. 9 SE-VO (zie § 9). De uitdrukkelijke verwijzing naar de Derde Richtlijn in art. 18 SE-VO roept wel de vraag op of ook aanvulling plaatsvindt met nationale fusievoorschriften die niet volgen uit de Derde Richtlijn (of, beter gezegd, niet *overeenkomstig* de Derde Richtlijn zijn vastgesteld), maar die gesteld zijn in aanvulling daarop. Een vraag die waarschijnlijk ook de notaris graag beantwoord ziet voordat hij bij attest verklaart dat alle aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn voldaan.

Een eerste (niet uitputtende) inventarisatie van dergelijke typisch Nederlandse fusiebepalingen die afwijken van de Derde Richtlijn betreffen:

---

86 Derde Richtlijn 78/855/EEG van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen. Zie over de vraag naar de verhouding met de Derde Richtlijn ook reeds Huiskes a.w. p. 135 e.v. en specifiek over de totstandkomingsgeschiedenis van de Derde Richtlijn, Vanessa Edwards, EC Company Law, Clarendon Press – Oxford, 1999 p. 90 e.v.

- aanvullende vereisten omtrent de inhoud van het fusievoorstel;[87]
- vereiste ondertekening van het fusievoorstel door bestuurders en (indien toepasselijk) commissarissen;[88]
- vereiste goedkeuring van de Ondernemingskamer voor de benoeming van één accountant;[89]
- deponering van fusiestukken bij handelsregister; inzagerecht voor certificaathouders;[90]
- aanvullende vereisten omtrent inhoud accountantsverklaring.[91]

Voorts bevat Nederlands recht van de Derde Richtlijn afwijkende voorschriften betreffende (aspecten van) de besluitvorming in het kader van een fusie en betreffende de totstandkoming van een fusie die immers bij notariële akte geschiedt. Bovendien kent Nederlands recht nog een aantal bijzondere fusievormen waarvan de vraag is of zij bij grensoverschrijdende fusie kunnen worden ingezet. In de paragrafen hierna worden deze onderwerpen afzonderlijk belicht.

Zowel voor een ruime als voor een strikte uitleg van art. 18 SE-VO zijn argumenten aan te voeren. Enerzijds lijkt een ruime uitleg verenigbaar met het (verdere) systeem van de SE-VO. Dat gaat immers uit van de aanvullende werking van het nationale recht van de lidstaten betreffende aangelegenheden die niet (geheel) bij of krachtens de SE-VO of communautaire maatregelen zijn geregeld (vgl. art. 9 SE-VO). Volgens die gedachte zou ingevolge

---

87 In het fusievoorstel moet zijn opgenomen: de voorgenomen samenstelling van het bestuur en, indien van toepassing, de raad van commissarissen (art. 2:312 lid 2 sub e BW); de voornemens omtrent de voortzetting of beëindiging van de werkzaamheden (art. 2:312 lid 2 sub h BW); de invloed die de fusie op de grootte van de goodwill en de uitkeerbare reserves van de verkrijgende rechtspersoon heeft (art. 2:312 lid 4 BW); per wanneer en in welke mate aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap gerechtigd zijn tot de winst (art. 2:326 sub b BW) en hoeveel aandelen eventueel zullen worden ingetrokken (art. 2:326 sub c BW).

88 Art. 2:312 leden 3 en 4 BW schrijven voor dat de bestuurders van (elk van) de te fuseren rechtspersonen het fusievoorstel ondertekenen. Indien een handtekening ontbreekt, wordt de reden daarvoor gemeld.

89 Art. 2:328 lid 3 BW schrijft voor dat ingeval van een fusie tussen twee NV's slechts dezelfde persoon als accountant wordt aangewezen met goedkeuring van de voorzitter van de Ondernemingskamer.

90 In aanvulling op de Derde Richtlijn, schrijft Nederlands recht voor dat ook de drie laatste jaarrekeningen en jaarverslagen van de fuserende vennootschappen en, indien toepasselijk, de tussentijdse vermogensopstelling ten kantore van het betrokken handelsregister worden gedeponeerd (stukken die volgens de Derde Richtlijn alleen ter inzage van de aandeelhouders ten kantore van de fuserende vennootschappen moeten worden gelegd). Op grond van artikel 2:329 BW en in aanvulling op de Derde Richtlijn geldt dit inzagerecht ook voor houders van certificaten die met de medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven.

91 In aanvulling op de Derde Richtlijn dient de betrokken accountant op grond van art. 2:328 lid 1 BW ook te verklaren dat de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen ten minste overeen komt met het nominaal gestorte bedrag op de aandelen die in het kader van de fusie worden uitgereikt, vermeerderd met eventuele betalingen.

art. 18 SE-VO ruimte zijn voor de toepassing van nationale fusievoorschriften, met inbegrip van voorschriften die niet uit de Derde Richtlijn volgen mits deze daarmee niet strijdig zijn. Anderzijds zou men kunnen betogen dat art. 18 SE-VO juist een specifieke, op de fusie toegesneden regeling geeft die afwijkt van de systematiek van art. 9 SE-VO. Een ruime interpretatie zou immers kunnen betekenen dat nogal uiteenlopende – en eventueel zelfs strijdige – nationale bepalingen uit verschillende rechtsstelsels op één en dezelfde fusie van toepassing kunnen zijn. Dat geldt in het bijzonder voor voorschriften die alle fuserende vennootschappen daarbij betrekken (zoals de niet tot de Derde Richtlijn te herleiden bepaling naar Nederlands recht dat de betrokken besturen en raden van commissarissen van alle betrokken vennootschappen het fusievoorstel tekenen). Betoogd kan worden dat art. 18 SE-VO harmonisatie nastreeft door alleen aanvullende werking toe te schrijven aan nationale fusievoorschriften die gebaseerd zijn op de Derde Richtlijn. Ook de Europese Commissie zou in die richting hebben gedacht.[92]

Gelet op het systeem van de SE-VO en in het algemeen de beschermingsdoelstelling van de Derde Richtlijn, neig ik naar een niet al te strikte uitleg van art. 18 SE-VO. Ik zou menen dat in geval van een grensoverschrijdende fusie ook die bepalingen van nationaal recht moeten worden toegepast die niet rechtstreeks uit de Derde Richtlijn volgen, maar wel de positie van (minderheids)aandeelhouders en crediteuren beschermen, uiteraard voor zover zij niet met de SE-VO in strijd zijn en niet tot grensoverschrijdende tegenstrijdigheden leiden. Dit brengt niet per se mee dat de fusievoorschriften van zowel de verkrijgende als van de verdwijnende lidstaat integraal dienen te worden toegepast; art. 18 SE-VO bepaalt dat "voor elke vennootschap" die deelneemt aan de fusie de voorschriften gelden van "het recht van de lidstaat waaronder *die* vennootschap ressorteert". Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat een bij een grensoverschrijdende fusie betrokken Nederlandse NV alle in art. 2:314 BW genoemde fusiestukken bij het handelsregister moet deponeren terwijl dit voor de betrokken buitenlandse vennootschap niet hoeft te gelden. Overigens onderken ik dat ook bij deze interpretatie van art. 18 SE-VO onduidelijkheden blijven bestaan en discrepanties tussen rechtsstelsels kunnen optreden.

15.2 Besluitvorming door algemene vergadering

De SE-VO en Nederlands recht bevatten geen gelijkluidende voorschriften over de besluitvorming in het kader van een fusie. Zetten wij de regelingen naast elkaar dan valt een aantal punten op. Ten eerste spreekt Art. 23 SE-VO

92 Vgl. Huiskes a.w. p. 136.

over *goedkeuring* van het fusiebesluit door de algemene vergadering en art. 2:317 jo. 330 BW over een *besluit tot* fusie. Aangenomen moet echter worden dat hier niet sprake is van een materieel verschil.[93] Voorts valt op dat Nederlands recht ten aanzien van het aandeelhoudersbesluit een quorum voorschrijft[94], welke mogelijkheid de SE-VO niet voorziet. Ik zou menen dat het door Nederlands recht voor het aandeelhoudersbesluit vereiste quorum, dat gebaseerd is op de Derde Richtlijn[95], via art. 18 SE-VO ook van toepassing is op het goedkeurende aandeelhoudersbesluit in het kader van een grensoverschrijdende fusie.

Naar Nederlands recht kan in de verkrijgende vennootschap het benodigde besluit eventueel worden genomen door het bestuur (tenzij de statuten anders bepalen). Ook deze bepaling is ontleend aan de Derde Richtlijn.[96] Zij is echter niet verenigbaar met art. 23 lid 1 SE-VO, zodat ik meen ik dat deze mogelijkheid, op de voet van art. 18 SE-VO, geen toepassing kan vinden in het kader van een (grensoverschrijdende) fusie. Tot slot geldt op grond van art. 2:330 lid 2 BW (overeenkomstig art. 7 lid 2 Derde Richtlijn) bij een vennootschap die verschillende soorten aandelen heeft uitgegeven, dat elke groep aandeelhouders een afzonderlijk besluit tot goedkeuring moet nemen. Aannemelijk is dat deze bepaling ook geldt bij een grensoverschrijdende fusie.[97]

15.3 Notariële akte; van kracht worden van de fusie

Het in art. 2:318 lid 1 BW verankerde voorschrift dat de fusie geschiedt bij notariële akte is in Europees verband uitzonderlijk; dit vereiste, dat destijds door de Nederlandse wetgever werd gesteld om "zoveel mogelijk zekerheid

---

93 Ook in de Derde Richtlijn wordt gesproken over goedkeuring door de algemene vergadering (vgl. art. 7 Derde Richtlijn dat bepaalt: Voor de fusie is tenminste de goedkeuring nodig van de algemene vergadering van elke vennootschap die de fusie aangaat. In de wetgeving van de Lidstaten dient te worden bepaald dat dit besluit ten minste moet worden genomen met een meerderheid van niet minder dan twee derde van de stemmen verbonden aan de vertegenwoordigde effecten van of aan het vertegenwoordigde geplaatste kapitaal).

94 De regeling van artikel 2:317 jo. 2:330 BW komt erop neer dat de AvA in beginsel haar besluit neemt op dezelfde wijze als een besluit tot statutenwijziging, maar dat de statuten hieromtrent anders kunnen bepalen. Voor het besluit is een meerderheid van tweederde vereist indien minder dan de helft van het kapitaal is vertegenwoordigd.

95 Zie art. 7 Derde Richtlijn zoals hierboven weergegeven.

96 Zie artikelen 8, 25 en 27 van de Derde Richtlijn.

97 Aangezien dit besluit complementair is aan, en niet in de plaats treedt voor, het besluit van de AvA, meen ik dat deze regeling ook in het kader van een grensoverschrijdende fusie zal moeten worden nageleefd.

te hebben dat de fusie rechtsgeldig tot stand is gekomen"[98] en om het moment van intreden van rechtsgevolg te fixeren (op de dag na verlijden van de akte), is niet gebaseerd op de Derde Richtlijn.

Wel kent de Derde Richtlijn een systeem van notarieel toezicht voor lidstaten die geen (volledig) preventief toezicht door de overheid of rechter voorschrijven.[99] Ter uitvoering daarvan is in art. 2:330 lid 4 BW opgenomen dat de notulen van de AvA waarin tot fusie wordt besloten, zijn opgemaakt bij notariële akte.[100] Eveneens ter uitvoering daarvan dient de notaris op grond van artikel 2:318 lid 2 BW aan de voet van de akte van fusie te verklaren dat de voor de totstandkoming van een fusie toepasselijke vormvoorschriften in acht zijn genomen en dat overige voorschriften zijn nageleefd. Daarbij werd aangenomen dat de Nederlandse notaris geen inhoudelijke toetsing (maar slechts een formele toets naar de "regelmatigheid") van de vereiste rechtshandelingen diende te verrichten.[101]

Nu het vereiste van een notariële akte niet gebaseerd is op de Derde Richtlijn, rijst in het licht van art. 18 SE-VO de vraag of dit voorschrift wel moet worden gevolgd in het kader van een grensoverschrijdende fusie een SE ontstaat met zetel in Nederland (zie ook § 15.1). Maar ook indien we aannemen dat art. 18 SE-VO ruim mag worden uitgelegd (zodat de SE-VO mag worden aangevuld met niet op de Derde Richtlijn gebaseerde nationale voorschriften, mits niet strijdig daarmee) speelt de vraag of er ruimte en reden is voor een notariële fusieakte. Het door de wetgever vermelde argument dat door middel van de notariële akte zoveel mogelijk zekerheid wordt verkregen over de rechtsgeldige totstandkoming van de fusie wordt immers gedeeltelijk weggenomen door het door de SE-VO in het leven geroepen systeem van "attesten" aangevuld met het in art. 26 SE-VO beschreven toezicht. Om de fusie rechtskracht te doen krijgen is evenmin een notariële akte nodig nu ingevolge art. 27 SE-VO inschrijving dit effect bewerkstelligt.[102]

---

98 Zie MvT Tweede Kamer 16 453, nr. 3, p. 13, toelichting op art 2:318 (destijds genummerd art. 321).

99 Art. 16 lid 1 en lid 2 Derde Richtlijn.

100 Van Solinge (Grensoverschrijdende juridische fusie, 1994, p. 65) wijst er op dat in afwijking van de Derde Richtlijn niet wettelijk is voorgeschreven dat in voorkomende gevallen het bestuursbesluit tot fusie bij notariële akte wordt verleden, hetgeen de richtlijngever destijds accepteerde omdat Nederlands recht altijd een notariële akte vereiste.

101 Vgl. Van Solinge, t.a.p., p. 65 en p. 245 en de door hem in noot 68 aangehaalde literatuur en wetsgeschiedenis en het in noot 126 opgenomen commentaar. Op de (inmiddels uitgebreidere) rol van de notaris wordt nader ingegaan in § 16.1.

102 In het kader van diens bespreking van de grensoverschrijdende fusie volgens de Tiende Richtlijn, werd de verplichte notariële akte bij grensoverschrijdende fusie ook door Van Solinge als problematisch gezien. Dit probleem wordt vooral gecreëerd door de frictie tus-

Niettemin ben ik geneigd te bepleiten dat ook grensoverschrijdende fusie (voorzover daarbij een SE ontstaat met zetel in Nederland) geschiedt bij notariële akte. Mijns inziens verdraagt zich dit met het systeem van de SE-VO, dat weliswaar niet voorschrijft hoe de fusie totstandkomt, maar het aan de lidstaten laat daarvoor aanvullende eisen te stellen. Zulks spoort ook met art. 15 lid 1 SE-VO. Dat de grensoverschrijdende fusie pas rechtskracht krijgt op een later gelegen tijdstip lijkt niet bezwaarlijk, nu dit onder het huidige Nederlandse fusieregime ook het geval is (en wel met ingang van de dag na het passeren van de akte). Het verdient overigens wel de voorkeur om dit ook in de akte van fusie te vermelden.

15.4 Bijzondere fusievormen: moeder-dochter fusie, zusterfusie, driehoeksfusie

Nederlands recht kent drie vormen van (concern)fusie waarvoor een speciaal, vereenvoudigd regime geldt: de fusie tussen een moedermaatschappij en haar dochtervennootschap, de zusterfusie en de driehoeksfusie. Hieronder bespreek ik in hoeverre deze vormen kunnen worden toegepast bij een grensoverschrijdende fusie met een Nederlands aspect.

Moeder-dochter fusies – Art. 31 SE-VO voorziet uitdrukkelijk in een vereenvoudigde procedure voor de "moeder-dochter" fusie. Voor dergelijke fusies overeenkomstig de Derde Richtlijn opgestelde nationale voorschriften zijn eveneens van toepassing bij grensoverschrijdende fusie, zo bepaalt de SE-VO. Art. 31 lid 2 SE-VO maakt het mogelijk deze vereenvoudigde fusievorm te verruimen tot het geval dat de moeder ten minste 90% in de dochter houdt. De UitvW maakt van deze optie geen gebruik.

Zusterfusies – Art. 2:333 lid 2 BW voorziet in een vereenvoudigde fusieprocedure voor het geval twee tot een concern behorende zustervennootschappen of twee vennootschappen waarvan de aandelen door dezelfde natuurlijke persoon worden gehouden een juridische fusie aangaan waarbij geen nieuwe aandelen worden uitgegeven.[103] Het ligt voor de hand dat deze ver-

---

sen het Nederlandse systeem (dat een koppeling legt tussen het moment van verlijden van de akte en de datum waarop de fusie van kracht wordt) en landen die een systeem van preventief toezicht kennen (dat vereist dat vóór het uitvoeren van het toezicht alle formele handelingen zijn verricht). Dit probleem blijkt in zoverre door de invoering van de SE-VO te zijn opgelost dat hierin is voorgeschreven dat de fusie (net als de oprichting van de SE) van kracht wordt op het moment van inschrijving.

103 Daarnaast reikt art. 2:333 lid 3 nog een vereenvoudigde fusieprocedure aan tussen een rechtspersoon niet zijnde een kapitaalvennootschap als verkrijgende rechtspersoon en diens 100% dochtervennootschap. Aangezien de verordening alleen van toepassing is op de in bijlage I bij de verordening opgenomen vennootschappen, zal lid 3 in het kader van een grensoverschrijdende fusie geen effect kunnen sorteren.

eenvoudigde procedure ook openstaat als de zusters onder verschillend recht ressorteren. Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat art. 31 SE-VO als bijzondere fusievorm uitsluitend de moeder-dochter fusie vermeldt en ook de Derde Richtlijn deze fusievorm niet kent. Nu het hier echter gaat om versoepeling van de eisen die verband houden met het feit dat geen aandelen worden uitgegeven en een grensoverschrijdende fusie slechts wordt vergemakkelijkt, doet zich mijns inziens geen probleem voor.

Driehoeksfusies – Art. 2:334 Nederlands recht voorziet tot slot in een bijzondere fusievorm: de driehoeksfusie waarbij aandeelhouders van de fuserende vennootschappen aandelen verkrijgen in een andere groepsvennootschap (veelal de moedervennootschap) dan de vennootschap die het vermogen van de verdwijnende vennootschap verkrijgt. Naar Nederlands recht geldt, naast de verdwijnende vennootschap en de vennootschap die het vermogen verkrijgt, de moedervennootschap in dat geval ook als partij bij de fusie. Deze fusievorm is niet gebaseerd op de Derde Richtlijn en in de SE-VO wordt hierin evenmin voorzien. Integendeel: art. 29 lid 1 sub b SE-VO stipuleert juist dat aandeelhouders van de overgenomen vennootschap, aandeelhouder worden in de verkrijgende vennootschap. Om verschillende redenen wordt aangenomen dat de grensoverschrijdende driehoeksfusie, zeker in Europees verband, op problemen stuit.[104] Nu het systeem van de driehoeksfusie zich alleen al niet verdraagt met voornoemd art. 29 lid 1 sub b SE-VO, is voor deze fusievorm geen plaats bij het ontstaan van een SE door grensoverschrijdende fusie.

15.5 De positie van certificaathouders bij (grensoverschrijdende) fusie en zetelverplaatsing

Certificering van aandelen is een typisch Nederlands verschijnsel. Indien een Nederlandse NV waarvan de aandelen gecertificeerd zijn als verdwijnende vennootschap betrokken is bij een grensoverschrijdende fusie, zal het administratiekantoor van rechtswege aandeelhouder worden in de (verkrijgende) buitenlandse SE.[105] Een en ander zal zich bij beursgenoteerde ven-

---

104 Zie nader Van Solinge a.w. (1994), p. 318 – 322 en dezelfde in: Juridische Fusie in (inter)nationaal perspectief, De NV (1995) p. 170 e.v.

105 Deze lijn wordt ook gevolgd door P.J. Dortmond, De juridische fusie naar wordend recht, Preadvies Vereeniging Handelsrecht, Zwolle, 1980, p. 36, en, in diens voetspoor, de minister. Dortmond stelt: "Het certificaat is een samenstel van rechten [...]. Komt het aandeel te vervallen, dan blijft het complex van rechten – het certificaat – jegens het administratiekantoor bestaan." Anders: F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap, Deventer, 1991, p. 236, die het niet vanzelfsprekend acht dat de contractuele band tussen AK en certificaathouder zonder meer bij fusie in stand blijft en aangeeft dat mogelijk conversierechten en beëindigingsgronden voor de certificaathouder ontstaan.

nootschappen niet licht voordoen buiten certificaathouders om. Bij niet-beursgenoteerde vennootschappen is die situatie echter bepaald niet ondenkbaar.

Naar Nederlands recht hebben de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten, een aantal rechten met betrekking tot de vennootschap (vergaderrecht, recht op informatie, recht om enquête te verzoeken). Het is de vraag of deze rechten van certificaathouders in het kader van een grensoverschrijdende fusie op enigerlei wijze kunnen worden gewaarborgd.

Dezelfde vraag naar de positie van certificaathouders rijst ook bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Art. 8 lid 7 SE-VO vereist in dat geval dat de vennootschap aantoont dat de belangen van houders van andere rechten jegens de SE, afdoende beschermd worden "overeenkomstig de voorschriften van de lidstaat". Van Olffen[106] ziet dat als basis voor de verplichting om in de statuten van de te vormen SE de positie van certificaathouders zoveel mogelijk overeenkomstig het Nederlandse recht te verankeren. Ik heb mij daarover hiervoor al terughoudend betoond.[107]

Wat daarvan zij, in geval van grensoverschrijdende fusie ontbreekt een dergelijke bepaling in de SE-VO. Zoals reeds vermeld, is uitgangspunt daar dat bescherming van dergelijke rechten gewaarborgd wordt door het nationale recht. Titel 7 van boek 2 BW lijkt hierin niet te voorzien. Aangenomen wordt immers dat certificaathouders niet zijn aan te merken als bijzonder gerechtigden in de zin van artikel 2:320 BW en daarmee niet gerechtigd zijn tot toekenning van een gelijkwaardig recht in de verkrijgende vennootschap of schadeloosstelling.[108] Is de Nederlandse vennootschap de verdwijnende rechtspersoon bij een grensoverschrijdende fusie, dan zullen deze bijzondere rechten vervallen (tenzij het buitenlandse vennootschapsrecht deze erkent).[109] Het meest voor de hand ligt natuurlijk de belangen van de certificaathouders te waarborgen door, voor of na de fusie, tot decertificering

106 M. van Olffen, t.a.p. p. 195.

107 Zie § 7.1 en noot 38. Ook Winter t.a.p. (NJB 2002) p. 2037 wijst er op dat het nog maar de vraag is of het vennootschapsrecht van het immigratieland de rechtspositie van certificaathouders ook zal accepteren. Dit recht kan bijvoorbeeld dwingend voorschrijven dat uitsluitend aandeelhouders toegang hebben tot de aandeelhoudersvergadering.

108 Zo Dortmond, a.w., p. 38 en Van den Ingh, t.a.p., p. 240.

109 Hier verschillen Dortmond en Van den Ingh van opvatting. Zie Van den Ingh, a.w. p. 240.

over te gaan. [110] Het is ook niet ondenkbaar dat certificaathouders dat in rechte kunnen afdwingen.[111]

16. Totstandkoming van de fusie en toepassingsmogelijkheden

16.1 Verdwijnende Nederlandse vennootschap en de notaris

In de methodiek en procedure van de grensoverschrijdende fusie wordt in elke betrokken staat getoetst of de in die lidstaat voor een fusie vereiste voorafgaande "handelingen en formaliteiten" zijn verricht. In de UitvW is die toetsing in handen gelegd van een notaris met vestigingsplaats in Nederland (art. 20 UitvW). Dit is opvallend, gezien het gegeven dat bijvoorbeeld in Duitsland en Engeland is gekozen voor een rechterlijke instantie[112]. Nadat de notaris een en ander akkoord heeft bevonden, geeft hij een "attest" af waaruit dit blijkt. Daaraan zijn geen vormvoorschriften gesteld.

Deze taak doet denken aan het bij Nederlandse fusie op grond van art. 2:318 lid 2 BW door de notaris te verrichten onderzoek dat doorgaans resulteert in een verklaring in de voet van de akte. Ik memoreer echter dat aan de rol van de notaris bij invoering van het betreffende art. 2:318 lid 2 BW uitdrukkelijk aandacht is besteed. In navolging van de Derde Richtlijn bepaalde het wetsvoorstel aanvankelijk – in een sterk op de in de SE-VO lijkende bepaling – dat de notaris diende te verklaren "dat de voor de fusie vereiste *rechtshandelingen* zijn verricht en dat de wettelijke vormvoorschriften in acht zijn genomen."[113] Na forse kritiek op deze brede bewoordingen,[114] werd de bepaling uiteindelijk bijgesteld tot haar huidige, beperktere vorm. Daarbij kwam voorop te staan "(...) dat van de notaris geen inhoudelijke toetsing kan worden geëist van voor de fusie vereiste rechtshandelingen". Daaraan werd toegevoegd:

---

110 Vgl. Van Solinge, 'Grensoverschrijdende Juridische Fusie', Kluwer (1994), p. 273.

111 Vgl. Van den Ingh, t.a.p., p. 239, die stelt dat een certificaathouder die tegen de fusie heeft gestemd een conversierecht krijgt en dat het administratiekantoor, indien bijvoorbeeld een blokkeringsregeling aan die conversie in de weg staat, de voor het aandeel ontvangen prijs zal dienen te vergoeden.

112 In Duitsland het "Registergericht" en in Engeland de "High Court" (zie § 3-27 Consultative Document).

113 Zie voorstel wetsvoorstel voor art. 321 (oud), Tweede Kamer, 16 453, nrs. 1-2, p. 5.

114 Zie onder meer M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen in Rechtspersonen, aant. 3. bij art. 318. Betoogd werd onder meer dat de rechtmatigheid van de fusie in ons rechtsstelsel aan de rechter voorbehouden is "en deze taak kan toch moeilijk aan het oordeel (vonnis!?) van de notaris worden onderworpen".

"Kern van het verschil in bewoordingen is dat de notaris, buiten de hem opgedragen controle op de vormvereisten, niet behoeft te verklaren dat de handelingen werkelijk zijn verricht. Daarmee werd de indruk gewekt dat hij zou instaan voor de geldigheid van de verrichte handelingen. Het zou een onderzoek naar de geldigheid van elke stem kunnen meebrengen die over het voorstel tot fusie is uitgebracht (...). Het zou te ver gaan indien de wet hem daartoe zou dwingen. Uitvoering geven aan het nu voorgestelde tweede lid is al geen sinecure."[115]

De huidige wetstekst gaf bovendien duidelijker aan op welke voorschriften de notaris zich bij zijn onderzoek diende te richten, en dat hij niet behoefde na te gaan of voldaan was aan andere dan de in art. 2:318 BW aangegeven wetten of aan pseudo-wettelijke verplichtingen zoals de wet op de ondernemingsraden en de SER-Fusiecode 2000.[116]

Art. 25 lid 2 SE-VO komt dan ook voor als een *déjà vu*, en zal als zodanig dezelfde vragen oproepen. Kernvraag zal wederom luiden hoe ver het onderzoek van de notaris moet strekken. Daarbij dient overigens bedacht te zijn dat de in art. 25 lid 2 SE-VO gekozen bewoording nóg ruimer lijkt te zijn dan het in navolging van de Derde Richtlijn aanvankelijk opgestelde wetsvoorstel voor art. 2:318 BW, doordat het spreekt over toetsing van "de aan de fusie voorafgaande *handelingen*" in plaats van "voor de fusie vereiste *rechtshandelingen*". Een verzwarende omstandigheid is bovendien dat, zoals in het voorgaande onder andere bij bespreking in § 15.1 van de reikwijdte van art. 18 SE-VO uiteengezet, niet duidelijk blijkt welke voorschriften van nationaal recht in het kader van een grensoverschrijdende fusie met een Nederlandse NV precies moeten worden nageleefd.

16.2 Verkrijgende Nederlandse vennootschap en de notaris

Nog lastiger wordt het als de notaris optreedt voor de verkrijgende vennootschap die op het moment van de fusie tevens de vorm van een SE aanneemt. Naast het verrichten van in art. 25 SE-VO bedoelde toezicht en de afgifte van het daar bedoelde attest, wijst art. 26 SE-VO jo art. 20 UitvW hem namelijk aan als degene die toeziet op de rechtmatigheid van het gedeelte van de procedure dat betrekking heeft op de verwezenlijking van de fusie en de oprichting van de SE. De UitvW ontbeert enig voorschift hoe dit toezicht dient te geschieden en hoever de onderzoeksplicht van de notaris reikt. In elk geval zal hij de volgende stappen dienen te (onder)nemen:

---

115 Zie MvA Tweede Kamer 16 453, nr. 6, p. 9 en p. 14.
116 Zie Raaijmakers/Van der Sangen, t.a.p.

a. toetsen of hij van elke fuserende vennootschap een attest heeft ontvangen dat niet eerder dan zes maanden voordien is afgegeven door een in de betreffende lidstaat aangewezen autoriteit (art. 26 lid 2 SE-VO);[117]
b. controleren of hij een afschrift heeft ontvangen van elk door een betrokken vennootschap goedgekeurd fusievoorstel (art. 26 lid 2 SE-VO). Daarvoor geldt geen termijn waarin daaraan voorafgaand die goedkeuring moet zijn verkregen;
c. zich er van vergewissen dat de goedgekeurde fusievoorstellen een "gelijke strekking" hebben (art. 26 lid 3 SE-VO);
d. zich er van vergewissen dat regelingen met betrekking tot de rol van werknemers zijn vastgesteld overeenkomstig de SE-RL (art. 26 lid 3 SE-VO). De SE-VO geeft daarvoor geen verdere formele voorschriften;
e. nagaan of de oprichting van de SE voldoet aan de vereisten van het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel hebben zal (art. 26 lid 4 SE-VO). Daarbij moet oprichting overigens niet letterlijk worden begrepen. Het gaat erom dat aan de vereisten is voldaan waaronder de overnemende vennootschap "de vorm aanneemt" van een SE (zie art. 29 lid 1 sub d SE-VO), tenzij uiteraard een nieuw op te richten SE de verkrijgende vennootschap wordt;
f. inschrijving van de SE in het handelsregister doen plaatsvinden. Op dat moment worden zowel de fusie als de oprichting van de SE van kracht (art. 27 SE-VO jo. art. 16 SE-VO);
g. de voltooiing van de fusie (doen) inschrijven in de registers waarin de gefuseerde nationale vennootschappen waren geregistreerd en publicatie hiervan in de Staatscourant (art. 28 SE-VO);
h. binnen een maand na de inschrijving van de SE moet de inschrijving ter informatie worden meegedeeld aan het Bureau officiële publikaties van de EG die dat bekend maakt in het Publikatieblad van de EG (art. 14 SE-VO). Krachtens een nieuw art. 18a van de Handelsregisterwet (zie art. 26 UitvW) zal daarvoor worden zorg gedragen door de Kamer van Koophandel waar inschrijving geschiedt.

Daarnaast dient de notaris natuurlijk te controleren of de fusieprocedure naar Nederlands recht correct verlopen is.

De meeste hoofdbrekens in deze opsomming zal ongetwijfeld opleveren het onder d. vermelde (waarbij wel de nodige steun zal kunnen worden ontleend aan de beschouwingen van Witteveen in Deel III van dit preadvies). Ook de elementen a. en c. vragen echter enige aandacht.

---

[117] Daarbij moet blijkbaar worden aangenomen dat het gaat om een zes maandstermijn voorafgaande aan de uiteindelijke inschrijving van de SE (op welke datum de fusie van kracht wordt).

Met betrekking tot punt a. – het attest – moet met name worden bezien of dit door de juiste autoriteit is afgegeven (hetgeen, zoals hiervoor bleek, per land kan verschillen), en dat dit niet ouder is dan zes maanden. Die termijn zal gemakkelijk kunnen verlopen als eerst de besluitvorming in de vennootschappen heeft plaatsgevonden en pas nadien besprekingen over een medezeggenschapsregeling in de zin van de SE-RL zijn begonnen, laat staan wanneer de aandeelhouders de bekrachtiging van deze regeling aan zich hebben gehouden. Zoals hiervoor (zie § 10.2) al ter sprake kwam, kunnen die onderhandelingen immers (maximaal) een jaar in beslag nemen. De buitenlandse autoriteit kan echter een attest afgeven zonder zich iets gelegen te laten liggen aan de vraag naar de medezeggenschapsregeling. Dat is immers een voorwaarde voor vorming van de SE en behoort dus tot de taak van de autoriteit in de vestigingsstaat van de SE.

Wanneer hebben fusievoorstellen een "gelijke strekking" als bedoeld onder c.? Een eerste antwoord is dat er sprake moet zijn van dezelfde voorwaarden (de "same terms"). Dat brengt ons echter nog niet zo veel verder. Zo zullen bijvoorbeeld de voorwaarden waartegen betrokken aandeelhouders hun aandelen omwisselen, bijna steeds verschillen (althans als er bij meer dan twee vennootschappen wordt omgewisseld). Het zal dus veeleer moeten gaan om de kenmerken van de verkrijgende rechtspersoon (die zal worden omgevormd tot een SE).

Dan ten slotte de onder d. vermelde "medezeggenschapsregelingen". Allereerst moet worden opgemerkt dat het in art. 26 SE-VO gehanteerde meervoud ("regelingen") niet te letterlijk worden genomen. Er is slechts sprake van één mogelijke regeling tussen enerzijds de zogenaamde Bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) en anderzijds alle betrokken vennootschappen. Als er een overeenkomst komt (in de zin van art. 4 SE-RL), dan is dat in beginsel één overeenkomst tussen de BOG en alle betrokken vennootschappen. Komt er geen overeenkomst tot stand dan moet eveneens één regeling van medezeggenschap worden bepaald aan de hand van de SE-RL. In beide gevallen wordt echter van de notaris die optreedt voor de verkrijgende vennootschap verwacht dat hij zich er van vergewist dat deze in overeenstemming zijn met de SE-RL. Samengevat brengt dat voor de notaris mee:

- controle of een overeenkomst is vastgesteld conform de daaraan aan de SE-RL gestelde eisen; *of* (als geen overeenkomst gesloten wordt)
- vaststelling van de medezeggenschapsregeling die voortvloeit uit de SE-RL; *en*
- een check in hoeverre algemene vergaderingen van betrokken vennootschappen (ingevolge art. 23 SE-VO) het recht hebben voorbehouden om

inschrijving afhankelijk te stellen van de uitdrukkelijke bekrachtiging van de medezeggenschapsregeling[118] (en of zo'n bekrachtiging heeft plaatsgevonden).

Hoe de notaris conformiteit van de medezeggenschapsregeling met de SE-VO moet vaststellen is niet in de SE-VO geregeld en daarin is hij dus geheel vrij. Uiteraard zal hij zich door betrokken vennootschappen nauwkeurig laten informeren. Daarnaast kan hij ook besluiten zich met betrekking tot bepaalde aspecten te laten voorzien van een advies (of wellicht zelfs "legal opinion") van een in die materie geverseerde Nederlandse of buitenlandse advocaat of notaris.

16.3 Inschrijving

Ten slotte nog een enkel woord over de inschrijving van de SE in het handelsregister.

Merkwaardigerwijs is niet bepaald wie bevoegd is om de SE in het handelsregister in te schrijven. In de praktijk zal dat veelal de voor de verkrijgende vennootschap optredende notaris zijn, die er ingevolge art. 26 SE-VO ook op dient toe te zien dat aan alle fusie- en oprichtingsvereisten is voldaan.

Omdat de SE pas door de inschrijving zelf ontstaat, kan deze plicht tot inschrijving bovendien niet – zoals bij nationale fusie op grond van art. 2:318 lid 3 BW – bij de vennootschap zelf liggen. Overigens hebben de beoogde bestuurders van een nieuw in te schrijven vennootschap bij spoedige inschrijving wel degelijk belang nu zij zich op grond van art. 16 lid 2 SE-VO aansprakelijk weten voor pre-constitutieve rechtshandelingen. Aangenomen moet dus worden, mede in het licht van art. 2:69 BW, dat ook zij bevoegd zijn daartoe over te gaan.

Onduidelijk is welke stukken bij een dergelijke inschrijving moeten worden overgelegd. Het verdient daarom aanbeveling dat in de UitvW een bepaling wordt opgenomen die erin voorziet wie bevoegd is om de SE overeenkomstig art. 27 SE-VO in te schrijven, en welke stukken daarbij dienen te wor-

[118] In de Nederlandse tekst wordt gesproken van de overeengekomen regelingen. Daarmee wordt de indruk gewekt dat dit slechts zou gelden als er een overeenkomst gesloten is. Gelet op de Engelse tekst van de SE-VO en de ratio van de bepaling is een dergelijke interpretatie echter niet aannemelijk.

den overgelegd[119]. Dat wint aan belang nu art. 30 SE-VO bepaalt dat na inschrijving de nietigheid van een fusie niet meer kan worden uitgesproken. Wel geldt dat het ontbreken van toezicht op de rechtmatigheid door (althans in Nederland) een notaris een grond is voor ontbinding van de SE (art. 30 lid 2 SE-VO).

Welke taak rust bij inschrijving van een SE in Nederland precies op de Kamer van Koophandel?

In de (bijlage bij de) MvT op de UitvW wordt ervan uitgegaan dat de Kamer van Koophandel een eigen verplichting heeft om te onderzoeken of aan bepaalde vereisten is voldaan. In een aantekening bij art. 12 lid 2 SE-VO wordt opgemerkt dat de houder van het register zich ervan dient te vergewissen dat aan de voorwaarden van inschrijving is voldaan. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de voorwaarde dat overeenkomstig art. 12 lid 2 SE-VO duidelijkheid is verkregen over de rol van de werknemers. Zonder dat de houder van het register zich, aldus de bijlage, inhoudelijk hoeft uit te spreken over de betreffende medezeggenschapsregeling, dient zij wel te controleren of een zodanige regeling aanwezig is. Bij inschrijving van de SE dient dus *hetzij* een afschrift van een overeenkomst betreffende de rol van de werknemers, *hetzij* een afschrift van een besluit dat te dien aanzien op het nationale recht wordt teruggevallen, *hetzij* een verklaring dat referentievoorschriften van toepassing zijn, te worden overlegd aan het handelsregister.

De toedeling van deze taak aan de Kamer van Koophandel is opmerkelijk. Zij roept op zijn minst de vraag op of de Kamer van Koophandel ook zelfstandig moet onderzoeken of aan andere voorwaarden voor inschrijving is voldaan, zoals bijvoorbeeld de in art. 27 lid 2 SE-VO genoemde voorwaarde dat aan art. 25 en 26 SE-VO is voldaan. Is dat het geval, dan geldt eens te meer dat nadere aanwijzingen aan de Kamer van Koophandel op zijn plaats zijn.

---

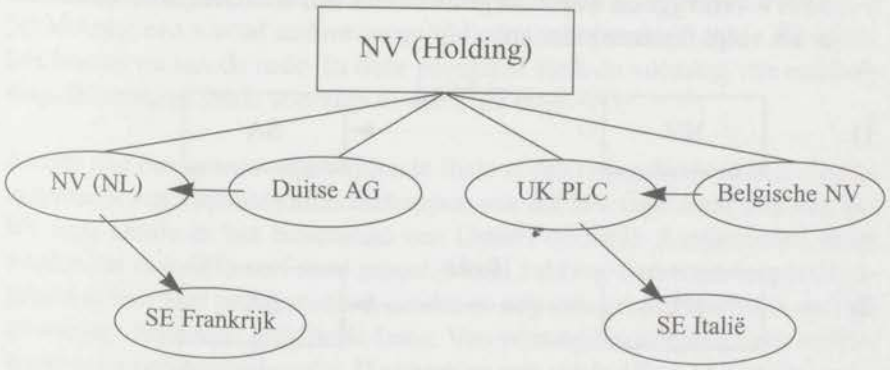
119 In de bijlage bij de MvT UitvW wordt in verband met art. 27 lid 2 SE-VO overigens wel opgemerkt: "Inschrijving is niet mogelijk voordat aan de voorwaarden van artikel 25 en 26 verordening is voldaan (lid 2). Dat wil zeggen dat bevoegde autoriteiten *een (positieve) verklaring* hebben afgegeven over de rechtmatigheid van de fusie voor wat betreft de procedures die betrekking hebben op de deelnemende vennootschappen (artikel 25 verordening), alsmede voor wat betreft de procedure die betrekking heeft op de verwezenlijking van de fusie en de oprichting van de SE (artikel 26 verordening)." De wetgever ziet hier over het hoofd dat art. 25 SE-VO weliswaar een (positieve verklaring in de vorm van) "attest" vereist, maar dat een dergelijk voorschrift niet (uitdrukkelijk) geldt voor art. 26 SE-VO.

16.4 Toepassingsmogelijkheden

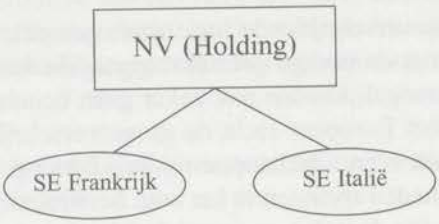
Al met al is de grensoverschrijdende fusie zoals geregeld in de SE-VO een interessante figuur met de nodige gebruiksmogelijkheden voor de praktijk. Die praktijk zal die mogelijkheden ook zeker gaan benutten (in ieder geval tot het moment dat het Europees recht de grensoverschrijdende fusiefaciliteit ook aan nationale vennootschappen ter beschikking zal stellen). Twee toepassingsmogelijkheden springen in het oog: herstructurering van internationale concerns en (de facto) grensoverschrijdende zetelverplaatsing van "nationale" vennootschappen. Die zal ik nu ten slotte kort bespreken.

16.5 Herstructurering binnen concerns

Hoewel de fusiefaciliteit ten dienste staat van alle vennootschappen van het "naamloze type" zou ik verwachten dat, net als nu in de nationale praktijk, het accent van het gebruik van de fusiefiguur zal liggen op herstructurering binnen concerns. Het middel van de grensoverschrijdende fusie biedt juist in dat verband de mogelijkheid direct forse vennootschapsrechtelijke slagen te maken. Dat geldt eens te meer omdat de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane SE ook nog eens in een andere lidstaat kan worden gevestigd dan de fuserende vennootschappen. Ter illustratie geef ik een willekeurig voorbeeld waarin een Nederlandse moedervennootschap vier dochters heeft in verschillende landen die zij wil reorganiseren in twee dochters waarop een ander recht van toepassing zal zijn:



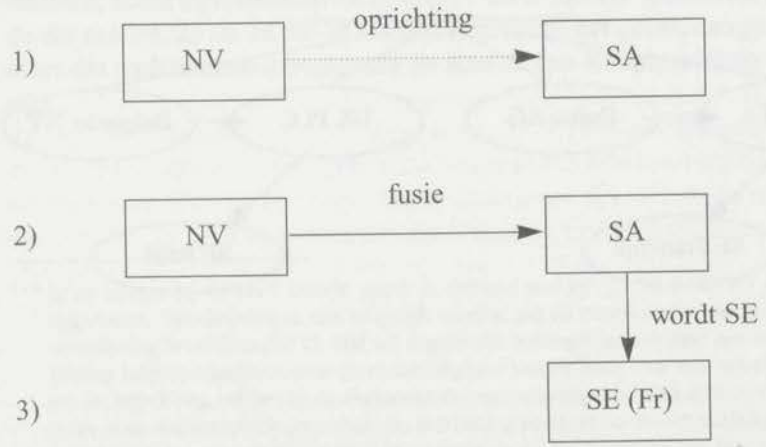
Het resultaat van deze twee grensoverschrijdende fusies is dus:



16.6 De facto zetelverplaatsing van nationale vennootschappen

Een andere betrekkelijk voor de hand liggende toepassingsmogelijkheid die ik zie, is de verkapte zetelverplaatsing van een "nationale" NV.[120] De regeling van de zetelverplaatsing (waarover reeds § 7), staat immers slechts ten dienste aan SE's en niet aan "nationale" vennootschappen als de NV of daarmee vergelijkbare typen. Die moeten eerst worden omgezet in een SE (daarover meer in § 20). Dat mag echter ingevolge art. 37 lid 3 SE-VO niet worden gecombineerd met een zetelverplaatsing. De meest eenvoudige weg om de facto zetelverplaatsing te bewerkstelligen, lijkt mij dan de volgende:

- een NV doet in het buitenland (bijvoorbeeld in Frankrijk) een vennootschap oprichten die een nagenoeg lege huls is;
- vervolgens wordt een juridische fusie tot stand gebracht waarbij de eerder opgerichte buitenlandse vennootschap (i.c. de Franse SA) door fusie de NV verkrijgt en wordt omgevormd tot een SE. Geïllustreerd zou dat er als volgt (kunnen) uitzien:



120 Zie ook reeds Huiskes, a.w., p. 131.

Ingevolge de artt. 17 – 31 SE-VO moet dan weliswaar worden voldaan aan de fusieregels van beide betrokken landen, maar nu de daartoe opgerichte buitenlandse vennootschap (nog) geen activiteiten kent, en dus ook (nog) geen crediteuren die tegen de operatie bezwaar kunnen maken (en minderheidsaandeelhouders niet zullen bestaan), zou dat geen probleem moeten zijn. Met betrekking tot de verdwijnende (en migrerende) vennootschap kan dat meer moeite kosten, maar het lijkt toch altijd nog eenvoudiger dan de procedure van omzetting en vervolgens zetelverplaatsing.

Er is natuurlijk wel dat ene caveat dat voor elke operatie van vorming van een SE geldt, en dat is de medezeggenschap. In geval van een grensoverschrijdende fusie is dat onontkoombaar. Zoals Witteveen in Deel III van dit preadvies bespreekt, zal het erg afhangen van de concrete omstandigheden of en in hoeverre dat bezwaren zal opleveren.

Ten slotte biedt art. 66 SE-VO (waarover hierna nog § 20) dan weer de mogelijkheid om na voltooiing van de juridische fusie de SE om te zetten in een vennootschap naar het nationale recht van de dan aangenomen zetel. Daaraan wordt wel de voorwaarde gesteld dat die omzetting pas mag plaatsvinden twee jaar nadat de registratie als SE in de betreffende lidstaat heeft plaatsgevonden, of nadat twee jaarrekeningen van de SE zijn goedgekeurd.

17. Oprichting van een holding-SE: art. 2 (2) en art. 32-34 SE-VO

De aandacht die in het voorgaande aan de vorming van een SE door grensoverschrijdende juridische fusie is besteed zou bijna doen vergeten dat art. 2 SE-VO nog een viertal andere mogelijkheden tot vorming van de SE biedt. Die komen nu aan de orde. In deze paragraaf staat de vorming van een holding-SE centraal zoals voorzien in art. 2 lid 2 SE-VO.

Anders dan een grensoverschrijdende fusie is deze mogelijkheid niet slechts toegedacht aan kapitaalvennootschappen van het NV type maar ook van het BV type (zoals in het buitenland een GmbH of Sarl). Aangenomen moet worden dat ook SE's zelf deze mogelijkheid hebben. Een ruim toepassingsgebied is hier niet problematisch omdat er nog een groot verschil is met de grensoverschrijdende juridische fusie. Van vermogensovergang (van rechtswege) is namelijk geen sprake. De vorming van een holding-SE is (dus) *geen* vorm van juridische fusie.

Wel is de achterliggende gedachte van deze figuur dat aldus een "internationaal" concern kan worden gecreëerd waarbij ten minste twee vennootschappen zich onder centrale leiding scharen. Dat gezegd zijnde is de figuur in de kern niet meer dan een aandelenfusie via een nieuw op te richten enti-

teit. In het gebruikelijk stramien van zo'n transactie, doet de nieuwe entiteit (i.c. dus de SE) vervolgens een bod jegens de aandeelhouders van de samenwerkende vennootschappen om hun aandelen te verkrijgen in ruil voor aandelen in het biedvehikel.

Juridisch technisch is de situatie echter wat anders als het instrument van de holding-SE wordt verkozen. De holding-SE mag namelijk pas worden opgericht als alle procedurele stappen zijn genomen en onderdeel daarvan vormt dat een meerderheid van de aandelen ter omwisseling is aangeboden. Dat betekent dus dat de SE tijdens het proces (nog) niet zal bestaan en dus ook geen bod zal kunnen uitbrengen. Onduidelijk is hoe de verkrijging van aandelen in de holding-SE moet worden geduid. De tekst van de SE-VO lijkt er van uit te gaan dat aandelen van rechtswege worden toegekend. Nu echter geen sprake is van een fusie in eigenlijke zin zou ik dat naar Nederlands recht betwijfelen. Evenzeer verdedigbaar acht ik dat de aandelen door omwisseling worden verkregen en worden uitgegeven op grond van art. 2:93 lid 4 BW.[121]

Het voorgaande brengt mee dat blijkbaar de uitnodiging tot aanmelding en omwisseling van de aandelen, door de bestaande vennootschappen worden uitgebracht. Dat is een wat wonderlijke figuur. Nu echter qua resultaat weldegelijk de bedoeling is dat men aandelen verkrijgt in een derde entiteit, die ook economisch een wezenlijk ander karakter zal hebben dan de bestaande vennootschappen, zou ik menen dat nationale openbare biedingsregels volledig toepasselijk zijn.[122] Het zwaartepunt van zo'n transactie zal dan, zoals ook nu bij dit soort operaties, liggen op de aard, de vormgeving en (niet te vergeten) de regelgeving van het bod dat aan aandeelhouders zal worden gedaan.

17.1 Randvoorwaarden

De randvoorwaarden om de holding-SE als vehikel te kunnen gebruiken zijn ruimhartig en vallen uiteen in twee varianten:

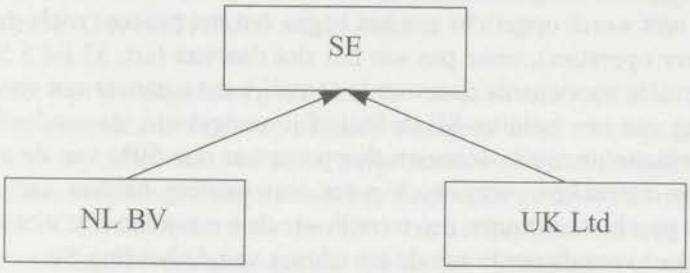
a. minimaal twee vennootschappen ressorteren onder verschillend recht (maar kunnen dus wel hun zetel in hetzelfde land hebben. Zo bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde BV en een eveneens alhier werkelij-

---

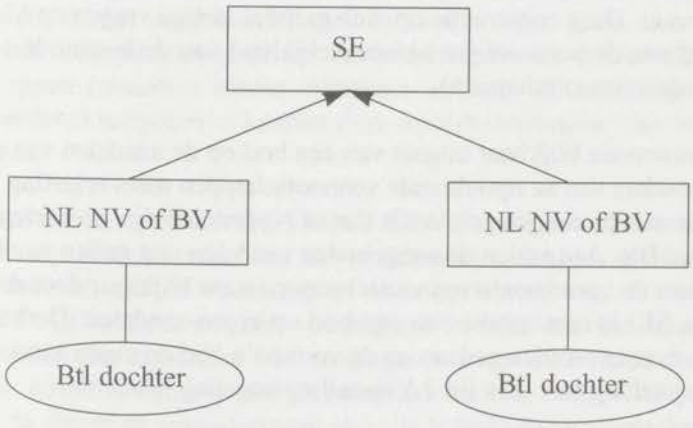
121 Vgl. voor algemene opmerkingen in dit verband, P.J. Dortmond, Enige beschouwingen rondom aandelen, Kluwer – Deventer, 1989 p. 61 e.v.

122 Dit is ook de opvatting in de Duitse literatuur. Zie o.a. S. Kalls, Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003 p. 593 e.v.

ke zetel hebbende Engelse Ltd) die samen een Nederlandse (of buitenlandse) SE oprichten:



b. twee of meer vennootschappen ressorteren onder hetzelfde recht, mits minimaal twee van hen sinds minimaal twee jaar een dochtervennootschap hebben volgens het recht van een andere lidstaat of met een bijkantoor in een andere lidstaat.



De oprichtende vennootschappen kunnen zelf bepalen naar welk recht de holding-SE zal worden opgericht. Dat kan het recht van elke EU lidstaat zijn inclusief dus het recht van de oprichtende vennootschappen. Concreet: twee Nederlandse BV's kunnen een Nederlandse SE oprichten (mits de BV's een buitenlandse dochter of vestiging kennen).

So far, so good. Tijd voor enige complicaties.

17.2 Complicaties

Zoals hiervoor al aangetekend, is de eerste complicatie dat de SE als "biedvehikel" niet wordt opgericht aan het begin van het proces (zoals gebruikelijk in deze operaties), maar pas aan het slot daarvan (art. 33 lid 5 SE-VO). Een essentiële voorwaarde daarvoor is namelijk dat wanneer een voorstel tot oprichting van een holding-SE definitief is vastgesteld, de aandeelhouders van de initiatiefnemende vennootschappen meer dan 50% van de aandelen van iedere betrokken vennootschap ter omwisseling hebben aangeboden. Dat moet geschieden binnen een termijn van drie maanden (die niet verlengd kan worden) voorafgaande aan de oprichting van de holding-SE.

De daaruit voortvloeiende complicatie is dat een uitnodiging tot aanbieding en omwisseling niet wordt gedaan door de vennootschap waarin de aandeelhouders, bij voltooiing van de operatie, aandeelhouder zullen worden. Wellicht mag het zo worden begrepen dat de oprichtende SE's handelen namens een holding-SE "in oprichting" (en onder voorwaarde van oprichting daarvan). Deze constructie op zich roept al lastige vragen op (denk bijvoorbeeld aan de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de oprichtende vennootschappen).

Nu de constructie blijkbaar uitgaat van een bod op de aandelen van zittende aandeelhouders van de oprichtende vennootschappen moet rekening worden gehouden met biedingsregels zoals die in Nederland zijn neergelegd in de Wte en het Bte. Aangezien de aangeboden aandelen niet zullen worden verkregen door de oprichtende vennootschappen (maar blijkbaar door de nog op te richten SE) is niet sprake van een bod op eigen aandelen. Derhalve kan ook geen beroep worden gedaan op de voor zo'n bod op eigen aandelen geldende vrijstelling (art. 11a lid 2 Vrijstellingsregeling Wte).[123]

Een volgende complicatie is dat het voorstel tot oprichting van de holding-SE *goedkeuring vereist van de algemene vergaderingen* van elk van de betrokken vennootschappen. Daaraan voorafgaand moeten de bestuursorganen van de onderscheiden vennootschappen een uitgebreid voorstel samenstellen (art. 32 lid 2 SE-VO). Dat voorstel is nagenoeg geheel geënt op hetgeen wordt geëist in geval van een grensoverschrijdende fusie (hoewel van zo'n fusie dus geen sprake is!). Dit voorstel moet ook nog eens worden onderzocht door onafhankelijke accountants (art. 32 lid 4 SE-VO). Deze moeten met name ook aandacht besteden aan de voorgestelde ruilverhou-

123 Ter zijde zij opgemerkt dat de vennootschappen zelf ook niet aan het bod zouden kunnen voldoen omdat maximaal 50% van het kapitaal kan worden ingekocht.

ding en verklaren of deze passend en redelijk is. Vervolgens moet de algemene vergadering daaraan goedkeuring verlenen.[124] Dat is natuurlijk een groot verschil met de situatie dat een reeds bestaande vennootschap (of reeds bestaande SE!) als biedvehikel wordt ingezet.

Het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders heeft echter, anders dan in geval van fusie, op zichzelf nog geen enkel rechtsgevolg. Waar het namelijk op aankomt is of en in welke mate individuele aandeelhouders hun aandelen ter omwisseling aanbieden. Zoals gezegd is de minimum grens die de SE-VO hier stelt dat meer dan 50% van het kapitaal van iedere betrokken vennootschap wordt aangeboden. Bij de BV komt daar vervolgens nog bij dat bij aanbieding mede de verplichte blokkeringsregeling in acht moet worden genomen.

Een laatste, maar bij de vorming van een SE inmiddels vertrouwde, complicatie vormt de medezeggenschap. Art. 32 lid 6 SE-VO bepaalt uitdrukkelijk dat de rol van werknemers moet worden vastgesteld overeenkomstig de SE-RL. Er zullen dus onderhandelingen moeten worden gevoerd tussen een Bijzondere onderhandelingsgroep van werknemers en de betrokken vennootschappen (waarover hierna Witteveen in Deel III van dit preadvies). Zoals eerder al aangegeven kunnen deze onderhandelingen (maximaal) een jaar duren.

Ten slotte wijs ik er op dat art. 33 lid 3 SE-VO voorziet in een betrekkelijk uitgebreide procedure maar deze niet strak regelt. Zo krijgen aandeelhouders na het moment dat de voorwaarden voor oprichting van de holding-SE definitief zijn bepaald, een niet verlengbare termijn van drie maanden om hun aandelen aan te bieden. Niet aangegeven is op welk moment de voorwaarden definitief zijn bepaald. Ik neem aan dat hier bedoeld is het tijdstip waarop de algemene vergaderingen van alle betrokken vennootschappen het voorstel goedkeurt. Is na die termijn van drie maanden aan alle voorwaarden voldaan dan wordt de SE opgericht. Hiervoor stelt de SE-VO echter evenmin een termijn waarbinnen die oprichting moet plaatsvinden. Het is dus denkbaar dat oprichtende vennootschappen om hen moverende redenen daar aanzienlijke tijd mee wachten, terwijl onderwijl de aandeelhouders die hun aandelen aanboden wel gebonden zijn. Wel vereist art. 33 lid 3 SE-VO dat openbaar wordt gemaakt dat aan alle voorwaarden is voldaan, maar ook hiervoor

[124] De SE-VO geeft daarvoor geen verdere vereisten zodat blijkbaar een gewone meerderheid volstaat. Is deze constructie in nationaal recht niet voorzien, zoals bijvoorbeeld in Nederland, dan gelden geen afwijkende meerderheden. Dit zou anders kunnen liggen als statuten wellicht een bepaling kennen die in geval van structuurwijzigingen in algemene bewoordingen bepaalde gekwalificeerde meerderheden of quora voorschrijven.

is geen termijn gegeven. De enige verduidelijking die de wetgever hier biedt (art. 9 UitvW) is dat de verklaring dat aan alle voorwaarden is voldaan door een Nederlandse vennootschap niet alleen bij het handelsregister moet worden gedeponeerd, maar dat zulks ook moet worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. Ten slotte schrijft de SE-VO voor dat aandeelhouders die hun aandelen niet ter omwisseling hebben aangeboden, nog een extra termijn van een maand krijgen om dit te doen. Het lijkt de bedoeling dat deze termijn voor de oprichting (en het verlijden van de akte) wordt gegeven. Ook het begin van die termijn is echter in de SE-VO niet gegeven.

17.3 Conclusie

Al met al staat mij nog niet helder voor ogen wat gelet op het doel van deze operatie precies de meerwaarde van deze oprichtingsmodaliteit zou zijn. Dat wil overigens niet zeggen dat de SE als holding per se een slecht idee zou zijn. Maar zo'n SE kan ook op aanzienlijk eenvoudiger wijze worden gevormd (bijv. door omzetting van een bestaande vennootschap). De gedachte is wellicht geweest dat aldus een alternatief beschikbaar zou zijn voor een openbaar bod zonder dat daarop biedingsregels (zoals voorgeschreven in Wte en Bte) van toepassing zouden zijn. Ik meen echter dat die opvatting (zo die bestond) geen stand houdt. En als de eisen zoals hierboven uiteengezet cumuleren met die welke zouden gelden in geval van een openbaar bod, is van aantrekkelijkheid van deze constructie zeker geen sprake.

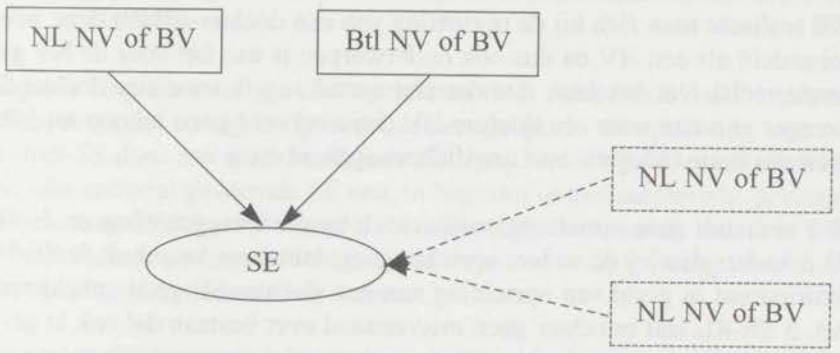
18. Oprichting van een dochter-SE

Verreweg de eenvoudigste vorm van oprichting van een SE biedt art. 2 lid 3 SE-VO in de vorm van de oprichting van een dochter-SE. Hier kiest de SE-VO voor het ruimst mogelijke toepassingsgebied: alle vennootschappen in de zin van art. 48 EG Verdrag kunnen een dochter-SE oprichten en de aandelen daarvan verkrijgen. Dat begrip vennootschappen omvat bijvoorbeeld ook personenvennootschappen, alsmede andere publiekrechtelijke en privaatrechtelijke lichamen (zoals verenigingen, stichtingen, kerkgenootschappen). Daarenboven komt elke reeds bestaande SE evenzeer het recht toe dochter-SE's op te richten (art. 3 lid 2 SE-VO).

18.1 Oprichting door twee "nationale" vennootschappen: art. 2 (3) en artt. 35-36 SE-VO

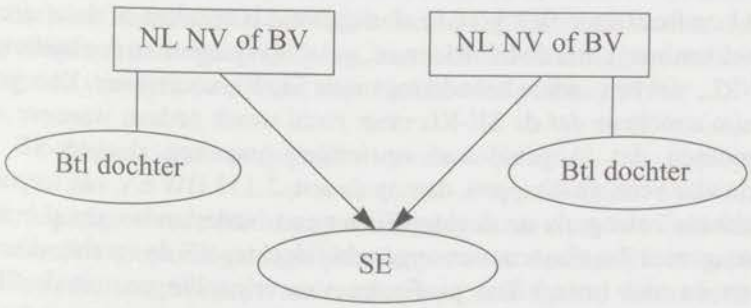
Voor de oprichting van een dochter-SE door twee "nationale" vennootschappen reikt de SE-VO twee varianten aan:

a. Tenminste twee oprichtende vennootschappen ressorteren onder een verschillend recht (zij kunnen dus wel hun werkelijke zetel in dezelfde EG lidstaat hebben):



Dat slechts tenminste twee vennootschappen onder verschillend recht ressorteren betekent dat bij de oprichting wel andere nationale vennootschappen betrokken kunnen zijn. In het vermelde voorbeeld kunnen dus ook meer dan één NL NV of BV's als oprichters fungeren. Deze zijn ter rechterzijde met stippellijnen aangegeven.

b. Tenminste twee oprichtende vennootschappen statutair gevestigd in dezelfde lidstaat hebben minstens twee jaar een dochtervennootschap die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert of een bijkantoor dat in een andere lidstaat is gelegen. Dat betekent bijvoorbeeld dat twee Nederlandse NV's of BV's een SE kunnen oprichten:



Wat betreft de oprichting van de dochter-SE is niet veel toe te voegen aan hetgeen hiervoor reeds in § 13 over oprichting van een SE is vermeld. In beginsel kan de oprichting simpelweg naar Nederlands recht geschieden met dien verstande dat dus minimaal twee oprichters vereist zijn en dat de

oprichters de aandelen moeten nemen (blijkbaar is niet de bedoeling dat bij de oprichting ook anderen aandelen nemen). Complicaties schuilen hierin niet.

Wel realisere men zich bij de oprichting van een dochter-SE dat deze wordt behandeld als een NV en dus ook onderworpen is aan het voor de NV geldende recht. Dat betekent dus dat een aantal regels voor een dochter-SE strenger zijn dan voor een dochter-BV (bijvoorbeeld geen inkoop tot 50%, geen statutaire delegatie van uitgiftebevoegdheid etc.).

Hoe verhoudt deze oprichtingsvariant zich tot medezeggenschap en de SE-RL? Anders dan bij de andere oprichtingsmodaliteiten, verschaft de SE-VO daaromtrent in geval van oprichting van een dochter-SE geen opheldering. Art. 3 SE-RL laat er echter geen misverstand over bestaan dat ook in geval van oprichting van een dochter-SE de onderhandelingsprocedure moet worden geopend om tot vaststelling van een medezeggenschapsregeling te komen. Wat die regeling uiteindelijke zal (moeten) inhouden zal mede bepaald worden door het voor de oprichtende vennootschappen geldende regime. Nu dochter-SE's door zo'n ruime groep van vennootschappen kunnen worden opgericht, is het heel goed mogelijk dat voor die oprichtende vennootschappen helemaal geen medezeggenschap geldt. Wellicht hebben zij zelfs wel helemaal geen werknemers (als het voor een specifiek doel opgerichte concerndochters zijn of eventueel zelfs een van het structuurregime vrijgestelde holdingvennootschap).

Het voorgaande impliceert dat op die wijze nogal eenvoudig een "medezeggenschapsvrije SE" zou kunnen worden opgericht en aldus bijvoorbeeld het Nederlandse structuurregime zou kunnen worden ontweken. Ik heb hiervoor (in § 11 en meer specifiek § 11.5) al uitgebreid besproken of deze uitkomst zich wel verdraagt met de SE-RL en of, gelet op systeem en doelstelling van de SE-RL, niet een andere benadering uit de SE-RL voortvloeit. Kort gezegd was mijn conclusie dat de SE-RL meer recht wordt gedaan wanneer wordt aangenomen dat in geval van oprichting van een dochter-SE door Nederlandse vennootschappen, daarop de artt. 2:153 BW e.v. van toepassing zijn, althans zolang als de dochter-SE tot een Nederlandse groep behoort. Dat brengt mee dat wanneer een opgerichte dochter-SE de vereiste drempels passeert en niet (meer) kan profiteren van vrijstellingen, uit de SE-RL voortvloeit dat alsnog het structuurregime in de statuten moet worden verankerd.

Zou men die door mij verdedigde interpretatie niet onderschrijven, dan is de consequentie dat gemakkelijk een "medezeggenschapsvrije" SE tot stand kan worden gebracht. En dat zou weer aanzienlijke mogelijkheden bieden

om medezeggenschap verder te beperken of te ontwijken. Ik kom daarop hierna nog terug.

18.2 Oprichting van een dochter-SE door een bestaande SE: art. 3 (2) SE-VO

Nog een slag eenvoudiger dan oprichting door twee "nationale" vennootschappen, maar overigens geheel daaraan gelijk, is de oprichting van een dochter-SE door een reeds bestaande SE. Art. 3 lid 2 SE-VO geeft namelijk aan elke eenmaal gevormde SE een, in beginsel ongeclausuleerde, bevoegdheid dochter-SE's op te richten. Het is aldus, afgezien van de hierna in § 20 te bespreken omzetting, het enige geval waarin voor de vorming van een SE één oprichtende vennootschap volstaat.

De dochter-SE kan in elke EU lidstaat worden opgericht, inclusief de lidstaat waar de SE gevestigd is (anders gezegd, een internationaal karakter hoeft daaraan niet te worden gegeven).

Ook hier weer geldt dat voor deze variant in de SE-VO noch in de SE-RL een regeling van de medezeggenschap wordt gegeven. Wel blijft, uiteraard, gelden dat krachtens art. 12 lid 2 SE-VO inschrijving van een SE een bepaling van de medezeggenschap vereist. Is de oprichtende SE "medezeggenschapsvrij" dan geldt dat echter ook voor de dochter-SE.

Zoals hiervoor betoogd, verdedig ik echter dat niet snel moet worden aangenomen dat een SE "medezeggenschapsvrij" is als de oprichtende SE zelf is opgericht door, en verbonden met, Nederlandse vennootschappen. Mijns inziens is alleszins verdedigbaar dat het nationale recht hier aanvullende werking heeft zodat een Nederlandse dochter-SE (uiteraard indien deze aan de wettelijke criteria gaat voldoen), aan het structuurregime onderworpen kan zijn. Ik verwijs (weer) naar mijn beschouwingen in § 11.

18.3 Toepassingsmogelijkheden van de dochter-SE

Als ik, afgezien van de medezeggenschapsaspecten waarover ik hierna kom te spreken, de toepassingsmogelijkheden van een dochter-SE inventariseer, dan is het resultaat daarvan – anders dan men wellicht zou verwachten – niet bijzonder groot. Men zou de dochter-SE kunnen inzetten bij grensoverschrijdende fusies, maar de in de SE-VO vervatte regeling van grensoverschrijdende fusie brengt nu juist mee dat ook nationale vennootschappen grensoverschrijdend kunnen fuseren (zij het met als resultaat dat één van hen SE wordt). Door in de fusie een groot aantal buitenlandse vennootschappen te betrekken kan ook zonder voorafgaande oprichting van een dochter-SE,

binnen een concern een grensoverschrijdende "opruimactie" van buitenlandse (maar overigens ook Nederlandse) concernvennootschappen worden gehouden.[125] Die zou zowel dochters van een subholding kunnen betreffen als dochters van de moedervennootschap of andere concernvennootschappen.

19. De dochter-SE en medezeggenschap: een wolf in schaapskleren?[126]

Zoals ook in § 18 aan de orde kwam, heb ik in § 11 verdedigd dat niet te snel moet worden aangenomen dat door Nederlandse vennootschappen opgerichte SE's "medezeggenschapsvrij" zijn. Wordt die opvatting niet gedeeld, dan zou een van de meer in het oog springende toepassingsmogelijkheden van de dochter-SE kunnen zijn om medezeggenschap te beperken of te ontwijken. Ik geef daarvan in deze paragraaf een enkel voorbeeld.

19.1 Beperking of ontwijking van medezeggenschap?

Zou men aannemen dat van het structuurregime vrijgestelde Nederlandse concernvennootschappen, steeds "medezeggenschapsvrije" dochter-SE's kunnen oprichten, dan kunnen binnen concerns nieuwe activiteiten daarin worden ondergebracht. Bovendien zouden andere (niet "medezeggenschapsvrije") concernvennootschappen met zo'n dochter-SE kunnen fuseren en aldus eveneens de "medezeggenschapsvrije" ruimte in kunnen verdwijnen.

Voorts zouden bestaande (op grond van art. 2:153 BW e.v.) vrijgestelde Nederlandse dochtervennootschappen via omzetting (waarover hierna nog § 20) tot "medezeggenschapsvrije" dochter SE's kunnen worden gemaakt. Zou het gaan om een concern waar alle substantiële dochters (en wellicht ook de holding) in dergelijke SE's zijn omgezet, dan komt ten slotte ook aan de subholding, die vrijwillig het structuurregime heeft aanvaard het bestaansrecht te ontvallen. (Anders dan de gebruikelijke metafoor wil, geldt dus in dit geval dat niet het vegen van de trap van boven naar beneden, maar van onder naar boven het door de veger gewenste resultaat geeft).

19.2 De grenzen open

Ook echter als de door mij verdedigde opvatting wel wordt gevolgd, is het beoogde systeem van de SE-VO en de SE-RL overigens niet waterdicht. Ik

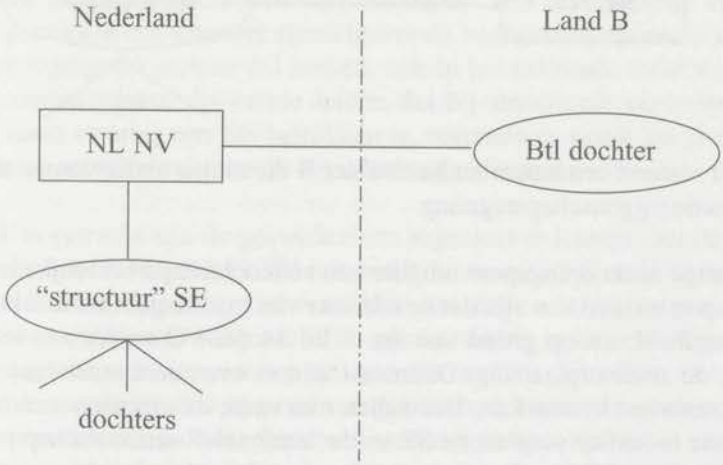
---

125 Enigszins vergelijkbaar Huiskes, a.w., p. 129.

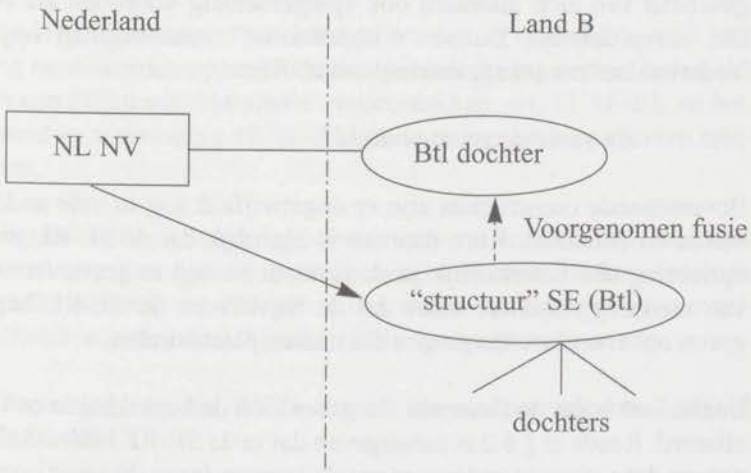
126 Vgl. ook Witteveen § 12.10 in Deel III van dit preadvies.

geef het volgende voorbeeld waarin ik uitga van een concern waarbinnen de subholding is omgezet in een SE met volledig of beperkt structuurregime (zie over omzetting hierna § 20).

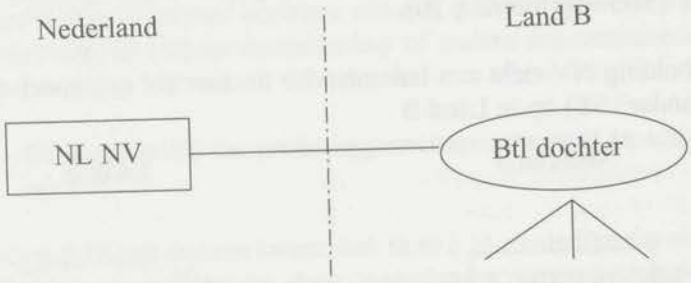
1. De holding NV richt een buitenlandse dochter (of eventueel een "buitenlandse" SE) op in Land B



2. De Holding verplaatst de zetel van de dochter-SE naar land B (via de procedure geschetst in Art. 8 SE-VO hiervoor besproken in § 7).



3. De buitenlandse dochter B fuseert met de dochter-SE.



4. Er resteert een buitenlandse dochter B die niet is onderworpen aan enige medezeggenschapsregeling.

Het enige aanknopingspunt om hier een vennootschapsrechtelijke belemmering op te werpen zou zijn dat de minister van Justitie gebruik maakt van zijn bevoegdheid om op grond van art. 8 lid 14 SE-VO verzet aan te tekenen tegen de zetelverplaatsing. Daarnaast zijn er eventueel maatregelen die de aankomststaat nemen kan. Die zullen met name aan moeten aanknopen bij de fusie tussen de verplaatste SE en de "nationale" vennootschap (waarover hierna nog § 21). In die zin komt dan aan de orde of er binnen nationale grenzen beperkingen aan dit soort operaties zou moeten worden overwogen. Dat geldt uiteraard ook voor Nederland. Immers, de situatie die hierboven is geschetst kan zich uiteraard ook spiegelbeeldig voordoen als bijvoorbeeld een oorspronkelijk Duitse "mitbestimmte" vennootschap opgaat in een Nederlandse "medezeggenschapsvrije" SE.

19.3 En soms de grenzen dicht?

Bovenstaande constructies zijn er ongetwijfeld nog in vele andere soorten, maten en varianten. Kern daarvan is eigenlijk dat de SE-RL weliswaar bij oprichting een betrekkelijk strak systeem beoogt te geven ter waarborging van medezeggenschap, maar dat de SE-VO en de SE-RL beperkt greep geven op structuurwijzigingen die nadien plaatsvinden.

Interessant is dat de Europese wetgever zich de beperkingen ook heeft gerealiseerd. Reeds in § 6.2 is aangegeven dat in de SE-RL uitdrukkelijk is opgenomen dat nationale wetgevers geacht worden tegen dit soort operaties in het geweer te komen. Daar is ook al gewezen op overweging 18 in de preambule van de SE-RL en art. 11 SE-RL. Overweging 18 SE-RL benadrukt het "grondbeginsel" dat verworven rechten van werknemers worden veilig gesteld. Daaraan wordt toegevoegd: "*Deze benadering dient bijgevolg niet alleen van toepassing te zijn op een nieuw op te richten SE, maar ook bij*

structurele veranderingen in een reeds opgerichte SE en op de vennootschappen die door de gevolgen van de structurele veranderingen worden getroffen." (curs HJdK)

Mede in aanmerking genomen overweging 16 in de SE-RL, die voorschrijft dat lidstaten "passende maatregelen [dienen] te nemen bij niet-naleving van de in deze richtlijn omschreven verplichtingen" zou de conclusie kunnen worden getrokken dat wanneer de wetgever de voorgaande opdracht van de Europese regelgever serieus wil nemen, ook in het nationale recht voorzieningen zouden passen die er toe leiden dat bij structurele veranderingen (zoals fusies) waarbij een SE betrokken is, rekenschap wordt gegeven van het medezeggenschapsregime en het waarborgen daarvan.

In de IW is getracht aan de gestelde eisen tegemoet te komen met de regeling van de artt. 3:11 en 3:12 IW (zie reeds hiervoor § 6.2 en Witteveen in § 9.4 van Deel III van dit preadvies). Men kan zich echter afvragen of die regeling wel voldoende adequaat is en of niet tevens in het nationale vennootschapsrecht een voorziening zou moeten worden getroffen. Dat geldt eens te meer nu de SE-VO in geval van grensoverschrijdende zetelverplaatsing en grensoverschrijdende fusie wel voorziet in bevoegdheden van aangewezen autoriteiten om zich daartegen te verzetten (art. 8 lid 14 SE-VO, art. 19 SE-VO). Dat in aanmerking genomen zou het verdedigbaar zijn ook in het nationale vennootschapsrecht een vergelijkbare clausule te vervatten.

AANBEVELING: Overwogen zou kunnen worden of in titel 7 boek 2 BW een bepaling moet worden opgenomen die tot uitdrukking brengt dat bij een fusie tussen een SE en een "nationale" vennootschap, art. 11 SE-RL en hetgeen is gesteld in overweging 18 SE-RL mede in aanmerking moeten worden genomen.

Ten slotte ligt het voor de hand dat voorzover werknemersvertegenwoordigers bij de vorming van een SE betrokken zijn, zij zich het bovenstaande realiseren en daaromtrent waarborgen zullen willen vastleggen. Dat is overigens ook primair wat de artt. 3:11 en 3:12 IW proberen te bereiken.

20. Omzetting van een NV in een SE (en andersom): art. 2 (4), 37 en 66 SE-VO

Ik kom aan de laatste mogelijkheid om een SE te vormen: de omzetting van een nationale vennootschap in een SE. Ook het spiegelbeeld daarvan is overigens in de SE-VO voorzien. Een SE kan worden omgezet in een "nationale" vennootschap. Beide vormen van omzetting komen in deze paragraaf aan de orde.

20.1 Omzetting van een NV in een SE

Art. 2 (4) SE-VO biedt vennootschappen van het NV type de mogelijkheid zich om te zetten in een SE, mits de betreffende NV tenminste twee jaar een dochtervennootschap heeft die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert.

Omzetting is slechts mogelijk in een SE met zetel in dezelfde lidstaat als de om te zetten vennootschap. Art. 37 lid 3 SE-VO bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat bij omzetting de statutaire zetel niet op grond van art. 8 SE-VO naar een andere lidstaat mag worden verplaatst. Dat betekent dus dat de omzetting slechts kan plaatsvinden binnen één nationaal rechtsstelsel.

De SE-VO bevat een betrekkelijk summiere regeling van deze figuur. Om te beginnen bepaalt art. 37 lid 2 SE-VO, tamelijk overbodig, dat omzetting van een NV in een SE niet leidt tot ontbinding van een bestaande rechtspersoon noch tot oprichting van een nieuwe. Vervolgens wordt aangegeven dat het bestuur een voorstel tot omzetting opstelt dat vergezeld gaat van een verslag waarin de juridische en economische aspecten van de omzetting worden toegelicht en onderbouwd en de gevolgen van de keuze voor de SE "voor de aandeelhouders en voor de werknemers worden uiteengezet". Het voorstel tot omzetting moet vervolgens ten minste een maand voorafgaande aan de algemene vergadering van aandeelhouders worden gepubliceerd.

Curieus is dat art. 37 lid 6 SE-VO vereist dat, voorafgaande aan de algemene vergadering waarin het voorstel tot omzetting aan de orde is, een onafhankelijke accountant moet vaststellen dat de netto activa van de vennootschap minimaal overeenstemmen met het kapitaal en de verplichte reserves. Bij de andere wijzen waarop een SE kan worden gevormd stelt de SE-VO niet deze eis. De gedachte daarachter zal zijn dat deze toets crediteuren beschermt en dat in geval van omzetting geen verdere regeling van crediteurenbescherming nodig is.

Vervolgens dient de algemene vergadering het voorstel tot omzetting alsmede de voorgestelde concept statuten die na omzetting in de SE zullen gelden, goed te keuren. Art. 37 lid 7 SE-VO bepaalt dat het besluit moet worden genomen conform de nationale regels voor fusie, in Nederland dus conform Titel 7 van boek 2 BW, meer specifiek, art. 2:317 jo 2:330 BW. Is hier nog ruimte voor aanvulling door het Nederlandse recht? Ik zou menen van wel. Niet geregeld is immers hoe de omzetting overigens in zijn werk gaat. Het ligt voor de hand dat art. 2:18 lid 2 BW dus aanvullende werking heeft. Ook

(de bijlage bij) de MvT gaat daar overigens van uit. Het lijkt echter aanbeveling te verdienen dit uitdrukkelijk in de UitvW te bepalen.[127]

AANBEVELING: Het ware te overwegen in de UitvW te verhelderen dat Art. 2:18 BW aanvullend van toepassing is op omzetting van een NV in een SE (en andersom).

20.2 Omzetting van een SE in een NV

Een tweede vorm van omzetting die de SE-VO voorziet is de omzetting van een SE in een "nationale" vennootschap van het NV type. Art. 66 SE-VO stelt daaraan wel als voorwaarde dat de SE reeds twee jaar is ingeschreven en twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd.

Omzetting geschiedt op voorstel van het bestuur van de SE dat ook een verslag opstelt waarin de juridische en economische aspecten van de omzetting worden belicht. Ten minste een maand voorafgaande aan de algemene vergadering die over de omzetting moet besluiten wordt het voorstel gedeponeerd in het handelsregister. Net als bij de omzetting van NV in SE moet ook hier een accountant verklaren dat de SE "over activa beschikt die minimaal overeenstemmen met haar kapitaal". Ook hier weer geldt dat de algemene vergadering het besluit tot goedkeuring van de omzetting en de daarbij behorende (NV) statuten moet goedkeuren conform de regels die in geval van fusie zouden gelden.[128] Ten slotte zou ook hier verduidelijkt kunnen worden dat art. 2:18 van toepassing is.

20.3 Omzetting en medezeggenschap

Ten slotte dient de aandacht, zoals immer bij vorming van een SE, gericht te worden op de problematiek van medezeggenschap. Essentieel is hier dat uit de SE-RL voortvloeit dat in geval van omzetting "*alle elementen van de werknemersmedezeggenschap op de SE van toepassing blijven*" (aldus Deel 3 sub a van de Annex bij de SE-RL). Hiervoor heb ik in § 11 en met name in § 11.3 de betekenis van deze bepaling al uitgebreid besproken. Centraal stelde ik daar de vragen of het Nederlandse structuurregime verplicht op de SE van toepassing kan zijn, en of de wetgever niet zou moeten voorzien in

---

[127] Evenzo Huiskes a.w. p. 291

[128] S.M. van den Braak, Zetelverplaatsing en omzetting bij de Europese B.V., Ondernemingsrecht 2001 p. 330, bepleit eveneens in zo'n geval de omzettingsregeling vervat in art. 2:18 BW van toepassing te achten. Zie ook haar bijdrage, Omzetting van een buitenlandse in een Nederlandse vennootschap, in WPNR [1994] 6153. Overigens is haar betoog primair gericht op de Europese BV.

een uitwerking van het structuurregime voor de one-tier vennootschap, in het bijzonder voor de (one-tier) SE. In dat verband is uitdrukkelijk de medezeggenschap in geval van omzetting besproken. Ik moge daarnaar verwijzen.

21. Fusie van een SE met "nationale" vennootschappen

Met het voorgaande is al in het licht gesteld dat een dochter-SE niet slechts kan worden betrokken in grensoverschrijdende herstructureringsactiviteiten. Aangezien een eenmaal opgerichte SE moet worden behandeld als een Nederlandse vennootschap (art. 10 SE-VO), moet worden geconcludeerd dat zij ook volgens de regels van titel 7 boek 2 BW, kunnen fuseren met andere Nederlandse vennootschappen (of als zij in het buitenland gevestigd is, met vennootschappen die volgens dat recht zijn opgericht). De SE-VO is dan niet van toepassing omdat deze slechts ziet op de *vorming* van een SE. De aanvullende werking van het nationale recht (zie art. 9 SE-VO waarover reeds § 9) ter zake van fusie is daarmee gegeven.

Gelet op die toepasselijkheid van art. 2:308 BW e.v. zou men zelfs kunnen betogen dat een Nederlandse SE, via art. 2:310 lid 3 BW (dat de BV voor de toepassing van die bepaling gelijk stelt met de NV), kan fuseren met een BV of, op grond van lid 4 BW en onder de daar genoemde omstandigheden, met de in de in lid 4 genoemde rechtsvormen. Nederlands recht biedt echter ook aanwijzingen dat een dergelijke fusie tussen een "Nederlandse SE" en een NV, BV of andere rechtsvorm niet mogelijk zou zijn. Artikel 2:310 BW bepaalt immers ook dat rechtspersonen alleen kunnen fuseren met rechtspersonen die "dezelfde rechtsvorm" hebben. Juist gelet op de blijkbaar door de wetgever gevoelde noodzaak om NV en BV gelijk te stellen ligt het voor de hand ook aan te geven hoever de reikwijdte van het Nederlandse fusierecht voor de SE strekt.

AANBEVELING: Het verdient overweging in art. 2:310 BW te verduidelijken met welke Nederlandse rechtspersonen een in Nederland gevestigde SE kan fuseren.

In elk geval zou ik menen dat een "Nederlandse SE" onder Nederlands recht toch ten minste zou moeten kunnen fuseren met een andere "Nederlandse SE". Of dat ook voor alle varianten kan gelden is een andere kwestie. Zo voorziet art. 2:310 lid 2 BW, dat een door fusie nieuw opgerichte vennootschap de rechtsvorm moet hebben van de fuserende partijen. Daaruit zou men kunnen afleiden dat fuserende SE's door fusie een nieuwe SE kunnen oprichten. Op grond van de SE-VO lijkt een dergelijk scenario niet te zijn toegestaan aangezien de opsomming van wijzen van ontstaan van SE's in de SE-VO voor limitatief moet worden gehouden.

22. Splitsing van een SE

Een laatste vraag die ik bij overdenking van de met de SE verbonden herstructureringsmogelijkheden aan de orde stel is de vraag of een SE ook kan worden gesplitst en/of partij kan zijn bij een afsplitsing. Zo'n splitsing of afsplitsing laat zich denken in vier varianten:

a. zuivere splitsing in SE's
b. afsplitsing naar andere SE's
c. zuivere splitsing in NV's of BV's
d. afsplitsing naar NV's of BV's

22.1 Zuivere splitsing in SE's

Op zichzelf zou in de systematiek van de SE-VO passen dat een SE zich naar nationaal recht kan splitsen. Ook naar Nederlands recht zou daartegen geen bezwaar bestaan. Een SE moet immers krachtens art. 10 SE-VO worden behandeld als een Nederlandse NV. Bovendien houdt de splitsing tevens beëindiging van het bestaan van de splitsende SE in en bepaalt art. 63 SE-VO dat in beginsel alle vormen van beëindiging van de SE geheel worden beheerst door nationaal recht. Tegengeworpen kan echter worden dat door splitsing nieuwe SE's ontstaan en dat die ontstaanswijze niet door de SE-VO wordt voorzien, en derhalve niet mogelijk is.

22.2 Afsplitsing naar andere SE's

Als alternatief voor een zuivere splitsing kan een daarmee vergelijkbaar resultaat praktisch gesproken ook door afsplitsing worden bereikt. In dat verband herinner ik eraan dat de SE-VO uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid dat een SE een dochter-SE opricht. Naar Nederlands recht kan de dochter-SE in de afsplitsing worden betrokken en aldus onder algemene titel vermogen verkrijgen. De SE-VO verzet zich daartegen niet. Niettemin zou het goed zijn als de UitvW dat ook in de relevante bepalingen tot uitdrukking brengt.

AANBEVELING: In Titel 7 Afdeling 4 ware te bepalen dat een SE betrokken kan zijn bij een afsplitsing.

22.3 Zuivere splitsing in c.q. afsplitsing naar NV's of BV's

Kan een Nederlandse SE zich splitsen in de vorm van NV's en BV's? Ik zou menen dat zulks inderdaad mogelijk moet zijn zowel waar het betreft de zuivere splitsing als de afsplitsing. Hiervoor gaf ik al aan dat beëindiging van

het bestaan van de SE krachtens art. 63 SE-VO geheel aan het nationale recht is overgelaten. In samenhang met art. 10 SE-VO, dat bepaalt dat een SE in iedere lidstaat wordt behandeld als een naar dat recht opgerichte NV, zou er geen bezwaar bestaan tegen een zuivere splitsing in twee Nederlandse entiteiten. Dat geldt eens te meer nu in deze vennootschappelijke operatie – een uitzondering – ook geen lastige medezeggenschapskwesties rijzen. De nieuwe entiteiten (NV's of BV's) worden immers per definitie geregeerd door het Nederlandse recht. Hetzelfde geldt voor afsplitsing.

Ook hier zou het overigens wenselijk zijn om zulks in de UitvW te bepalen.

22.4 Splitsing en omzetting

In het kader van het traceren van lacunes in het stelsel van de SE-VO en SE-RL noteer ik ten slotte dat het voorgaande een mogelijkheid biedt om het voorschrift van art. 66 SE-VO te omzeilen. Dat artikel bepaalt immers dat omzetting in een nationale vennootschap pas mag plaats vinden twee jaar na inschrijving van de SE (en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd). In dat licht is misschien vereist te bepalen dat een zuivere splitsing van een SE in twee "nationale" vennootschappen ook pas kan plaatsvinden nadat twee jaar sinds haar oprichting verstreken zijn. Zulks zou dan evenzeer in de UitvW moeten worden bepaald.

AANBEVELING: Overwogen zou kunnen worden of in Titel 7 afdeling 4 BW zou moeten worden bepaald dat een splitsing van een SE in Nederlandse NV's of BV's pas mag plaatsvinden twee jaar na haar oprichting.

23. Slotbeschouwing

In zekere zin geldt bij de SE het bekende gezegde: "what you see is what you get". En wat men aanstonds ziet is een ingewikkelde en lapidaire regeling die onmiskenbaar het resultaat is van een lange serie compromissen. De Europese wetgever heeft dat ook niet onder stoelen of banken gestoken. Bij de behandeling in het Europese Parlement op 26 juni 2001 gaf rapporteur Hans-Peter Mayer[129] ruiterlijk toe dat de Verordening "lacunes vertoont" en de Richtlijn "zo ingewikkeld [is] dat de vraag opkomt: hebben wij überhaupt zo'n SE nodig?" Het antwoord was desondanks onomwonden "ja". "De mobiliteitsbelemmering voor Europees optredende ondernemingen moet worden weggenomen," aldus Mayer. Het is niet de noodzaak van de SE waaraan kan worden getwijfeld, zo rapporteerde Mayer, "maar de wijze

129 Verslag Europees Parlement (nr. A5-0243/2001) p. 16 – 19.

waarop dit wordt vorm gegeven". Onderkend werd ook dat implementatie van een en ander (in het bijzonder van de richtlijn) "ernstige problemen voor de rechtsorde [zal] opleveren."

Uiteindelijk echter, zo betoogde Mayer met de steun van het Europees parlement: "zoals bij alle harmonisering van het recht geldt: het gaat om het succes op lange termijn. Ergens moet de eerste stap worden gezet". Vervolgens zou een proces op gang moeten komen waarin in de loop der jaren nationale afwijkingen in de rechtsinterpretatie steeds verder op de achtergrond raken want: "er moet nog heel wat verbeterd worden". Alles afwegende pleitte hij er voor "het SE-schip zeewaardig te verklaren. Dan zal blijken waar reparatie nodig is opdat het ooit kan uitgroeien tot het zozeer verbeide vlaggenschip."[130]

Het is nu aan de wetgever(s) en de praktijk om de principes neergelegd in de Verordening en de Richtlijn tot hun recht te laten komen. In hoge mate bepalend zal zijn hoe wetgevers daarmee om zullen gaan en of en hoe ze zich daardoor zullen laten inspireren. Wordt slechts het minimale gedaan dat Verordening en Richtlijn eisen, of wordt er een serieuze poging ondernomen de SE in het nationale recht in te passen.[131] Vooralsnog heeft Nederland in de wetsvoorstellen tot uitvoering en implementatie, gekozen voor de eerste benadering. Dat mag wat mij betreft wel een beetje meer zijn. In dit preadvies worden de nodige aanbevelingen en suggesties gedaan om op een aantal punten wijzigingen in Uitvoeringswet en/of Implementatiewet aan te brengen.

Het voorgaande overziende zijn er naast een aantal kleinere punten waar verduidelijking aangewezen is, twee grote – en overigens samenhangende – onderwerpen die eruit springen. Dat betreft enerzijds de regeling van de medezeggenschap in een one-tier board, en anderzijds, maar daar uiteraard mee samenhangend, een regeling van de one-tier board zelf. In § 11 kwam een en ander betrekkelijk uitgebreid aan de orde. Beide onderwerpen worden hierna nog intensief besproken door Dumoulin (in Deel II van dit preadvies) en Witteveen (in Deel III). Niet alleen ligt hier een kans om een bijdrage te leveren aan de rechtszekerheid en flexibiliteit met behoud van de in Verordening en Richtlijn neergelegde principes, maar ook kan uit het systeem van beide worden afgeleid dat dit van de wetgever wordt verwacht (en zelfs dat deze daartoe is verplicht).

---

[130] De karakteristiek als vlaggenschip ("Flaggschiff") is afkomstig van Klaus Hopt.

[131] Vgl. M.A. Arlt e.a., The Societas European in Relation to the Public Corporation of five Member States, EBOR 2002 p. 733, 738.

Wanneer ik de toepassingsmogelijkheden van de SE en de aantrekkelijkheid voor de praktijk overzie, dan geldt zonder enige twijfel dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie de kern daarvan vormt. Dat geldt te meer nu de grensoverschrijdende fusie niet eerst omzetting in een SE vereist (en niet aan SE's is voorbehouden), maar integendeel juist aan nationale vennootschappen wordt gegeven waarbij pas als uitkomst van de fusie een SE wordt gevormd. De SE is aldus eigenlijk slechts een bijproduct van de door Verordening geboden faciliteit.

Als tweede aantrekkelijkheid van de Verordening wordt vaak, in één adem met de fusie, de zetelverplaatsing genoemd. In het licht van de jurisprudentie van het EG Hof (zie hiervoor § 4) is echter momenteel de vrijheid van nationale vennootschappen om hun werkelijke zetel te verplaatsen vele malen groter dan die van SE's binnen het raamwerk van de SE-VO. Wat nationale vennootschappen echter, althans naar vooralsnog wordt aangenomen,[132] niet zonder meer vrijstaat is het verplaatsen van de statutaire zetel, en daarmee het wijzigen van het op haar toepasselijke recht. Of dat nationale vennootschappen vrijstaat, hangt af van het nationale recht. Elke SE heeft wel het recht om de statutaire zetel te verplaatsen. De daartoe (in art. 8 SE-VO) voorziene procedure is echter niet zonder voetangels en klemmen. De aantrekkelijkheid van die route zal dus mede afhangen van wat nationale wetgevers de komende jaren aan nationale vennootschappen zullen toestaan. Ten slotte moet hierbij bedacht worden dat een zetelverplaatsing de facto, en soms eenvoudiger, ook tot stand kan worden gebracht door een grensoverschrijdende fusie. Ik verwijs naar § 16.6.

Een voordeel van de vorming van een SE zou eventueel nog wel daarin kunnen worden gezien dat met de vorming van een SE een vennootschap met een one tier board kan worden gecreëerd. De SE-VO voorziet immers uitdrukkelijk dat de SE die keuze kan maken. Anderzijds mag toch worden aangenomen dat deze mogelijkheid op zich niet opweegt tegen het met vorming van een SE gemoeide proces. Wel is een extra aansporing aan de wetgever om ter zake regelingen te treffen. Ik verwijs wederom naar § 11.

---

132 Met name J.F.M. Wouters, Het Europese vestigingsrecht voor ondernemingen herbekeken. Een onderzoek naar de grondslagen, draagwijdte en begrenzingen van de vrijheid van vestiging van ondernemingen in de Europese Unie, diss. Leuven 1997 en zijn reeds hiervoor vermelde EBOR bijdrage, heeft, mijns inziens overtuigend, betoogd dat de artt. 43 e.v. EG Verdrag meebrengt dat EG lidstaten gehouden (kunnen) zijn om een nationale regeling die voorziet in omzetting van rechtspersonen ook open te stellen voor buitenlandse rechtspersonen. Met gebruikmaking daarvan zouden die zich aldus, met behoud van rechtspersoonlijkheid, kunnen omzetten in een vergelijkbare rechtsvorm van het immigratieland.

Dan blijven over de mogelijkheden om een holding-SE of een dochter-SE op te richten. Wat betreft de oprichting van een holding-SE kan ik niet inzien wat daar vennootschapsrechtelijk het voordeel van zou kunnen zijn in vergelijking met de meer gebruikelijke wijzen van concernvorming (zie § 17). Zelf acht ik dit één van de meer curieuze onderdelen van de Verordening.

Met betrekking tot de partijen die een dochter-SE's op kunnen richten is de Verordening ruimhartig. Niet alleen kan een breed scala van vennootschappen als oprichter optreden, maar ook elke eenmaal gevormde SE heeft het recht om zelf weer dochter-SE's op te richten. Nochtans zijn de toepassingsmogelijkheden in vergelijking met "nationale" vennootschappen beperkt. Gaat het om het daadwerkelijk inbrengen van een onderneming (al of niet als joint venture) dan zal de dochter-SE, zeker na de meervermelde rechtspraak van het EG Hof, moeten concurreren met nationale vennootschapsvormen die ondertussen steeds verder zullen worden versoepeld.

In het nadeel van de (dochter) SE spreekt daarbij: (i) dat voor de SE het NV recht bepalend is, dat nu juist minder flexibel is dan het recht van de besloten vennootschappen (zeker in aanmerking genomen de flexibiliseringsgolf die door BV land slaat); (ii) dat de werkelijke zetel in het land van oprichting moet blijven en niet kan worden verplaatst zonder de procedure van zetelverplaatsing te doorlopen (anders dan het EG Hof aan nationale vennootschappen toestaat); (iii) het ontbreken van juridische zekerheid die een nieuwe rechtsvorm meebrengt en de lapidaire wettelijke regeling daarvan (en de daarmee verbonden (advies)kosten) en (iv) het niet erg doorzichtige, bureaucratisch en tijdrovend ogende mechanisme om medezeggenschap vorm te geven. Blijft over dat de dochter-SE mogelijkerwijs wel kan worden ingezet in schema's die met name ten doel hebben om medezeggenschap te beperken of te ontwijken (zie hiervoor § 19). In de optiek van de Europese regelgever zou echter de nationale wetgever daaraan paal en perk moeten stellen.

Rechtvaardigt het voorgaande nu de scepsis waarmee in binnen- en buitenlandse literatuur de SE wordt bezien? Wellicht wel als de verwachting zou zijn dat de SE het komende decennium de dominante vennootschapsvorm in Europa wordt. Dat lijkt namelijk gelet op het voorgaande onwaarschijnlijk. Anderzijds moet worden erkend dat Europa met de SE een stap in haar juridische ontwikkeling zet waarvan de uitkomst nog niet goed is te overzien. En in ieder geval geeft de regeling van de SE "fall back" opties om zich te onttrekken aan nationaal vennootschapsrecht. Dat zal invloed hebben op de vormgeving van dat nationale recht en daarmee op de toekomst van het vennootschapsrecht in Europa. Ook zal de SE regeling een impuls geven aan het voortgaande debat over de rol van vennootschappelijke medezeggenschap.

Het wordt steeds noodzakelijker (en tegelijk lastiger) daarvoor een vorm te vinden die ook in een internationale context houdbaar zal zijn. Dat wordt versterkt door de jurisprudentie van het EG Hof en de daardoor toegenomen mogelijkheden om van buitenlandse rechtsvormen gebruik te maken. Als vervolgens de – sterk door de Verordening geïnspireerde – Tiende Richtlijn (grensoverschrijdende fusie) en Veertiende Richtlijn (zetelverplaatsing) van kracht worden,[133] dan zou de paradox wel eens kunnen zijn dat in de door de SE in gang gezette ontwikkeling op enige termijn voor haar geen rol meer zal zijn weggelegd.

133 De Europese Commissie heeft de Tiende en Veertiende Richtlijn hoog op haar verlanglijstje gezet. Ook uit het onderzoek van de High Level Group of Company Law Experts komt naar voren dat daar veel vraag naar is.

24. Aanbevelingen aan en overwegingen ten behoeve van de wetgever:

1. In de UitvW ware op te nemen dat in geval van zetelverplaatsing naar Nederland, een formaliteit voor inschrijving mede zal zijn dat de statuten in een notariële akte verleden voor een bevoegde Nederlandse notaris zijn vastgelegd. Daaraan zou kunnen worden toegevoegd dat de statuten wel in een andere taal mogen luiden. (Zie § 7.2.)

2. Art. 4 UitvW ware aan te vullen met de bepaling dat de notaris het attest als bedoeld in art. 8 lid 8 SE-VO ook onverwijld doet inschrijven in het handelsregister. (Zie § 7.2.)

3. Er is reden te heroverwegen of bij de uitvoering van de voorschriften van deel 3 sub a en b van de Annex in de uitvoerings- en implementatiewetgeving, niet veel(m)eer aansluiting zou moeten worden gezocht bij toepassing van art. 2:153 BW e.v. (Zie § 11.7)

4. In overweging wordt gegeven in de UitvW of IW een bepaling op te nemen die buiten twijfel stelt dat bij verkrijging van een SE door een buitenlandse vennootschap of een elders in de EG gevestigde SE de medezeggenschapssituatie op dat moment gefixeerd wordt. (Zie § 11.8.)

5. Gelet op de systematiek van de SE-VO en de SE-RL is een nadere regeling van de one-tier board en een uitwerking van medezeggenschap in een one-tier board aangewezen. (Zie § 11.9.)

6. De laatste zin van art. 7 UitvW ware zodanig te wijzigen dat het attest als bedoeld in art. 25 lid 2 SE-VO niet kan worden afgegeven zolang noch het verzet is ingetrokken noch opheffing van het verzet onherroepelijk is. (Zie § 14.4.)

7. In de UitvW ware te op te nemen dat het attest pas mag worden afgegeven een maand na de bekendmaking van de gegevens omtrent de fusie in de Staatscourant, en slechts als in die periode geen verzet als bedoeld in art. 2:316 BW is aangetekend. (Zie § 14.4.)

8. Overwogen zou kunnen worden of in titel 7 boek 2 BW een bepaling moet worden opgenomen die tot uitdrukking brengt dat bij een fusie tussen een SE en een "nationale" vennootschap, art. 11 SE-RL en hetgeen is gesteld in overweging 18 SE-RL mede in aanmerking moeten worden genomen. (Zie § 19.3.)

9. Het ware te overwegen in de UitvW te verhelderen dat art. 2:18 BW aanvullend van toepassing is op omzetting van een NV in een SE (en andersom). (Zie § 20.1.)

10. Het verdient overweging in art. 2:310 BW te verduidelijken met welke Nederlandse rechtspersonen een in Nederland gevestigde SE kan fuseren. (Zie § 21.)

11. In Titel 7 Afdeling 4 ware te bepalen dat een SE betrokken kan zijn bij een afsplitsing. (Zie § 22.2.)

12. Overwogen zou kunnen worden of in Titel 7 afdeling 4 BW zou moeten worden bepaald dat een splitsing van een SE in Nederlandse NV's of BV's pas mag plaatsvinden twee jaar na haar oprichting. (Zie § 22.4.)

DEEL II - DE ORGANISATIE VAN DE EUROPESE VENNOOTSCHAP

Prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin[134]

[134] Juridisch adviseur Unilever N.V. en hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Inleiding

1.1 Over dit deel II

In dit tweede gedeelte van dit preadvies bespreek ik de organisatie van de Nederlandse SE. Voordat ik daaraan begin maak ik enkele opmerkingen over de regeling van de SE zelf. Deze is niet altijd eenvoudig te doorgronden waardoor soms onduidelijk is welke regels op een SE van toepassing zijn (par. 1.2). Vervolgens besteed ik aandacht aan het bestuur van de SE en het toezicht daarop (par. 2), aan de aandeelhouders en de algemene vergadering van aandeelhouders van de SE (par. 3) en aan enkele aanverwante onderwerpen zoals het enquêterecht, de jaarrekening en de ontbinding en vereffening van de SE (par. 4). Dit deel wordt afgesloten met een korte nabeschouwing (par. 5).
Nederlandse SE's worden in de eerste plaats geregeerd door de SE-VO.[135] De uitwerking van de SE in het voorstel Uitvoeringswet[136] is op de SE-VO gebaseerd. Om die reden neem ik de SE-VO steeds als uitgangspunt van beschouwing.

1.2 Algemene opmerkingen

A. De regels die gelden voor een Nederlandse SE

De regeling van de SE is betrekkelijk ingewikkeld. Krachtens art. 9 SE-VO wordt de SE door vijf regelingen beheerst. Tussen deze regelingen bestaat een hiërarchie. Op een Nederlandse SE zijn van toepassing:

(i.) De SE-RL en de SE-VO;[137]
(ii.) De statuten van de SE, voorzover de SE-VO dat uitdrukkelijk toelaat.

---

[135] Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PB 10 november 2001, L 294/1 ("SE-VO").
[136] Voorstel van wet tot uitvoering van de Verordening (EG) Nr. 2157/2001 (Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap) Kamerstukken II 2003/2004, 29 309 nr. 1-2.
[137] Art. 9 SE-VO schrijft voor dat wettelijke regelingen die lidstaten aannemen voor de SE in overeenstemming moeten zijn met de Richtlijn (dat is 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, Pb 10 november 2001, L 294/22 ("SE-RL")). Anders dan de SE-VO heeft de SE-RL geen directe werking. De SE-VO verwijst regelmatig naar de SE-RL en stelt dat zij daaraan geen afbreuk doet. In die zin gaan de SE-RL en de nationale implementatiewetten daarvan boven de SE-VO en de nationale uitvoeringswetten.

De SE-VO regelt niet alle aangelegenheden van de SE. Soms regelt de SE-VO een bepaalde aangelegenheid slechts gedeeltelijk. Voor zover aspecten van de SE niet door de SE-VO worden geregeld gelden voor de SE:

(iii.) De Nederlandse uitvoeringswet;
(iv.) De regels voor Nederlandse NV's;
(v.) De statuten van de SE, voor zover de regeling van de Nederlandse NV dit toestaat.[138]

De regels die de SE-VO geeft voor de organisatie van de SE – bestuur, toezicht en algemene vergadering van aandeelhouders – scheppen niet altijd een helder kader voor de SE. Dat knelt op twee punten. In de eerste plaats vragen deze regels soms om een nadere uitleg, terwijl nauwelijks middelen voor handen zijn om de SE-VO uit te leggen. In de tweede plaats is niet altijd duidelijk of de SE-VO een bepaalde aangelegenheid van de SE volledig regelt – waardoor het nationale NV-recht volledig terzijde zou worden gesteld – of dat de SE-VO uitsluitend beoogt een specifiek aspect van de SE te regelen – waardoor de overige aspecten van het desbetreffende onderwerp worden beheerst door het nationale NV-recht. Ik noem een voorbeeld.
In Afdeling 3 van Titel III van de SE-VO worden regels gegeven voor "leden van de organen" van de SE. Deze woordkeuze duidt erop dat de regels in deze afdeling gelden voor alle organen van de SE, en daarmee ook voor de algemene vergadering of bijvoorbeeld een vergadering van houders van prioriteitsaandelen. Zo geeft art. 47 SE-VO aan dat de statuten van de SE kunnen toestaan dat ook rechtspersonen lid van een orgaan kunnen zijn. In de bijlage bij de MvT, blz. 19, wordt ervan uitgegaan dat deze bepaling ook geldt voor de algemene vergadering.[139] Dit betekent dat als de statuten van de SE zwijgen, een rechtspersoon geen aandeelhouder van de SE kan zijn en dat overdracht van aandelen aan een rechtspersoon ongeldig is. Ik weet niet of deze uitleg van het begrip "organen" in afdeling III.3 van de SE-VO wel juist is (zie verder par. 3). Kijken wij verder, naar art. 50 SE-VO. Daarin is

138 De SE-VO geeft strikt genomen niet aan of er een hiërarchische verhouding bestaat tussen de Uitvoeringswet (iii) en de regeling voor de NV (iv). Duidelijk is dat de eerste voor de laatste gaat. Dat blijkt ook uit de Uitvoeringswet en de bijlage bij de MvT (blz. 6). Kiersch en Ter Huurne schreven eerder dat de regels voor de NV als vangnet dienen voor de SE en dat het er daarom op lijkt dat in de statuten van de SE zou kunnen worden afgeweken van dwingend NV-recht, uitsluitend behoudens voor zover de Uitvoeringswet zich daartegen zou verzetten. Zie Het Statuut van de Europese Vennootschap, Ondernemingsrecht 2001, blz. 184. Inmiddels is duidelijk dat de statuten van de SE uitsluitend boven de regeling van onze NV gaan als de SE-VO daar uitdrukkelijk in voorziet of zulks toelaat.

139 "Er is geen bezwaar tegen een rechtspersoon als aandeelhouder van een SE met statutaire zetel in Nederland wanneer die mogelijkheid in de statuten van de SE wordt vastgelegd" (Bijlage MvT, blz. 29). Hoe zich dit verhoudt tot de oprichtingsmodaliteiten is voor mij een raadsel.

bepaald dat tenzij de SE-VO of de statuten van de SE anders bepalen, voor het nemen van besluiten in de organen van de SE een quorumeis geldt van ten minste de helft van de leden van het orgaan. De SE-VO geeft een nadere regel voor de besluitvorming in de algemene vergadering, maar daarin wordt de quorumeis niet genoemd (art. 57 SE-VO). Het is voor mij niet duidelijk of hieruit moet worden afgeleid of de quorumeis van art. 50 SE-VO wel of niet geldt voor de algemene vergadering. In Nederland plegen quorumeisen voor aandeelhouders te worden gekoppeld aan de kapitaaldeelname en niet aan het aantal aandeelhouders. Voor Nederlandse NV's wordt zelfs verdedigd dat een quorumeis die is gekoppeld aan het aantal aandeelhouders nietig is omdat zij strijdt met het beginsel dat de zeggenschap in de algemene vergadering is gekoppeld aan de omvang (waarde of grootte) van de kapitaaldeelname.[140] Moet ik uit de SE-VO afleiden dat de quorumeis van art. 50 wel geldt voor de algemene vergadering van de SE, tenzij de statuten van de SE – en niet: het nationale NV-recht – anders voorschrijven? En dat art. 50 SE-VO zo moet worden uitgelegd dat de quorumeis wordt gemeten naar het aantal of het bedrag van de aandelen en niet naar het aantal aandeelhouders? Erg duidelijk is dit niet. Dezelfde vraag speelt bij art. 50 lid 2, dat bepaalt dat, wederom tenzij de statuten van de SE anders bepalen, de voorzitter van een orgaan van de SE bij het staken van de stemmen een beslissende stem heeft. Geldt die regel voor de algemene vergadering? Ook als de voorzitter geen aandeelhouder is?

In dit preadvies komen wij meer en zelfs betrekkelijk veel van dit soort vragen tegen. Noch uit de SE-VO noch uit het voorstel Uitvoeringswet, de MvT daarbij en de bijlage bij de MvT blijkt welke regels van Boek 2 BW wel en welke regels niet voor de SE zullen gelden. De Raad van State heeft dit punt niet meegenomen in zijn advisering. Voor zover ik heb kunnen nagaan is er ook door de Commissie Vennootschapsrecht niet op gewezen. Ik vind dat toch een gemis. Ik begrijp dat de SE-VO uiteindelijk wordt uitgelegd door het Hof van Justitie en niet door de lidstaten. Zoals het Britse Department of Trade and Industry daarover opgemerkt: "The proper interpretation of the Regulation in respect of a particular issue may be that the Regulation alone is comprehensive and thus, excludes national law completely. However, the Department cannot provide an authoritative interpretation as to which enactment or rule of national law will apply to SEs in any particular case and (...) this will be a matter for companies and practitioners and, ultimately, the Courts."[141] Niettemin is het voor het rechtsverkeer van groot belang dat dui-

---

[140] Zie Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 31, Kluwer, Deventer 1999, blz. 162.

[141] DTI, Implementation of the European Company Statute: The European Public Limited-Liability Company Regulations 2004, October 2003, blz. 8. Te vinden op de website van de DTI: www.dti.gov.uk.

delijk is (lees: wordt) welke regels voor de SE gelden alsmede of in de statuten van regels van Nederlands NV-recht kan worden afgeweken. De Uitvoeringswet of minstgenomen de toelichting daarbij zou hiervoor meer duidelijkheid moeten verschaffen.[141a]
Deze en andere onduidelijkheden leggen een druk op de praktijk, in het bijzonder op notarissen. Zij dienen zich immers een oordeel te (kunnen) vormen over de rechtsgeldigheid van de bepalingen van de akte van oprichting en de statuten van de SE en zullen zich daarover moeten uitlaten.

B. TEKST VAN DE SE-VO EN HET VOORSTEL UITVOERINGSWET

Ik wijs er nog op dat sommige vragen die bij lezing van de Nederlandse tekst van de SE-VO worden opgeroepen, worden beantwoord door de Engelse tekst te lezen. In de Nederlandse tekst zijn soms woorden weggelaten terwijl bepaalde termen op een bijzondere wijze zijn vertaald. Wij komen de voorbeelden hieronder wel tegen.

2. Bestuur en toezicht van de SE

2.1 Inleiding

A. ALGEMEEN

Voor het bestuur van de SE en het toezicht daarop hebben de oprichters de keuze uit een monistisch en een dualistisch model: een *one-tier* of *unitary board* en een *two-tier board*. In deze paragraaf worden deze bestuursstructuren besproken. Eerst komen de opzet van de twee bestuursmodellen in het voorstel Uitvoeringswet en de SE-VO zelf aan de orde (par. 2.2). Daarna worden enkele regels behandeld die specifiek gelden voor het monistisch model en het dualistisch model (par. 2.3 en 2.4). Vervolgens wordt ingegaan op onderwerpen die voor het bestuur van de SE en het toezicht daarop in het bijzondere van belang zijn: de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten (par. 2.5), de besluitvorming (par. 2.6), de omvang van de organen (par. 2.7), eventuele beperkingen in de benoembaarheid van personen (par. 2.8), de voorzitter (par. 2.9), de vertrouwelijkheid die leden van organen dienen te betrachten (par. 2.10) en de aansprakelijkheid van de functionarissen van de SE (par. 2.11). Deze tweede paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (par. 2.12).

141a Overigens zonder het voorstel voor de Duitse uitvoeringswet na te volgen; een zo uitvoerige wettelijke verankering van de SE als wordt voorgesteld in het Diskussionsentwurf Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) gepubliceerd in AG 2003, blz. 204 e.v. komt de flexibiliteit en de kwaliteit van de regeling niet ten goede. Daarin wordt elke goed geachte regeling voorgeschreven als enig juiste.

B. BESTUUR EN TOEZICHT

De SE-VO duidt het bestuur van de SE in het monistisch stelsel aan als het "bestuursorgaan". In het dualistisch model wordt gesproken over het "leidinggevend orgaan" en het "toezichthoudend orgaan". In het voorstel Uitvoeringswet is er niet voor gekozen deze terminologie te laten aansluiten op die voor NV's. In Nederlandse uitvoeringswetten van Europese Richtlijnen waarin eveneens over leidinggevende en toezichthoudende organen wordt gesproken worden deze organen vaak wel aangeduid als bestuur en raad van commissarissen. De SE-VO en het voorstel Uitvoeringswet verbieden het niet in de statuten van de SE te kiezen voor de in Nederland bekende terminologie. Gemakshalve sluit ik mij hier bij de woordkeuze van de regelgevers aan.[142]
Binnen de grenzen van art. 9 SE-VO zijn het bestuursorgaan en het leidinggevend orgaan van Nederlandse SE's in beginsel onderworpen aan de regels die gelden voor besturen en bestuurders van Nederlandse NV's; voor het toezichthoudend orgaan en de toezichthouders van de SE gelden in beginsel de regels voor de raad van commissarissen en zijn leden (art. 9 SE-VO).

C. UITWERKING VAN BESTUUR EN TOEZICHT IN HET VOORSTEL UITVOERINGSWET; STRUCTUURREGIME

Voor het bestuur en het toezicht daarop zoekt de SE-VO in grote mate aansluiting bij het nationale NV-recht. De SE-VO bevat ook enkele eigen regels voor het bestuur en het toezicht. Deze staan soms toe dat keuzes worden gemaakt in de nationale uitvoeringswetten. In het voorstel voor de Nederlandse uitvoeringswet worden deze keuzes in het algemeen op een consistente wijze gemaakt: het wetsvoorstel Uitvoeringswet geeft over het algemeen uitsluitend in dringend noodzakelijke gevallen een regel voor de SE die afwijkt van het NV-recht. Deze benadering stelt Nederland in staat de implementatietermijn van 8 oktober 2004 te halen. Een gevolg van deze benadering is evenwel dat de Nederlandse wetgever veel onduidelijkheid laat bestaan over welke regels voor de Nederlandse NV zullen gaan gelden voor de Nederlandse SE. Zie par. 1.2 onder a.
Gevolg van deze benadering is ook dat de Uitvoeringswet niet wordt aangegrepen om wijziging te brengen in het Nederlandse vennootschapsrecht, ook waar dat misschien voor de hand zou hebben gelegen. Deze keuze onderschrijf ik in het algemeen (zie evenwel hieronder voor de *one-tier board*).

---

[142] Nota bene. De inmiddels vervallen Departementale Richtlijnen stonden vroeger niet toe dat commissarissen anders dan als zodanig werden aangeduid (Dep. Rtln. par. 6). Bij de afschaffing van het preventief toezicht is deze bepaling vervallen. Blijkbaar is men daar op het departement niet rouwig om. Naar ik aanneem bestaat er geen bezwaar meer tegen om commissarissen als toezichthouders aan te duiden.

Het Nederlands vennootschapsrecht is dringend aan vernieuwing toe. Het is gebaseerd op de idee dat de verhoudingen binnen een vennootschap en tussen de vennootschap en derden zoveel mogelijk dwingendrechtelijk moeten worden vastgelegd. Het vennootschapsrecht is daardoor vaak onnodig star. Er bestaat geen wezenlijk verschil tussen de NV en de BV. Dwingend recht moet regelmatig zijn grondslag en rechtvaardiging vinden in de gedachte dat aan andersluidende regels geen behoefte zal bestaan of dat de wettelijke regel een goede regel is, waarbij wordt uitgesloten dat andere regels even goed of in een bepaald geval zelfs beter kunnen zijn. Aan de partijen die betrokken zijn bij de oprichting en de inrichting van een NV of BV wordt slechts beperkt ruimte gelaten voor maatwerk. Deze benadering is contraproductief en principieel onjuist. Zij vermindert de kwaliteit van het wettelijk NV- en BV-recht.

Het is van belang het Nederlands vennootschapsrecht op korte termijn grondig te herzien. Daarvoor worden ook reeds initiatieven ontplooid: ik noem studies naar nieuwe regels voor kapitaalbescherming, nieuwe regels voor de BV en een ander vennootschapsrecht in het algemeen, zowel qua inhoud als opzet. Het is niet verstandig dit proces te vertragen en bemoeilijken door het te koppelen aan de invoering van de SE, voor zover daarvoor geen bijzondere reden bestaat. Juist bij een omvangrijk proces als de herziening van het vennootschapsrecht, dat van belang is voor de Nederlandse economie en de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland, is een grondige en consistente werkwijze vereist, ook om de tijd die daarmee gemoeid gaat zo kort mogelijk te kunnen houden. Een op incidenten (in de zin van: gebeurtenissen) gestuurde benadering is dan in beginsel beter te vermijden.

Ik zal in deze bijdrage twee onderwerpen bespreken waarop in het voorstel Uitvoeringswet een keuze is gemaakt die voor mij wel tot nadere overdenking aanleiding geeft. Het eerste onderwerp is het monistisch bestuursmodel en de vraag of dit zonder wetswijziging in het Nederlandse recht kan worden ingepast, alsmede de vraag of een zekere wetswijziging toch niet wenselijk zou zijn. Ik verwijs naar par. 2.4.

Op deze plaats wil ik een opmerking maken over het tweede onderwerp: de toepassing van het structuurregime op de SE. In de MvT bij de Uitvoeringswet en de bijlage bij de MvT wordt betrekkelijk omstandig uiteengezet dat voor de SE het structuurregime niet behoort te gelden. Dit is in zekere zin een politieke afweging, waarin ik niet zal treden.[143] Ik wil er hier slechts op wijzen dat de oprichters van de SE volgens de SE-VO het recht hebben te kiezen uit een monistisch en een dualistisch model (art. 38 lid 1 en overweging 14 van de SE-VO). Dit staat mijns inziens in de weg aan verplichte toe-

143 Het is overigens niet uitsluitend een politiek standpunt. Zie bijvoorbeeld hetgeen De Kluiver in par. 11.3 van Deel I van dit preadvies schrijft over omzetting van een structuur-NV in een SE alsmede Witteveen, Deel III, par. 9.3.1.

passing van het huidige structuurregime op de SE. Ik kwam die overweging evenwel niet tegen in de MvT en de bijlage.
Zou Nederland het structuurregime wel op de SE willen toepassen, dan is dat voor het dualistisch model zonder meer mogelijk. Dat volgt uit par. 2.3 hieronder. Zie ook de beschouwingen van Witteveen in deel III van dit preadvies. Nederland zou dan evenwel ook een monistische variant van het structuurregime moeten creëren, terwijl men zich kan afvragen of daaraan in de praktijk behoefte zal bestaan (zie par. 2.2 onder b). De huidige regeling voor de structuurvennootschap staat niet toe dat binnen dit model voor een *unitary board* wordt gekozen. Beziet men evenwel de aspecten van de structuurregeling dan wordt duidelijk dat een monistische variant daarvan zeer wel denkbaar is. Het is een voornamelijk technische exercitie waartoe de wetgever mijns inziens zeer goed in staat zou zijn, ook op korte termijn.[144]
Ik wijs er nog op dat de regelingen van vrijstellingen en het verzwakt regime onlosmakelijke zijn verbonden aan het huidige en het toekomstige structuurregime. Mijns inziens zouden afhankelijke maatschappijen van een SE waarop het gematigd structuurregime van toepassing is, zelf van toepassing daarvan vrijgesteld moeten worden. In het voorstel Uitvoeringswet (art. 23) is dat thans niet voorzien. Een dergelijke vrijstelling past in de wettelijke regeling voor grote naamloze en besloten vennootschappen. Voor zover de SE wordt geregeerd door een medezeggenschapsregime dat niet gelijk is aan maar wel vergelijkbaar is met het volledige of het verzwakte structuurregime, kan voor de afhankelijke maatschappijen van de SE een ontheffing worden verzocht op grond van art. 2:156.[145]

2.2 *De bestuursmodellen van de SE*

A. ALGEMEEN

Krachtens de SE-VO heeft een Nederlandse SE de keuze uit twee bestuursmodellen: het monistisch en het dualistisch model. In het monistisch model is er één orgaan dat de vennootschap leidt en dat wordt aangeduid als het bestuursorgaan. In het dualistisch model wordt de vennootschap door twee organen geleid, het leidinggevend orgaan en het toezichthoudend orgaan. De keuze voor één van beide modellen dient in de statuten van de SE te worden vastgelegd (art. 38 SE-VO).

---

144 Daarbij dient te worden vermeden dat zo'n *one-tier board* volledig wordt geregeerd door het medezeggenschapsregime van de art. 2:158 e.v., omdat anders zowel de uitvoerend als de niet-uitvoerend bestuurders onder het aanbevelings- en bezwaarrecht vallen. Zie in deze zin de MvT bij de Invoeringswet van de SE-RL, kamerstukken II, 29 298, nr. 3, blz. 59-60 en voorts De Kluiver, t.a.p. par. 11.6.

145 Zie ook het advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

B. MEDEZEGGENSCHAP

Ingeval werknemers bij een SE aanspraak kunnen maken op medezeggenschap in de zin van de SE-RL, zal naar verwachting voor het dualistisch model worden gekozen. De medezeggenschap kan (en: moet, zie hieronder) zich dan concentreren op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan, terwijl het leidinggevend orgaan wordt benoemd door het toezichthoudend orgaan of de algemene vergadering. In de perceptie van velen zal dit bijdragen aan de eenheid van bestuur over de SE, terwijl voldoende recht kan worden gedaan aan de positie die werknemers aan de SE-RL ontlenen.[146] De SE-VO speelt daarop in, doordat voorschriften die zijn toegesneden op de aanwezigheid van "werknemersvertegenwoordigers" in de SE (bedoeld is: functionarissen die vanwege werknemers of de werknemersvertegenwoordiging zijn benoemd[147]) soms uitsluitend gelden voor het dualistisch model.
Bij het inrichten van de medezeggenschap in de SE op grond van de SE-RL kunnen organisatiestructuren ontstaan die vreemd zijn aan het Nederlands NV-recht en die afwijken van de SE-VO.[148] Dit betekent dat dergelijke stelsels een zeer goede en ik zou menen vrijwel volledige statutaire uitwerking behoeven. In de MvT, blz. 18, wordt hierover opgemerkt: "Het Nederlandse recht kent niet een rechtstreekse benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan door werknemersvertegenwoordigers (...). In het geval een SE met statutaire zetel in Nederland zou kiezen voor toepassing van een (buitenlandse) regeling die uitgaat van een rechtstreekse benoeming, kan op grond van artikel 50 lid 1 verordening in de statuten worden voorzien in een regeling ten aanzien van quorum en besluitvorming."[149] Ook andere regelingen zullen dan aandacht behoeven. Een bijzonder punt van aandacht daarbij is de vorm en de mate van betrokkenheid van de Nederlandse rechter. Vergelijk art. 2:158 lid 12 BW zoals dat is opgenomen in het wetsvoorstel tot wijziging van de structuurregeling.[150]

---

146 Lidstaten die in hun nationale recht voorzieningen hebben getroffen voor medezeggenschap in de zin van de SE-RL, schrijven in die gevallen veelal een dualistische structuur voor waarbij de medezeggenschap betrekking heeft op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan. Voor Nederland is dat het structuurregime.

147 De SE-VO spreekt op diverse plaatsen over bestuurders en toezichthouders als "vertegenwoordigers" van aandeelhouders en werknemers. Krachtens dwingend NV-recht dienen alle bestuurders en commissarissen zonder last of ruggespraak te handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat geldt ook voor deze SE-functionarissen.

148 Zie Bijlage MvT blz. 5: "Een dergelijke regeling met betrekking tot de rol van de werknemers gaat dan voor op een bepaling van de verordening. De betreffende regeling met betrekking tot de rol van de werknemers kan ook afwijken van de voorschriften van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek."

149 Zie ook Bijlage MvT blz. 21.

150 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I, 9 september 2003, 28 179, nr. 309.

c. ORGANEN

Volgens art. 38 SE-VO heeft de SE een algemene vergadering alsmede ofwel een bestuursorgaan dan wel een leidinggevend orgaan en een toezichthoudend orgaan. Uit de tekst van de SE-VO blijkt niet of de SE ook andere organen kan hebben, al wordt wel gerefereerd aan een vergadering van houders van bijzondere soorten aandelen (art. 60 lid 2 SE-VO). Art. 2:78a noemt als mogelijk ander orgaan voor de NV een gezamenlijke vergadering van bestuur en commissarissen. De omschrijving van organen in art. 2:78a geldt uitsluitend voor bepaalde in art. 2:78a genoemde wetsbepalingen van Boek 2; voor andere aangelegenheden kunnen additionele organen worden ingesteld. Ik neem aan dat ook bij de SE een gecombineerde vergadering en eventueel andere organen kunnen voorkomen, mits de bepalingen van de SE-VO, de Uitvoeringswet en, voor zover van toepassing, het NV-recht worden gerespecteerd.

2.3 Hoofdlijnen van het dualistisch model volgens de SE-VO

A. VERDELING VAN BEVOEGDHEDEN TUSSEN HET LEIDINGGEVEND EN HET TOEZICHTHOUDEND ORGAAN

Het leidinggevend orgaan van de SE is "onder eigen verantwoordelijkheid" belast met het bestuur, aldus art. 39 lid 1 SE-VO. Bedoeld is dat het leidinggevend orgaan verantwoordelijk is voor het bestuur en dat het toezichthoudend orgaan daarop toezicht houdt en zich niet zelf met het bestuur bemoeit, aldus uitdrukkelijk art. 40 lid 1 SE-VO.[151]
De SE-VO geeft zelf niet aan wat onder bestuur en toezicht dient te worden verstaan. Ik neem aan dat terzake het nationale NV-recht van toepassing is.

[151] Een detail is dat volgens de Engelse tekst geldt dat het toezichthoudend orgaan "may not itself exercise the power to manage the SE." In de Nederlandse tekst is dit iets ruimer geformuleerd: het toezichthoudend orgaan "mag zich niet met het bestuur van de SE bemoeien". Dat is strikt genomen niet juist. Zo staat de SE-VO zelf al toe dat het toezichthoudend orgaan zich incidenteel met het bestuur van de SE bemoeit, bijvoorbeeld bij een vacature in het leidinggevend orgaan. In voorkomend geval kan een gedelegeerd toezichthouder worden aangewezen. Daarnaast kunnen bepaalde besluiten van het leidinggevend orgaan aan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan worden onderworpen. Het toezichthoudend orgaan zal zich bijvoorbeeld ook met het bestuur bemoeien als het de SE vertegenwoordigt bij tegenstrijdig belang, art. 2:146.

B. TWEE DUALE STRUCTUREN IN ÉÉN DUALISTISCH MODEL?

De SE-VO laat toe dat lidstaten voorschrijven dat één of meer leden van het leidinggevend orgaan (wederom: "onder eigen verantwoordelijkheid") belast is of zijn met de dagelijkse leiding, zulks onder dezelfde voorwaarden als gelden voor nationale NV's (art. 39 lid 1 SE-VO). Dit voorschrift komt ook voor in het monistisch model. Het heeft daar een functie om binnen één bestuursorgaan te accentueren dat sprake is van dagelijks bestuur en toezicht daarop, als dat niet reeds mogelijk is onder het recht van de lidstaten (art. 43 lid 1 SE-VO, zie par. 2.4). In het dualistisch model lijkt dit een "dubbeltje", dat mogelijk is veroorzaakt door een redactiefout. Nederland maakt van de geboden keuzevrijheid geen gebruik (MvT blz. 15 en 16).[152]

C. BENOEMING EN ONTSLAG VAN LEIDINGGEVERS

Volgens de SE-VO worden leidinggevers in beginsel benoemd door het toezichthoudend orgaan, maar kunnen lidstaten bepalen of toestaan dat in de statuten van de SE wordt geregeld dat zij worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 39 lid 2 SE-VO). In het voorstel Uitvoeringswet wordt hierbij aangesloten: de benoeming van de leden van het leidinggevend orgaan geschiedt door het toezichthoudend orgaan, tenzij de statuten van de SE deze bevoegdheid toekennen aan de algemene vergadering (art. 11 Uitvoeringswet). De SE-VO schrijft tevens voor dat benoeming en ontslag van leden van het leidinggevend orgaan, voor zover dit geschiedt door de algemene vergadering, is onderworpen aan dezelfde voorwaarden die gelden voor nationale NV's. Dientengevolge gelden krachtens de SE-VO de bepalingen van de art. 2:133 en 134 inzake onder andere bindende voordrachten en kwaliteitseisen. In het voorstel Uitvoeringswet wordt dit nog eens herhaald (art. 11 voorstel Uitvoeringswet).
Bij de onderhandelingen over de medezeggenschap van werknemers kan niet worden afgeweken van de regels die de SE-VO geeft voor benoeming van leden van het leidinggevend orgaan.[153]
Voor het monistisch model staat de SE-VO toe dat de eerste leden van het bestuursorgaan bij de akte van oprichting worden aangewezen (art. 43 SE-VO). Voor het dualistisch model is er een zelfde regel voor de eerste leden van het toezichthoudend orgaan, maar deze ontbreekt voor de eerste leden van het leidinggevend orgaan. Daarover zwijgt de SE-VO. Betekent dit dat

---

152 Zie ook Winter, De Europese Vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen, Ondernemingsrecht 2001, blz. 197. Volgens de bijlage bij de MvT (blz. 16) is hiermee tegemoet gekomen aan Zweden en Finland. Dit vraagt nadere uitleg, maar het punt is verder niet relevant voor Nederlandse SE's.

153 Zie ook Bijlage MvT blz. 20.

zij niet reeds in de akte van oprichting mogen worden aangewezen? Of geldt bij stilzwijgen van de SE-VO art. 2:132, dat voor de NV dwingend voorschrijft dat de eerste bestuurders in de oprichtingsakte moeten worden aangewezen? Het is het één of het ander. Ik heb een vermoeden waarom de SE-VO op dit punt zwijgt. Krachtens de hoofdregel van art. 39 lid 2 SE-VO worden de leden van het leidinggevend orgaan benoemd door het toezichthoudend orgaan. Deze toezichthouders kunnen in de akte van oprichting worden aangewezen en zij kunnen direct na oprichting op eenvoudige wijze de leidinggevers benoemen. Aan een nadere voorziening voor die benoeming bestaat dan misschien geen behoefte. Ziet men het benoemingsrecht van de toezichthouders als regel van goed ondernemingsbestuur, dan zou het zelfs niet aangaan dat de eerste leidinggevers door de oprichters – veelal: de aandeelhouders – worden aangewezen. Toch is de vraag hiermee niet beantwoordt. Art. 39 lid 2 SE-VO voorziet namelijk in een uitzondering op de benoemingsbevoegdheid van het toezichthoudend orgaan: een lidstaat kan bepalen of toestaan dat in de statuten van de SE wordt bepaald dat de leden van het leidinggevend orgaan worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering. Zulks dient dan te geschieden "onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied". Ik kan mij voorstellen dat de tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede betekent dat indien de algemene vergadering de leidinggevers benoemt, art. 2:132 wel op de SE van toepassing is en de eerste leidinggevers kunnen en zelfs moeten worden aangewezen in de akte van oprichting. Of dit dan ook mag of moet als de leidinggevers door het toezichthoudend orgaan worden benoemd, blijft in het midden.

De statuten van de SE dienen een termijn voor de benoeming van de leden van "de" organen te bevatten. Deze mag ten hoogste zes jaar zijn (art. 46 lid 1 SE-VO). Als de statuten geen beperkingen stellen aan herbenoeming is zulks mogelijk, eveneens volgens de statutair geldende benoemingstermijn (art. 46 lid 2 SE-VO). De bewoordingen van de SE-VO wijzen erop dat het orgaan dat benoemt geen kortere termijn aan de benoeming kan verbinden dan statutair is voorzien.[154] Kunnen de statuten van de SE zelf aangeven dat de benoemingstermijn ten hoogste zes jaren is, nader te bepalen door het benoemd orgaan? Volgens de tekst van de SE-VO ("worden benoemd voor een in de statuten bepaalde termijn") luidt het antwoord ontkennend. Dit is een weinig flexibele regeling.

Over de bezoldiging van leidinggevers laat de SE-VO zich niet uit. Deze geschiedt overeenkomstig art. 2:135.

---

[154] Zo wordt de bepaling ook gelezen door de Britse DTI, t.a.p. blz. 27.

De SE-VO geeft geen regels voor het ontslag van leidinggevers. Dit betekent dat terzake de regels voor de NV gelden.

D. Benoeming en ontslag van toezichthouders

Toezichthouders worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, terwijl de eersten in de statuten (dat wil zeggen: de akte van oprichting, art. 6 SE-VO) kunnen worden aangewezen (art. 40 lid 2 SE-VO). Dit geldt onverminderd de SE-RL, waardoor resultaat van onderhandelingen kan zijn dat een alternatief systeem voor de benoeming wordt overeengekomen.[155]
Krachtens art. 47 lid 4 SE-VO gelden voor de SE ook eventuele nationale bepalingen op grond waarvan een minderheid van de aandeelhouders of eventueel andere personen of instanties een deel van de leden van het bestuurs- of toezichthoudend orgaan mogen benoemen. Dergelijke regels kennen wij uitsluitend voor de raad van commissarissen. Eén op de drie commissarissen mag door derden worden benoemd (art. 2:143). Deze faciliteit wordt derhalve ook aan de SE geboden.
Volgens de SE-VO mag in het dualistisch model niemand lid zijn van zowel het leidinggevend als het toezichthoudend orgaan (art. 39 lid 3 SE-VO).
Zie voor benoemingstermijnen hierboven onder c. De bezoldiging van toezichthouders geschiedt volgens art. 2:145.
De SE-VO geeft geen bijzondere regels voor het ontslag van leden van het toezichthoudend orgaan. Dit betekent dat terzake de regels voor de NV gelden.

E. Vacature in het leidinggevend orgaan

De SE-VO voorziet in een uitzondering op de regel dat toezichthouders geen bestuurstaken mogen vervullen, waar zij toestaat dat het toezichthoudend orgaan bij een vacature in het leidinggevend orgaan één van zijn leden kan aanwijzen om de functie van uitvoerend bestuurder te vervullen (art. 39 lid 3 SE-VO). Uit de tekst van deze bepaling leid ik af dat niet meer dan één toezichthouder als zodanig mag worden aangewezen. Ik weet niet of dat ook werkelijk is bedoeld.
De mogelijkheid van tijdelijke vervanging bestaat bij "een vacature", dus ook als er nog andere leidinggevers in functie zijn. Is dàt bedoeld?
De formulering van art. 39 lid 3 SE-VO sluit aan bij art. 2:134 lid 4, maar laatstgenoemde bepaling is ruimer. Deze schrijft – dwingend – voor dat in de statuten van een NV een regeling moet worden getroffen voor alle geval-

155 Bijlage MvT blz. 20. Zie hierboven par. 2.2 onder b.

len van belet of ontstentenis, niet alleen bij vacatures. Ik neem aan dat voor zover het gaat om een "vacature", de regeling van art. 2:134 lid 4 niet van toepassing is – art. 9 SE-VO – maar dat de bepaling voor het overige wel geldt. Helemaal duidelijk is dat niet. Beoogt art. 39 lid 3 SE-VO wel exclusief te werken? Art. 12 voorstel Uitvoeringswet verklaart art. 2:134 lid 4 uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing op de SE, maar dit wordt uitsluitend gemotiveerd met de opmerking dat op deze wijze wordt geregeld dat de vervanging een voorlopige voorziening is en dus niet te lang mag duren (MvT p. 17). De SE-VO zelf stelt geen grens aan de duur van de vervangingsperiode.
Zolang de toezichthouder bestuurt, is zijn functie als toezichthouder geschorst.[156] Indien er geen andere toezichthouder is, zal de SE zonder toezicht zijn. Dat is beter dan het alternatief, te weten dat er tijdelijk geen bestuur is.

F. INFORMATIEVERSCHAFFING

Het is opvallend dat de SE-VO regels geeft voor de stroom van informatie aan het toezichthoudend orgaan (art. 41 SE-VO). Deze regels lijken misschien niet veel toe te voegen aan die welke reeds gelden voor Nederlandse NV's. Zo bepaalt art. 2:141: "Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens". In de praktijk zal de regeling van de SE-VO met name bij kleinere vennootschappen echter wel tot extra inspanningen kunnen leiden.
Zo dient het leidinggevend orgaan tenminste eens per kwartaal aan het toezichthoudend orgaan verslag uit te brengen over de aan de SE verbonden onderneming. Dit verslag betreft de gang van zaken en de te verwachten ontwikkelingen. Voorts dienen tijdig alle inlichtingen te worden verstrekt over aangelegenheden die belangrijke gevolgen voor de SE "kunnen hebben".[157] Voor toezichthouders is deze informatieverstrekking om twee redenen van belang. In de eerste plaats stelt zij hen in staat naar behoren invulling te geven aan hun taken en verantwoordelijkheden. In de tweede plaats beschermt zij de toezichthouder, omdat de verplichting tot informatieverschaffing op het leidinggevend orgaan rust en daarmee op de SE. Als de vennootschap deze verplichting niet nakomt kan de toezichthouder zijn functie mogelijk niet naar behoren uitoefenen. De vennootschap heeft dan in zoverre geen claim op de toezichthouder, behoudens het hierna volgende.

---

[156] Volgens de Nederlandse tekst van de SE-VO mag de toezichthouder zijn functie niet uitoefenen, waarmee zal zijn bedoeld dat hij geen rechten aan zijn toezichthouderschap kan ontlenen.

[157] Nota bene. De Engelse tekst spreekt over "likely to have", hetgeen een strengere maatstaf impliceert dan "kunnen hebben".

Het toezichthoudend orgaan dient ook zelf initiatieven te nemen om de voor hem relevante gegevens te verkrijgen. Hij kan aan het leidinggevend orgaan alle gegevens vragen die nodig zijn voor de uitvoering van zijn taak, voor zover in de SE-VO is omschreven. Het bestuur van een Nederlandse NV is gehouden de raad van commissarissen alle gegevens te verstrekken die het nodig heeft voor de uitoefening van zijn taken, ongeacht of deze op de wet of de statuten zijn gebaseerd. Ik neem aan dat deze regel in feite ook geldt voor de SE.
Individuele toezichthouders hebben in beginsel geen recht op informatie, maar lidstaten kunnen dit wel voorschrijven. Nederland maakt van deze mogelijkheid geen gebruik. Ook individuele commissarissen hebben in Nederland geen recht op inlichtingen van het bestuur van de vennootschap: inzage wordt verkregen via de raad van commissarissen. Aldus de MvT, blz. 18: "Elke commissaris dient te beschikken over de gegevens die hij nodig acht ter verkrijging van dat [voor een goede taakvervulling noodzakelijke] inzicht. Voor de goede uitoefening van de toezichthoudende taak behoort de raad van commissarissen tegemoet te komen aan redelijke wensen van (individuele) commissarissen om bepaalde aanvullende informatie te verkrijgen van het bestuur." In de Nederlandse Corporate Governance Code lezen wij evenwel (*best practice* bepaling III.1.9): "De raad van commissarissen en de commissarissen afzonderlijk hebben een eigen verantwoordelijkheid om van het bestuur en de externe accountant alle informatie te verlangen die de raad van commissarissen behoeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen."
Individuele commissarissen hebben recht op inzage van alle informatie die aan het toezichthoudend orgaan is verstrekt (art. 41 lid 5 SE-VO).
Het toezichthoudend orgaan kan tevens de voor het uitoefenen van zijn taak noodzakelijke verificaties verrichten of laten verrichten (art. 41 lid 4 SE-VO).

2.4 Hoofdlijnen van het monistisch model volgens de SE-VO

A. INLEIDING

Het bestuur over de SE met een monistisch regime wordt gevoerd door het bestuursorgaan. Lidstaten kunnen voorschrijven dat één of meer leden van het bestuursorgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding van de SE, onder dezelfde voorwaarden als geleden voor nationale NV's. Het voorstel Uitvoeringswet maakt van deze optie geen gebruik. Ik bespreek dit onder b en c; onder d, e en f ga ik in op enkele regels van de SE-VO die specifiek voor het monistisch bestuursmodel gelden.
Om de keuze tussen het monistisch en het dualistisch model te waarborgen, bevat de SE-VO aanwijzingen. Overweging 14 van de SE-VO houdt de vol-

gende opdracht in aan de lidstaten: "De SE moet in staat worden gesteld een efficiënt bestuur te voeren, waarbij echter tevens een deugdelijk toezicht gewaarborgd moet zijn. Er moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat thans in de Gemeenschap twee verschillende systemen bestaan inzake de organisatie van het bestuur van naamloze vennootschappen. De respectieve taken van de met het bestuur belaste personen en van de met het toezicht belaste personen dienen duidelijk afgebakend te worden, waarbij de SE echter de keuze heeft uit beide systemen."
Lidstaten dienen hun nationale recht zonodig aan de twee bestuursmodellen aan te passen.[158] Nederland kiest er (voorshands) voor geen bijzondere regeling voor de SE op te nemen en valt voor de SE terug op de NV-regeling. Daarmee verklaart de Nederlandse wetgever dat in Nederland een NV met een *one-tier board* kan worden toegerust, alsmede dat binnen dit bestuur: (a) de respectieve taken van de met het bestuur belaste personen en de met het toezicht belaste personen duidelijk afgebakend kunnen worden en (b) een efficiënt bestuur kan worden gevoerd waarbij tevens een deugdelijk toezicht gewaarborgd kan zijn. Dit is naar mijn mening juist. Ik bespreek dit standpunt hieronder onder b.
Art. 43 lid 1 SE-VO biedt lidstaten wel de ruimte om nadere regels te geven voor *one-tier boards*: "(...) Een lidstaat kan voorschrijven dat een lid of leden van het bestuursorgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op het grondgebied van die lidstaat." Deze bepaling wijst erop dat áls een lidstaat dergelijke regels voor de SE invoert, deze ook voor nationale NV's moeten gelden. Art. 43 lid 4 SE-VO stelt evenwel: "Wanneer er in een lidstaat niet voorzien is in een monistisch stelsel voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel op zijn grondgebied, kan die lidstaat passende maatregelen met betrekking tot SE's vaststellen." Het is hiermee onduidelijk of lidstaten uitsluitend regels voor de SE mogen vaststellen of dat deze regels ook voor nationale NV's moeten gelden. De MvT gaat uit van de laatstgenoemde opvatting (MvT blz. 19 en Bijlage MvT blz. 29). De vraag of Nederland passende maatregelen zou moeten treffen, hoewel niet strikt noodzakelijk, bespreek ik onder c.

[158] Zie overweging 22 van de SE-VO.

B. De one-tier board in het Nederlands NV-recht

b.1 Inleiding

De vraag of het monistisch model aanpassing van het Nederlandse recht behoeft opdat Nederland kan voldoen aan de overwegingen en de bepalingen van de SE-VO wordt in het voorstel Uitvoeringswet dus ontkennend beantwoord. De Raad van State heeft hierover positief geadviseerd en voor zover ik heb kunnen nagaan sluit het wetsvoorstel op dit punt aan bij het advies van de Commissie Vennootschapsrecht. Blijkbaar zijn allen de mening toegedaan dat de SE – en daarmee de Nederlandse NV – in staat is een efficiënt bestuur te voeren met deugdelijk toezicht, waarbij de taken van de met het bestuur[159] belaste personen en de met het toezicht belaste personen duidelijk kunnen worden afgebakend, ook als wordt gekozen voor het monistisch bestuursmodel. Wij vinden deze opvatting ook in de Nederlandse Corporate Governance Code die binnenkort door de wetgever in Boek 2 zal worden verankerd.[160] Ik zal hieronder uiteenzetten waarom ik deze mening onderschrijf. Ik bespreek eerst wat een *one-tier board* is (par. b.2). Vervolgens sta ik stil bij verschillen tussen het monistisch en het dualistisch model (par. b.3), bij de positie van commissarissen in het dualistisch model (par. b.4) en bij de wijze waarop een monistisch model kan worden vormgegeven (par. b.5). Ik beëindig deze verhandeling met een bespreking van de aansprakelijkheid van bestuurders in het monistisch model (par. b.6) en het belang van de kenbaarheid van de bestuurstructuur voor derden (par. b.7).

b.2 Het monistisch bestuursmodel

In een monistisch bestuursmodel vormen de uitvoerende en de niet-uitvoerende functionarissen van de vennootschap één orgaan: het bestuur. Elk van hen is bestuurder. Als zodanig is elk van hen verantwoordelijk voor de uitoefening van de bestuurstaak, zij het met in acht neming van de onderlinge taakverdeling. Deze taakverdeling houdt in dat de uitvoerend bestuurders zich belasten met het dagelijks bestuur en dat de niet-uitvoerend bestuurders daarop toezien.[161]

---

159 Overweging 14 van de SE-VO spreekt niet over het "dagelijks bestuur" en het toezicht daarop maar over "het bestuur" en het toezicht daarop.

160 Nederlandse Corporate Governance Code, Principe III.8.

161 De MvT, blz. 3 drukt hetzelfde uit, zij het in voorzichtiger bewoordingen: "Alle leden van het bestuursorgaan zijn verantwoordelijk voor het bestuur van de vennootschap. In de praktijk wordt bij de toepassing van het monistische stelsel veelal wel een taakverdeling gemaakt tussen de verschillende leden van het bestuursorgaan. Een aantal leden van het bestuursorgaan kan in het bijzonder verantwoordelijk zijn voor het uitvoerend (dagelijks) bestuur, terwijl andere leden ten aanzien van het uitvoerend bestuur een meer toezichthoudende rol vervullen."

Geen van de bestuurders wordt uitgesloten van de besluitvorming in het bestuur. Elke bestuurder is betrokken bij het vaststellen van het beleid en de algemene gang van zaken van de vennootschap.
In de MvT wordt dit laatste, mijns inziens ten onrechte, in twijfel getrokken. Ik lees op blz. 18-19: "Op grond van artikel 43 lid 1 verordening kan worden bewerkstelligd dat de verantwoordelijkheid voor het uitvoerend (dagelijks) bestuur niet rust op de «non-executive» leden van het bestuursorgaan. Bij toepassing van deze optie lijken de «executive» leden niet verantwoordelijk voor de langetermijnstrategie. Een en ander is noch ten aanzien van de «non-executive» leden noch ten aanzien van de «executive» leden van het bestuursorgaan een wenselijk resultaat." Ik onderschrijf dat dit geen wenselijk resultaat zou zijn, maar meen tevens dat de zorg die hier wordt geuit ongegrond is. Het is niet zo dat de uitvoerende bestuurders in een *one-tier board* niet mede bevoegd en mede verantwoordelijk zijn voor de lange termijn strategie.
Het dagelijks bestuur van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en) berust bij een bepaalde groep van bestuurders: de uitvoerend bestuurders. Zij handelen als zodanig onder de (eind-)verantwoordelijkheid van het bestuur als geheel. De niet-uitvoerende bestuurders zijn niet belast met het dagelijks bestuur. Zij zien erop toe dat het dagelijks bestuur naar behoren wordt gevoerd. Als zodanig is de positie van de niet-uitvoerende bestuurders vergelijkbaar met die van commissarissen in een dualistisch model.
De niet-uitvoerend bestuurders dienen zich te richten naar de belangen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat richtsnoer geldt ook voor de uitvoerend bestuurders. Dit is niet anders in een dualistisch model. Ook daar zijn zowel de bestuurders als de commissarissen gehouden zich te richten naar de belangen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
De hierboven geschetste taakverdeling tussen de uitvoerend en de niet-uitvoerend bestuurders kan worden neergelegd in de statuten of reglementen van de vennootschap maar bijvoorbeeld ook berusten op een besluit van het daartoe bevoegd orgaan.[162]
Ik maak een algemene opmerking over de reikwijdte van de taakverdeling en hoe ver deze kan gaan. In de Nederlandse Corporate Governance Code wordt gesproken over "niet voor delegatie [aan de uitvoerend bestuurders] vatbare bestuurstaken".[163] De termen delegatie en taakverdeling worden daar op één lijn gesteld. Buiten twijfel is dat het dagelijks bestuur onderwerp van taakverdeling kan zijn. Mijns inziens zijn evenwel ook andere taakver-

[162] Zie bijvoorbeeld ook Van Schilfgaarde-Winter, Van de BV en de NV, 13e druk, Kluwer, Deventer 2003, blz. 140-141.
[163] Nederlandse Corporate Governance Code, preambule par. 10.

delingen tussen individuele uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders denkbaar en goed werkbaar, en vaak zelfs gewenst om tot een goed bestuur en toezicht te komen. Ik noemde het bestaan van een audit commissie, een beloningencommissie en een benoemingencommissie. Denk voorts aan de financieel bestuurder, de personeelsdirecteur en de *chief executive* en *chief operating officers*. In zijn algemeenheid zou ik menen dat het Nederlandse recht zich op dit punt in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld: de mogelijkheden voor taakverdeling nemen toe. Deze ontwikkeling zal verder doorzetten. Naar geldend recht bestaat mijns inziens ruimte voor een verdergaande taakverdeling dan vroeger werd aangenomen.[164]

b.3 Verschillen tussen het monistisch en het dualistisch bestuursmodel

Er zijn verschillen tussen het monistisch en het dualistisch bestuursmodel. Het meest in het oog springend verschil is dat bestuur en toezicht in een monistisch model, anders dan in het dualistisch model, in één orgaan zijn samengebracht. De verschillen tussen beide modellen worden evenwel kleiner door ontwikkelingen in het dualistisch bestuursmodel.
Van enige afstand bezien wordt vaak opgemerkt dat de "echte" verschillen tussen beide modellen zich toespitsen op de informatieverschaffing en de onafhankelijkheid van de toezichthouders.[164a] Daarbij wordt wel gesteld dat in een monistisch model de informatieverschaffing aan de toezichthoudende functie beter is verzorgd omdat niet-uitvoerend bestuurders eerder en vollediger zouden worden geïnformeerd dan commissarissen in een dualistisch model. De niet-uitvoerend bestuurders ontvangen immers de informatie die aan het bestuursorgaan wordt gezonden gelijk met de uitvoerend bestuurders. Daartegenover zou staan dat de onafhankelijkheid van de niet-uitvoerend bestuurders minder groot is dan die van commissarissen, omdat de niet-uitvoerend bestuurders tezamen met de uitvoerend bestuurders aan de bestuurstafel zitten.
Bij nadere beschouwing ligt het beeld aanmerkelijk genuanceerder. Wil een raad van commissarissen naar behoren kunnen functioneren, dan zullen zijn leden goed en voldoende tijdig geïnformeerd moeten worden over hetgeen er met en binnen de vennootschap en de onderneming gebeurt. Goede informatieverschaffing is de basis voor betrokken commissarissen en betere informatieverschaffing, zoals voorgestaan door de Nederlandse Corporate Governance Code, vergroot de betrokkenheid.[165] Tegenover deze betere informatieverschaffing staat dat de vennootschap van de commissaris mag

---

164 Zie voor commissarissen HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam), r.o. 3.5.

164a Zie onder andere Lutter, Comparative Corporate Governance: A German Perspective, International and Comparative Corporate Law Journal 2002, 243 en Davies, Board Structure in the UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?, idem, 2000, 435.

165 Zie onder andere *best practice* bepaling III.1.9.

verwachten dat hij handelt als de aan hem verschafte informatie daartoe aanleiding geeft. Er is sprake van een actief commissariaat.
Wij zien dit ook weerspiegeld in andere bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance Code dan die over informatieverschaffing. De Code verwacht van commissarissen dat zij, onder andere via de audit, de benoemings- en de beloningencommissie, dichter betrokken zijn bij de vennootschap en het beleid van vennootschap dan laat ik zeggen de "klassieke" commissaris vroeger was. Deze keek van enige afstand naar de vennootschap en haar onderneming en hield dienovereenkomstig toezicht op afstand. Naarmate commissarissen intensiever – en daardoor: beter – toezicht houden op het bestuur, komen bestuurders en commissarissen elkaar nader te staan. Dit behoeft er geenszins toe te leiden dat commissarissen minder onafhankelijk worden. Onafhankelijkheid wordt gewaarborgd door het feit dat de commissaris geen zwaarwegende conflicterende belangen en bijzondere verbindingen met de vennootschap hebben, en mijns inziens vooral door professioneel en integer gedrag. Een grote mate van transparantie draagt daaraan bij. Op dezelfde wijze als commissarissen onafhankelijk kunnen zijn, kunnen ook niet-uitvoerend bestuurders in een monistische structuur hun taak onafhankelijk vervullen. Ik noem de zogenaamde *independent non executive director*.

b.4 De taken en bevoegdheden van commissarissen in het dualistisch model

Het verschil tussen de positie van de commissaris en de niet-uitvoerend bestuurder wordt verder verkleind als wij ons realiseren dat de commissaristaak met grote regelmaat van commissarissen verlangt dat zij mee-(be)sturen. Dit volgt uit de wet en de statuten van de vennootschap. Ik noem:

(i) Het houden van toezicht en het geven van advies. Art. 2:140 schrijft commissarissen voor dat zij toezicht dienen te houden op het bestuur en dat zij het bestuur met raad terzijde dienen te staan. Strikt genomen staan toezicht en advies op gespannen voet met elkaar omdat de commissaris toe dient te zien op zijn eigen advisering. In de praktijk is naar mijn mening van een werkelijke tegenstelling geen sprake. De commissaris ziet toe op de wijze waarop het door hem gegeven advies al dan niet wordt uitgevoerd. In wezen zijn advies en toezicht bij commissarissen een twee-eenheid. Advisering kan evenwel inhouden dat de commissaris initieert en aldus mede invulling geeft aan het beleid van de vennootschap;

(ii) Vervullen van de bestuurstaak bij belet en ontstentenis. Ingevolge art. 2:134 lid 4 dienen de statuten van de NV een voorziening te bevatten voor de wijze waarop in het bestuur wordt voorzien bij belet of ont-

stentenis van bestuurders. Vaak wordt in statuten geregeld dat in voorkomend geval commissarissen met het bestuur zijn belast. Onder de oude Departementale Richtlijnen (par. 14) was dit zelfs verplicht voor de structuurvennootschap. Commissarissen verrichten in dergelijke gevallen daden van bestuur. Sterker nog, op basis van wet en statuten voorzien zij in de gehele bestuurstaak;

(iii) De gedelegeerd commissaris. Een minder vergaande maar wel enigszins vergelijkbare positie neemt de zogenaamd gedelegeerd commissaris in, al behoort hij de bestuurstaak niet waar te nemen. Soms evenwel zien wij dat een vennootschap geen bestuurders meer heeft en uitsluitend of voornamelijk door de gedelegeerd commissaris wordt geleid, hetgeen in veel van die gevallen beter is dan het alternatief, te weten dat aandeelhouders en werknemers moeten toezien hoe de vennootschap tijdelijk zonder leiding zit;

(iv) Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang. Art. 2:146 wijst commissarissen aan als degenen die de vennootschap vertegenwoordigen als er een tegenstrijdig belang is met een bestuurder (behoudens andersluidende aanwijzing door de algemene vergadering van aandeelhouders). Duidelijk is dat commissarissen in dat geval niet uitsluitend de vennootschap vertegenwoordigen, maar zich ook met de besluitvorming inlaten althans daarbij zeer nauw betrokken zijn. Minst genomen keuren de commissarissen de desbetreffende transactie goed. Dat is in de kern een daad van bestuur;

(v) Naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code. De principes en *best practice* bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance Code zullen bij vennootschappen die nog niet voldoen aan bijvoorbeeld de regels voor audit-, benoemingen en beloningencommissies een nauwere samenwerking teweegbrengen tussen bestuur en toezicht. Er vindt zelfs een zekere verwevenheid tussen beiden plaats als alle bepalingen worden nageleefd. Ik noem als voorbeeld de bepalingen over het toezicht op de interne accountant (*best practice* bepaling III.5.4) en het aanstellen van accountants en het beoordelen van hun functioneren (principe V.2). Ook buitenlandse wetgeving, zoals de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act, draagt aan dit beeld bij. Zie ook art. 2:393 lid 2, dat de raad van commissarissen onder omstandigheden bevoegd verklaard de accountant opdracht te verlenen alsmede om een door het bestuur verleende opdracht in te trekken;

(vi) Goedkeuren van bestuursbesluiten. Krachtens art. 2:164 behoeft het bestuur van een structuurvennootschap de goedkeuring van de raad van commissarissen voor de in dit artikel genoemde belangrijke bestuursbeslissingen. Al deze besluiten behoren in beginsel tot de bestuurstaak. De lijst blijft gehandhaafd onder het thans aanhangig

zijnde wetsvoorstel tot herziening van het structuurregime.[166] Wij vinden soortgelijke opsommingen in de statuten van niet-structuurvennootschappen. Het goedkeuren van een bestuursbesluit is een actief handelen gericht op het teweegbrengen van een bestuurshandeling. Strikt genomen is dat geen daad van toezicht; het is iets anders dan het niet-uitoefenen van een vetorecht. De commissaris die een handeling goedkeurt dient zich terdege te (laten) informeren over de inhoud en de mogelijke gevolgen van de goed te keuren handeling. Onder omstandigheden zal hij zich moeten verdiepen in de beschikbare alternatieven ter bereiking van het beoogde doel. De commissaris stuurt mee;

(vii) Ondertekenen van de jaarrekening. Art. 2:101 lid 2 schrijft dit voor. Hiermee nemen commissarissen een mede-verantwoordelijkheid voor de financiële verslaglegging over het gevoerde bestuur.[167] De commissaris dient er tevens op toe te zien dat er een jaarrekening komt en zonodig actief in te grijpen om het daartoe te leiden;[168]

(viii) Schorsing van bestuurders, als daartoe aanleiding bestaat en de statuten niet anders bepalen (art. 2:147 lid 1);

(ix) Bijeenroeping van de algemene vergadering, als daartoe aanleiding bestaat (art. 2:109) en het verschaffen van inlichtingen aan de vergadering (art. 2:107 lid 1);

(x) Goedkeuren en mede-ondertekenen van fusie- en splitsingvoorstellen (art. 2: 312 en 2:334f).

Zo bezien staan bestuurders en commissarissen bij veel belangrijke handelingen van en voor de vennootschap aan *dezelfde* tafel. Niet-uitvoerend bestuurders, die niet zijn belast met de dagelijkse leiding van de vennootschap en haar onderneming, zullen daarbij veelal geen wezenlijk andere positie innemen dan commissarissen. In de praktijk zullen commissarissen en niet-uitvoerend bestuurders vaak op vergelijkbare wijze functioneren.

---

166 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I, 9 september 2003, 28 179, nr. 309.

167 Zie Asser-Maeijer 2III, De naamloze en de besloten vennootschap, 2e druk, Kluwer, Deventer 2000, nr. 341.

168 HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam): "Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat commissarissen niet zelf gehouden zijn de in art. 2:248 lid 2 bedoelde verplichtingen tot boekhouden en openbaar maken van de jaarrekening na te leven, ook niet als het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet, maar dat het wèl hun taak is op de nakoming door het bestuur van die verplichtingen toezicht te houden. Daartoe zullen zij zich door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen. (...). Opmerking verdient nog dat, zo het Hof zou hebben geoordeeld dat het bijeenroepen van een algemene vergadering en het daar uiten van zorgen over de financiële en administratieve situatie op zichzelf reeds een voldoende taakuitoefening opleverden, het zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd."

Bij het voorgaande moet nog worden bedacht dat de inhoud van de bestuurs- en toezichthoudende taak verschilt naar gelang de aard, de activiteiten en de omvang van de onderneming. Het bestuur van een holdingmaatschappij van een beursgenoteerd concern heeft een andere positie dan het bestuur van een enkelvoudige besloten familievennootschap. De toezichthoudende taken bij beide rechtspersonen verschillen dienovereenkomstig. Naarmate de bestuurstaak in zichzelf een enigszins toezichthoudend karakter draagt, in ieder geval voor wat betreft de onderneming van de vennootschap (en haar groep), groeit ook zij toe naar de commissaristaak. Zo zien wij dat bij grote vennootschappen bestuur en toezicht naar elkaar toe groeien.

b.5 Nadere vormgeving van een monistisch bestuursmodel

Het monistisch bestuursmodel kan op verschillende wijzen worden vormgegeven. Het Nederlands vennootschapsrecht biedt op dit punt flexibiliteit. De taakverdeling tussen de uitvoerend en de niet-uitvoerend bestuurders kan worden gebaseerd op de statuten van de vennootschap, zij kan worden vastgelegd in een reglement of zijn neergelegd in een besluit van het daartoe bevoegde orgaan.
Wordt gekozen voor een schriftelijke regeling, dan zal deze vaak inhouden dat de vennootschap wordt bestuurd door het bestuur, dat dit bestuur bestaat uit uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders en dat de uitvoerend bestuurders zijn belast met de dagelijkse leiding van de vennootschap.
Het verschil tussen de uitvoerend en de niet-uitvoerend bestuurders kan verder worden geaccentueerd. Zo kan, in de systematiek van het Nederlands recht, bij het benoemen van bestuurders aan aandeelhouders en derden kenbaar worden gemaakt of de te benoemen kandidaten als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurders zullen fungeren. Zij kunnen als zodanig door de algemene vergadering worden benoemd. Daarmee wordt dan bereikt dat het uiteindelijk de aandeelhouders van de vennootschap zijn die bestuurders hun specifieke taakopdracht als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder meegeven. Overigens kan, als uitvloeisel van de onderhandelingen met de werknemersvertegenwoordiging volgens de SE-RL, in de statuten van een SE worden vastgelegd dat de uitvoerend bestuurders worden benoemd door de niet-uitvoerend bestuurders. Alsdan wordt het mandaat van de uitvoerend bestuurders door de niet-uitvoerend bestuurders bepaald.
In de statuten zou kunnen worden bepaald dat uitsluitend natuurlijke personen niet-uitvoerend bestuurder kunnen zijn, zoals dat ook geldt voor commissarissen.
De beloning van niet-uitvoerend bestuurders kan worden geregeld op een wijze gelijk aan of vergelijkbaar met die van commissarissen (zie hieronder par. 2.4 onder d).

Aan niet-uitvoerend bestuurders kan vertegenwoordigingsbevoegdheid worden onthouden. Ook andere bepalingen zijn denkbaar.[169] Zie ook hieronder onder c.

b.6 Aansprakelijkheid van bestuurders in het monistisch model

De taakverdeling tussen de uitvoerend en de niet-uitvoerend bestuurders heeft ook gevolgen voor hun persoonlijke aansprakelijkheid. Ingevolge art. 2:9 is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een "behoorlijke vervulling *van de hem opgedragen taak*". Komt de bestuurder deze verplicht niet na, dan kan dit leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid.[170]
De bestuurder is in beginsel ook aansprakelijk voor fouten van medebestuurders, mits deze zich voordoen op het terrein van zijn taakopdracht. Ook dat volgt uit art. 2:9: "*Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort*, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden."
In de literatuur heeft deze bepaling aanleiding gegeven tot een levendig debat, onder andere tussen Van Schilfgaarde en Maeijer. Dit debat spitst zich toe op de twee cursief weergegeven zinsneden en komt er kort gezegd op neer dat Van Schilfgaarde en anderen de opvatting verdedigen die ook in deze bijdrage is neergelegd en die mijns inziens nu ook uit de Uitvoeringswet volgt[170a], terwijl Maeijer en enkele anderen daar anders over denken.[171]

---

169 Dortmond besteedt aandacht aan de vraag of binnen het monistisch bestuursmodel de ene groep van bestuurders instructies aan de andere groep van bestuurders kan verlenen (De one-tier board in een Nederlandse vennootschap, in: Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 40, Kluwer, Deventer 2003, blz. 121). Deze vraag is naar mijn gevoel niet in het bijzonder aan dit onderwerp verknocht. Ook commissarissen zullen veelal niet de bevoegdheid hebben aan het bestuur instructies te geven. Van art. 2:129 lid 4 wordt zelden gebruik gemaakt in de relatie raad van commissarissen en bestuur. Dit is in elk geval zo bij vennootschappen die niet zijn onderworpen aan het structuurregime.

170 Zie voor de andersluidende regeling van 2:138 leden 2 en 3: HR 23 november 2001, NJ 2002, 95 (Vlimeta).

170a Zie a. en b.1 hierboven.

171 Voor de eerstgenoemde opvatting verwijs ik kortheidshalve naar Van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 3, Kluwer, Deventer 1986 alsmede losbladige Rechtspersonen, art. 9 en de verwijzingen aldaar. Voor de andere opvatting zie onder andere Asser-Maeijer 2III, t.a.p. nr. 321; Dortmond, Misbruik van rechtspersonen, in: Piercing Van Schilfgaarde, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen deel 9, Kluwer, Deventer 1990, blz. 13 e.v. en De werkkring van Van Schilfgaarde en het monisme, in: A-T-D, Kluwer, Deventer 2000, blz. 67 e.v. Dortmond is inmiddels omgegaan, zie: De one-tier board in een Nederlandse vennootschap, t.a.p. blz. 111. Zie voor een nader overzicht: Strik, Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: You cannot have your cake and eat it, Ondernemingsrecht 2003, blz. 367 e.v.

Uit de tekst van art. 2:9 volgt duidelijk dat als een bepaalde aangelegenheid niet behoort tot de taakopdracht van de bestuurder, de bestuurder niet aansprakelijk is voor eventuele schade die voortvloeit uit een onjuiste taakuitoefening van een andere bestuurder die de fout heeft gemaakt of tot wiens taakopdracht de aangelegenheid wel behoorde. Het artikel veronderstelt dat taakverdeling is toegestaan. In voorkomend geval behoeft de bestuurder het tweeledig bewijs van de tenzij-regel van art. 2:9 (de zogenaamde disculpatie mogelijkheid) niet te leveren: hij behoeft en kan zich niet disculperen van een aansprakelijkheid die niet op hem rust. Wel zal de bestuurder, daartoe in rechte aangesproken, dienen aan te geven dat de aangelegenheid terzake waarvan hem onbehoorlijk bestuur wordt verweten, niet tot zijn werkkring behoorde.
Is de bestuurder op de hoogte van aankomend of plaatsvindend foutief handelen van een andere bestuurder, dan dient hij zich in te spannen om dit handelen te stoppen of de gevolgen ervan zoveel als mogelijk af te wenden. Dat geldt ook als de betreffende aangelegenheid niet tot zijn taakopdracht en werkkring behoorde, omdat het voortvloeit uit de zorgplicht die op elke bestuurder rust. In zoverre is dit een onderdeel van ieders taak en houdt elke bestuurder toezicht op de taakuitoefening van de andere bestuurders. Dit is voor een commissaris overigens niet anders. Wie als functionaris van de vennootschap ziet dat de vennootschap op een blinde muur af dendert, zal naar vermogen moeten handelen om de botsing te voorkomen. Dat behoeft geen uitleg.
Wij vinden deze lijn van taakverdeling en aansprakelijkheid terug in rechtspraak van de Hoge Raad, waarmee naar mijn mening een eind is gekomen aan het debat over de juiste uitleg van art. 2:9. In HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven) overweegt de Hoge Raad over de aansprakelijkheid van een bestuurder op de voet van art. 2:9, dat daarvoor is vereist dat aan de bestuurder een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle *omstandigheden van het geval*. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer:

(i) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
(ii) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
(iii) *de taakverdeling binnen het bestuur*;
(iv) *de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen*;
(v) *de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen*;
(vi) alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Het gaat hier om de vraag naar aansprakelijkheid, niet om de mogelijkheid van disculpatie van een in beginsel bestaande aansprakelijkheid.
Maeijer en enkele anderen stellen de tekst van art. 2:9 en de uitspraak van de Hoge Raad inzake Staleman/Van de Ven terzijde.[172] Volgens Maeijer is bij de NV en de BV de bestuurstaak opgedragen aan alle bestuurders gezamenlijk. Daardoor zou geen taakverdeling kunnen worden gemaakt. In deze lezing heeft de Hoge Raad zich verschreven in Staleman/Van de Ven, althans heeft de Hoge Raad een inhoudloze rechtsoverweging gegeven. Zulks dan, ondanks dat ten tijde van het wijzen van het arrest al vele jaren werd gediscussieerd over de juiste uitleg van art. 2:9, waaronder door Maeijer zelf. Aangenomen moet worden dat de Hoge Raad zich terdege van die discussie bewust is geweest. Zijn uitspraak moet dan ook met inachtneming van deze discussie worden uitgelegd.
De taakverdeling waar de Hoge Raad en art. 2:9 naar verwijzen zijn volgens Maeijer overigens wel van belang bij de individuele disculpatie. Of Maeijer's zienswijze uiteindelijk tot andere resultaten leidt dan die van de wetgever en de Hoge Raad, is daarom zeker niet gezegd. Zij vergt wel, althans voor de bestuurder die in rechte wordt aangesproken, een andere wijze van procederen.
De maatstaf die de Hoge Raad aanlegt, en met name de cursief weergegeven overwegingen, leggen een goede basis voor een aansprakelijkheidsregime dat aansluit op de taakverdeling in een monistisch bestuursmodel. In wezen komt deze erop neer dat:

(i) voor elke bestuurder wordt aangenomen dat hij het inzicht en de zorgvuldigheid meebrengt welke mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en dat hij deze taak met nauwgezetheid vervult;
(ii) bij het vaststellen van aansprakelijkheid rekening moet worden gehouden met de positie waarin de individuele bestuurder zich bevindt: zijn taakopdracht en de taakverdeling binnen het bestuur,[173] de regels die voor het bestuur gelden (de Hoge Raad spreekt over "richtlijnen", waaronder mijns inziens worden begrepen de statuten en reglementen van de vennootschap en aanwijzingen van daartoe bevoegde organen) en de informatie waarover de bestuurder beschikt;

---

172 Zie bijvoorbeeld Asser-Maeijer 2III, t.a.p. nr. 321.
173 Zie voor de taakverdeling tussen commissarissen HR 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam), r.o. 3.5. De Hoge Raad laat de ruimte om deze taakverdeling te baseren op bijvoorbeeld de statuten, een reglement of een besluit van het daartoe bevoegde orgaan.

(iii) de bestuurder is evenwel pas aansprakelijk als hem ten aanzien van zijn gedrag een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bestuurders zijn derhalve niet licht aansprakelijk.[174]

Bij toepassing van art. 2:138, aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement, leidt taakverdeling wel tot een mogelijkheid van disculpatie, zulks op de voet van lid 3 van dit artikel.

b.7 Kenbaarheid van de bestuursstructuur voor derden

Waar het bij aansprakelijkheid van bestuurders ook omgaat, is wat aandeelhouders en derden zoals crediteuren van een bestuurder mogen verwachten. Daartoe kunnen de monistische elementen van de bestuurstructuur worden vastgelegd in de statuten of reglementen van de vennootschap, maar bijvoorbeeld ook worden openbaar gemaakt via het jaarverslag of vergelijkbare documentatie. Ook anderen dan de vennootschap weten dan wat zij in redelijkheid van de betrokkene mogen verwachten.

C. WETTELIJKE INVULLING VAN DE ONE-TIER BOARD

De conclusie uit het voorgaande is dat het voor een Nederlandse NV goed mogelijk is een monistisch bestuursmodel te hanteren en dat daarin kan worden voldaan aan overweging 14 van de SE-VO. Dit geldt dan ook voor de Nederlandse SE. De volgende vraag is of de wetgever er niet toch verstandig aan zou doen dit in de wet vast te leggen en nader te codificeren.
In de MvT wordt hierover het volgende opgemerkt: "Gelijk het bepaalde in artikel 39 verordening bij toepassing van het dualistisch stelsel, kan bij toepassing van het monistisch stelsel worden bepaald dat een of meer leden van het bestuursorgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met het uitvoerend bestuur (dagelijkse leiding), onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor N.V.'s met statutaire zetel in Nederland (artikel 43 verordening). Op grond van artikel 43 lid 1 verordening kan worden bewerkstelligd dat de verantwoordelijkheid voor het uitvoerend (dagelijks) bestuur niet rust op de «non-executive» leden van het bestuursorgaan. Bij toepassing van deze optie lijken de «executive» leden niet verantwoordelijk voor de langetermijnstrategie. Een en ander is noch ten aanzien van de «non-executive» leden noch ten aanzien van de «executive» leden van het bestuursorgaan een wenselijk resultaat. Voorgesteld wordt daarom van deze mogelijkheid geen gebruik te maken, hetgeen aansluit bij het advies van de Commissie ven-

174 Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijskuniversiteit Groningen, deel 29, Kluwer, Deventer 1998, blz. 68 e.v.

nootschapsrecht. Overigens kan uitsluitend van de optie gebruik worden gemaakt wanneer een vergelijkbaar systeem wordt aangeboden aan de N.V. (lid 1). Dat is niet het geval. Voor een aanpassing van boek 2 BW op dit punt bestaat thans ook onvoldoende aanleiding."

Deze redenering is niet concludent. In een *one-tier board* zijn alle bestuurders bevoegd en verantwoordelijk ten aanzien van de langetermijnstrategie. Waarom dit anders lijkt te zijn zie ik niet. Die schijn kan dan ook niet de reden zijn de *one-tier board* niet verder in de wet te regelen, ook niet als de Minister zelf al betwijfelt of (en in wezen ontkent dat) de schijn werkelijkheid is. Wil hij de ongewenste schijn voorkomen (bij wie dan ook), dan ligt het in de rede juist wel met een wettelijke regeling te komen.[174a]

Als er een wettelijke regeling komt, ligt het voor de hand dat deze ook voor NV's en BV's geldt. Dat brengt de systematiek van ons vennootschapsrecht met zich.[174b]

Ondanks zijn duidelijk Nederlandse trekken is de Nederlandse SE bedoeld als Europese rechtsfiguur. Nederland heeft er een zeker belang bij een interessant vestigingsland voor SE's te zijn of worden. Ik beschik niet over cijfers maar verwacht dat er wereldwijd meer vennootschappen zijn met een monistisch dan met een dualistisch bestuursmodel. In Europa is de verhouding minder goed te schatten, maar er zijn minst genomen zéér veel vennootschappen met een *unitary board*. Het voorziet in een grote behoefte.[175] Deze behoefte kan zich bij de SE in het bijzonder doen voelen als een SE met een *one-tier board* zijn zetel verplaatst naar een land waar vennootschappen van origine met een *two-tier board* zijn uitgerust.[176]

Ter bevordering van ons vestigingsklimaat en ter verdere codificering van het monistisch bestuursmodel, zou de wetgever bijvoorbeeld in de wet kunnen opnemen:

"In het bestuur van de vennootschap kan een taakverdeling worden gemaakt tussen uitvoerend bestuurders en niet-uitvoerend bestuurders. De uitvoerend bestuurders zijn onder eigen verantwoordelijkheid belast met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De niet-uitvoerend bestuurders vervullen terzake de dagelijkse leiding van de

---

[174a] Rickford (ed.), The European Company, Intersentia, Oxford 2003, blz. 25, leest de SE-VO zo dat bijvoorbeeld Duitsland regels voor de *one-tier board* moet opnemen zodanig dat verschillen tussen bestuur en toezicht daarbinnen overeenkomen met die in het Duitse *two-tier* model. Zie ook Hopt, blz. 52-53 van dezelfde bundel.

[174b] Vergelijk weer Rickford, t.a.p., blz. 25, die spreekt van "a major step in company law harmonisation across Europe by a side wind".

[175] Zie ik het goed, dan naderen de twee systemen elkaar. In rechtsstelsels met een *one-tier* systeem is er een beweging de *unitary board* enigszins te scheiden door het belang van zogenaamde *independent non-executives* te benadrukken; in landen met *two-tier* systemen daarentegen groeien de bestuurs- en de toezichthoudende taken naar elkaar toe.

[176] Zie ook De Kluiver, t.a.p. par. 7.

vennootschap en de met haar verbonden onderneming een toezichthoudende taak."

Daarnaast zouden, desgewenst, andere bepalingen in de wet kunnen worden opgenomen, zoals bijvoorbeeld terzake:

(i) Het vereiste dat niet-uitvoerend bestuurders natuurlijke personen moeten zijn;
(ii) De regel dat de vennootschap niet wordt vertegenwoordigd door niet-uitvoerend bestuurders, behalve in specifieke gevallen zoals bij tegenstrijdig belang;
(iii) Regels voor de bezoldiging van niet-uitvoerend bestuurders;
(iv) Andere bepalingen over het commissariaat die nu voorkomen in Boek 2 (vgl. hierboven onder b.4).

In zijn algemeenheid zou ik overigens menen dat de wetgever op dit punt zoveel mogelijk flexibiliteit moet bieden.

D. Benoeming en ontslag van bestuurders

De benoeming van alle bestuurders, zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende, is overgelaten aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit alles wederom onverminderd de regeling van de SE-RL, waarmee het onderhandelingspartijen vrijstaat een alternatief systeem voor benoeming van bestuurders overeen te komen. De SE-VO maakt daarbij geen onderscheid tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders. Zo kan worden overeengekomen dat de uitvoerend bestuurders worden benoemd door de niet-uitvoerend bestuurders.
De eerste bestuurders kunnen in de akte van oprichting worden aangewezen (art. 43 lid 3 SE-VO).
Omdat bestuurders in Nederland niet door derden kunnen worden benoemd, is de regeling van art. 47 lid 4 SE-VO terzake door lidstaten voor NV's toegelaten benoemingen door derden niet relevant. Zie voor de benoemingstermijn hierboven par. 2.3 onder c.
De bezoldiging van de bestuurders wordt geregeld in art. 2:135. Krachtens art. 2:135, zoals dit komt te luiden na invoering van de wet tot wijziging van het structuurregime,[177] wordt het bezoldigingsbeleid vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders en kan in de statuten worden bepaald dat de beloning van individuele bestuurders wordt vastgesteld door bijvoorbeeld het bestuur. De beloning van commissarissen zal evenwel moeten worden vastgesteld door de algemene vergadering zelf (voorgesteld art.

177 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I, 9 september 2003, 28 179, nr. 309.

2:145). In een monistisch bestuursmodel zou ervoor kunnen worden gekozen de bezoldiging van de niet-uitvoerend bestuurders te regelen zoals die van commissarissen. Dat kan door dit in de staten te bepalen, maar bijvoorbeeld ook door de exacte bezoldiging van niet-uitvoerend bestuurders vast te leggen in het bezoldigingsbeleid zoals dat ter vaststelling aan de algemene vergadering wordt voorgelegd.
De SE-VO geeft geen regels voor het ontslag van bestuurders, hetgeen betekent dat terzake de regels voor de NV gelden.
Zie voor het aantal leden van het bestuursorgaan hieronder par. 2.7.

E. VERGADERFREQUENTIE

Voor het monistisch model schrijft de SE-VO voor dat het bestuursorgaan ten minste eens per kwartaal bijeen dient te komen ter bespreking van de gang van zaken en de verwachte ontwikkelingen bij de SE (art. 44 lid 1 SE-VO). Hiermee wordt beoogd de niet-uitvoerend bestuurders periodiek van deze ontwikkelingen op de hoogte te laten brengen. De SE-VO bevat vergelijkbare regels voor het dualistisch model, maar deze zijn geformuleerd als verplichtingen tot informatieverschaffing (zie hierboven par. 2.3 onder f). Het zou wellicht voor de hand hebben gelegen ook voor het monistisch model te bepalen dat alle informatie over aangelegenheden die belangrijke gevolgen voor de SE kunnen hebben aan de niet-uitvoerend bestuurders moeten worden meegedeeld. Dat doet de SE-VO niet. Blijkbaar gaat men ervan uit dat dergelijke informatie sowieso aan het bestuursorgaan en daarmee aan al zijn leden beschikbaar wordt gesteld. Die verwachting lijkt mij realistisch.
De frequentie van de vergaderingen van het bestuursorgaan dient in de statuten van de SE te worden vastgelegd. Dat is een ongelukkig voorschrift. Het is verstandig de vergaderfrequentie zodanig te formuleren dat toch enig maatwerk mogelijk is, en dat niet reeds sprake is van handelen in strijd met de statuten als een vergadering onverhoopt zou moeten worden verzet.

F. INFORMATIEVERSCHAFFING

Elk lid van het bestuursorgaan kan kennis nemen van alle informatie die aan dit orgaan is verstrekt (art. 44 lid 2 SE-VO). De SE-VO geeft niet aan in welke gevallen inlichtingen "aan het bestuursorgaan" zijn of worden verstrekt. De meest relevante inlichtingen zullen in de praktijk zijn inlichtingen uit de onderneming, van stafafdelingen en adviseurs. In welke gevallen dergelijke inlichtingen, die bijvoorbeeld aan commissies, de voorzitter, de *chief executive* of de financieel directeur worden gezonden, dienen te worden beschouwd als mededelingen aan "het orgaan" hoeft niet altijd duidelijk te zijn. Niet alle informatie die aan de genoemde commissies en personen

wordt verstrekt moet mijns inziens geacht worden aan het orgaan te zijn gericht, en daarom voor alle bestuurders toegankelijk te zijn. Denk aan vertrouwelijke inlichtingen die door een auditcommissie of een benoemingscommissie worden verkregen. Bedoeld zal zijn dat in elk geval inzage moet worden verleend in informatie die noodzakelijk is voor een goede taakuitoefening door de betrokken bestuurder. Dat spreekt voor zich.

2.5 *Bijzondere besluiten en goedkeuring daarvan*

Art. 48 lid 1 SE-VO schrijft voor dat in de statuten van de SE de categorieën handelingen worden genoemd waarvoor in het dualistisch model het leidinggevend orgaan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan behoeft en waarvoor in het monistisch model het bestuursorgaan een uitdrukkelijk besluit moet nemen.
Voor het dualistisch model kan ik deze bepaling nog wel plaatsen. Zij lijkt ertoe te strekken dat als er dergelijke handelingen zijn, deze in de statuten moeten worden neergelegd.[178] Is in deze zienswijze sprake van een vormvereiste, en zo ja, waartoe leidt overtreding van deze bepaling dan? Ik lees hierover niets in de MvT en de bijlage daarbij waarin de Verordening enigszins wordt uitgelegd.
Voor het monistisch model begrijp ik de bepaling minder goed. Boek 2 staat vol handelingen die een bestuursbesluit vereisen. Ik kan mij niet voorstellen dat bedoeld is dat al deze handelingen in de statuten van een SE moeten worden genoemd. Dat lijkt weinig flexibel en zonder veel nut. De kans dat een handeling wordt vergeten is reëel. Overtreding van de bepaling zou ook geen gevolg hebben, omdat de SE-VO de SE-VO is en de wet de wet.
Lidstaten kunnen bepalen welke categorieën handelingen ten minste moeten worden vermeld in de statuten van de SE (art. 48 lid 2 SE-VO). Van die mogelijkheid maakt Nederland geen gebruik; ook de regeling voor de NV kent dergelijke voorschriften niet, behoudens de structuurregeling (art. 2:164; MvT blz. 6). Deze benadering past in het beleid de inrichting van de SE zoveel mogelijk over te laten aan de oprichters.
De SE-VO staat nog toe dat lidstaten zelf voor het dualistisch model voorschrijven dat het toezichthoudend orgaan bepaalde categorieën bestuurshandelingen aan zijn goedkeuring mag onderwerpen. Nederland ziet ook daarvan af, om te verhinderen dat het toezichthoudend orgaan zelf zijn bevoegdheden zou kunnen vermeerderen zonder dat daarvoor een statutaire grondslag bestaat. Dit lijkt mij een goede keuze. De MvT lijkt te suggereren dat dit doel voor de SE wel kan worden bereikt, door in de statuten te bepalen dat het toezichthoudend orgaan de bevoegdheid heeft bestuurshandelingen aan zijn goedkeuring te onderwerpen (MvT, blz. 6). Boek 2 BW laat zulks

178 Zie ook MvT blz. 5 en bijlage MvT blz. 30.

toe voor de NV, omdat "bij of krachtens" de statuten van een NV bepaalde bestuursbesluiten kunnen worden onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap (art. 2:129 lid 3). De statuten moeten daarvoor dan wel een grondslag bieden. Ik vermoed dat art. 2:129 lid 3 gewoon voor de SE geldt, maar weet niet zeker of art. 9 SE-VO daaraan in de weg staat. Naar mijn mening zou dit uit de Uitvoeringswet zelf moeten blijken. Een uitdrukkelijke toelichting in de MvT zou ook kunnen helpen.
Met het voorschrift dat in het monistisch model een uitdrukkelijk besluit van het bestuursorgaan is vereist, wordt bereikt dat de genoemde handelingen niet tot stand kunnen komen zonder dat de niet-uitvoerend bestuurders daarover hebben kunnen meebeslissen. Of zij de genoemde handelingen kunnen verhinderen hangt af van het relatieve aantal niet-uitvoerend bestuurders en de regels voor de besluitvorming in het bestuursorgaan. Eenzelfde resultaat als de SE-VO beoogt, zou kunnen worden bereikt door ervoor te zorgen dat de meerderheid van de leden van het bestuursorgaan niet-uitvoerend zijn en/of door bepaalde belangrijke bestuursbesluiten afhankelijk te maken van quorum- of meerderheideisen. Ook dan hebben de niet-uitvoerend bestuurders een vetorecht.

2.6 *Besluitvorming in de organen van de SE*

Tenzij de SE-VO of de statuten van de SE anders bepalen, geldt voor het nemen van besluiten in de organen van de SE een quorumeis van ten minste de helft van de leden van het desbetreffende orgaan. Besluitvorming geschiedt bij volstrekte meerderheid van stemmen (art. 50 SE-VO). De SE-VO geeft nadere regels voor de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders, en schrijft voor dat haar besluiten in beginsel met meerderheid van stemmen worden genomen. Het is voor mij niet duidelijk of dit betekent dat de quorumeis van art. 50 SE-VO voor de algemene vergadering geldt of niet. Ik besprak dit reeds in par. 1.2 onder a.
De SE-VO lijkt op dit punt geen ruimte te laten voor toepassing van nationaal NV-recht. Zo stelt art. 50 lid 3 SE-VO dat (uitsluitend) als de medezeggenschap van werknemers is geregeld overeenkomstig de SE-RL, een lidstaat kan bepalen dat voor het quorum, de besluitvorming en de regels voor het staken van stemmen in het toezichthoudend orgaan – niet ook in het bestuursorgaan – de regels gelden die gelden voor nationale NV's.[179] Blijkbaar is die bepaling nodig omdat het NV-recht zonder deze voorziening

[179] Omdat het Nederlands NV-recht geen rechtstreeks benoemingsrecht toekent aan werknemers is van deze optie geen gebruik gemaakt; wordt dit wel in de statuten van de SE vastgelegd als codificatie van het resultaat van de SE-RL-onderhandelingen, dan zal in de statuten van de SE de gewenste regeling kunnen worden getroffen op basis van art. 50 lid 1 en lid 2. Zie MvT blz. 18.

geen status zou hebben op het punt van de besluitvorming. Dat zou betekenen dat art. 50 een zekere exclusieve werking heeft.
Bezien wij dit nader. De SE-VO onderscheidt niet tussen besluitvorming in en buiten vergadering. Daarmee wijkt zij niet wezenlijk af van de Nederlandse NV-wet, die ook geen regels stelt aan de besluitvorming in het bestuur en de raad van commissarissen. Voor de NV was dit niet zo erg. De inmiddels vervallen Departementale Richtlijnen schreven voor dat bij besluitvorming buiten vergadering in een meerhoofdig orgaan elk lid aan de besluitvorming moest kunnen deelnemen en dat ofwel de algemene stemmen (van alle leden) waren vereist dan wel dat alle leden in de gelegenheid moesten worden gesteld zich uit te spreken (Dep. Rtln. par. 8). Deze regel is bij de afschaffing van het departementale toezicht niet in de wet opgenomen, maar werd en wordt wel gezien als regel van dwingend ongeschreven NV-recht. Ik verwijs naar HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller), waarin de Hoge Raad aan nadere invulling gaf aan het orgaanbegrip en de invulling daarvan bij de besluitvorming.[180] Begrijp ik de SE-VO goed, dan is het maar de vraag of deze regel van ongeschreven, dwingend NV-recht op de SE van toepassing is. Dit hangt ervan af of de regels van de SE-VO zowel de besluitvorming in als buiten vergadering beheersen. Zou de SE-VO beide onderwerpen bestrijken, dan is voor aanvullende werking van het NV-recht geen ruimte. Dit zou betekenen dat in de statuten van de SE zelf de nodige waarborgen moeten worden getroffen voor een goede besluitvorming in het bestuur van de SE, met name als deze buiten vergadering plaatsvindt. Dat zal niet altijd gebeuren. Wat dan geldt, is moelijk te bepalen. Misschien is het wachten op een Wijsmuller-uitspraak van het Hof van Justitie.[180a]
Art. 2:129 lid 2 voorziet erin dat binnen het bestuur van een NV aan met naam of functie aangeduide bestuurders meer dan één stem kan worden toegekend en dat geen bestuurder meer stemmen kan uitbrengen dan de anderen gezamenlijk. Het is wederom een vraag van uitleg van de SE-VO of deze bepaling ook voor de SE geldt. Ik zou menen van wel, omdat de SE het stemrecht van de leden van de bestuurs- en het toezichthoudend orgaan niet regelt.
Bij staking van de stemmen is de stem van de voorzitter van het orgaan doorslaggevend, aldus art. 50 lid 2 SE-VO. De statuten van de SE kunnen een andere regeling geven. De SE-VO verbiedt niet dat een beslissende stem toekomt aan iemand die geen lid van het orgaan is, zoals een (specifieke) aandeelhouder. De regel is evenwel dwingend recht voor het toezichthoudend orgaan als dit voor de helft uit "werknemersvertegenwoordigers" bestaat.

---

180 Zie uitgebreid Dumoulin, t.a.p. blz. 241 e.v.
180a Het Duitse Diskussionsentwurf, t.a.p., blz. 208, par. 41.2 gaat ervan uit dat de nationale wetgever bijzondere bepalingen voor besluitvorming buiten vergadering in het bestuursorgaan kan opnemen.

Wij vinden deze beperking niet voor het bestuursorgaan, hoewel ook dit voor de helft uit "werknemersvertegenwoordigers" zou kunnen bestaan. Bij gebreke van enige nadere uitleg neem ik aan dat zij in het monistisch model ontbreekt omdat een dergelijke paritaire samenstelling aldaar niet realistisch wordt geacht (zie hierboven par. 2.2 onder b.).

2.7 Omvang van de organen

De statuten van de SE dienen een regeling te bevatten voor het aantal leden van het leidinggevend orgaan, het toezichthoudend orgaan en het bestuursorgaan, of voor de bepaling daarvan. Lidstaten kunnen minima en maxima voorschrijven. Voor bestuursorganen geldt een minimum van drie indien de medezeggenschap van werknemers is geregeld volgens de SE-RL. Over het toezichthoudend orgaan stelt de SE-VO dat lidstaten het exacte aantal toezichthouders kunnen voorschrijven (art. 39 lid 4 en 40 lid 3 SE-VO). Nederland maakt van de geboden opties maar beperkt gebruik. Krachtens het wetsvoorstel Uitvoeringswet dient het bestuursorgaan uit ten minste drie personen te bestaan (art. 13 voorstel Uitvoeringswet). De MvT, blz. 19, merkt hierover op: "Omdat in het monistisch stelsel een separaat toezichthoudend orgaan ontbreekt, zou het niet voorschrijven van een minimumaantal bestuursleden ertoe kunnen leiden dat het bestuursorgaan uit slechts één persoon bestaat. Van een waarborg voor een deugdelijk toezicht op (de leden van) het bestuursorgaan is dan geen sprake (vgl. overweging 14). (...) Een aantal van ten minste drie leden biedt voorts de mogelijkheid van een taakverdeling binnen het bestuursorgaan." Ook hier zien wij terug dat in een Nederlandse *one-tier* of *unitary board*, bestuur en toezicht goed samen kunnen gaan in één orgaan, met een dienovereenkomstige taakverdeling.
Bedenk dat ook bij een dochter-SE zonder toezichthoudend orgaan niet slechts één of twee bestuurders zullen kunnen worden benoemd. Dit standpunt van de Minister verdient daarom mijns inziens heroverweging, al zie ik dat de SE-VO hier weinig ruimte laat. Is een uitzondering mogelijk voor SE's met één aandeelhouder?
Voor de andere organen geldt dat het benoemend orgaan van een Nederlandse SE in beginsel bevoegd is te bepalen hoeveel leden deze organen kennen. Daarmee is gegeven dat Nederlandse SE's een regeling hebben voor de bepaling van het aantal bestuurders en toezichthouders. In de statuten van een SE kunnen nadere voorzieningen worden getroffen, zoals dat ook kan bij NV's.

2.8 Beperkingen in de benoembaarheid en kwaliteitseisen

Bij SE's kunnen ook "vennootschappen of andere juridische lichamen" worden benoemd tot lid van het leidinggevend en het bestuursorgaan, maar niet

van het toezichthoudend orgaan (art. 47 lid 1 SE-VO jo art. 2:140 lid 1). De Engelse tekst spreekt over "a company or other legal entity". Duidelijk is dat het moet gaan om een rechtspersoon: zo wordt de term ook uitgelegd in de MvT, blz. 19.
Voor niet-uitvoerend bestuurders staat rechtspersoonlijkheid op gespannen voet met art. 2:140 lid 1, dat verplicht dat toezichthouders zoals Engelsen dat noemen *warm bodies* moeten zijn. Dat dergelijke bestuurders een toezichthoudende functie vervullen volgt uit overweging 14 van de SE-VO (zie hierboven par. 2.4). Voor Nederland wordt voorgesteld te bepalen dat niet-uitvoerend leden van het bestuursorgaan natuurlijke personen moeten zijn (art. 14 voorstel Uitvoeringswet). Ook deze bepaling laat zien dat Nederland een sterke parallellie ziet tussen niet-uitvoerend bestuurders en commissarissen.
Een lid-rechtspersoon dient voor de uitoefening van zijn bevoegdheden in het betrokken orgaan een natuurlijk persoon als vertegenwoordiger aan te wijzen. De SE-VO schrijft niet voor dat het om een permanent vertegenwoordiger moet gaan. Denkbaar is dat er een permanent vertegenwoordiger is maar dat voor een bijzondere vergadering een andere vertegenwoordiger wordt aangewezen.
De SE-VO spreekt over "organen" van de SE. De SE-VO gebruikt dat begrip op een wijze waarbij soms wel en soms niet mede aan de algemene vergadering lijkt te zijn gedacht. Zie hierboven par. 1.2 onder a. Volgens de MvT geldt deze bepaling ook voor aandeelhouders (bijlage MvT, blz. 19).[180b] Ik kan niet goed overzien wat dit betekent voor het geval een SE ontstaat uit een fusie van verschillende NV-typen met aandeelhouders-rechtspersonen, terwijl de statuten van de (nieuwe) SE niet voorzien in de voor deze aandeelhouders noodzakelijke statutaire grondslag. Wordt men wel aandeelhouders van de nieuwe vennootschap? Is de fusie ongeldig? Als de fusie geacht moet worden rechtsgeldig te zijn zou ik menen dat het gebrek wordt geheeld door de statuten van de SE te wijzigen (art. 3:58).
Zij die op enig moment ingevolge de Nederlandse wet of een Nederlandse administratieve of rechterlijke beslissing geen lid zouden kunnen zijn van een bestuurs- of toezichthoudend orgaan van een NV, kunnen ook geen lid zijn van het dienovereenkomstige orgaan van een Nederlandse SE en ook niet worden aangewezen als vertegenwoordiger van een vennootschap of ander lichaam dat lid is van een orgaan van een Nederlandse SE. Dit volgt uit art. 9 jo art. 47 van de SE-VO. Art. 47 SE-VO zorgt er verder voor dat een persoon die in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk of een andere lidstaat door een administratieve of een rechterlijke beslissing als bestuurder is

180b De DTI lijkt van mening dat de regeling uitsluitend geldt voor bestuurders, t.a.p., blz. 29.

gediskwalificeerd, niet tot bestuurder van een Nederlandse SE kan worden benoemd.[181]
In de statuten van Nederlandse SE's kunnen, overeenkomstig de wetgeving voor Nederlandse NV's, bijzondere voorwaarden worden gesteld aan de benoembaarheid van de leden van de genoemde organen "die de aandeelhouders vertegenwoordigen" (art. 47 lid 3 SE-VO). Het gaat hier om kwaliteitseisen die zijn toegestaan voor bestuurders en commissarissen, waarbij ook de wettelijke doorbraakregeling van de art. 2:132 lid 2 en art. 2:142 lid 1 zal gelden.

2.9 Voorzitterschap

De leden van het toezichthoudend orgaan in het dualistisch model en de leden van het bestuursorgaan in het monistisch model dienen uit hun midden een voorzitter te kiezen. Deze is onder andere bevoegd te beslissen bij het staken van de stemmen. In beginsel kan elk lid voorzitter zijn. Dit is anders als de helft van de bestuurders c.q. toezichthouders door werknemers wordt benoemd. Dan kan alleen een persoon die door de algemene vergadering van aandeelhouders is benoemd als voorzitter optreden (zie art. 42 SE-VO).[182] De SE-VO geeft geen voorschriften over het voorzitterschap van het leidinggevend orgaan.

2.10 Vertrouwelijkheid

De SE-VO (art. 49) bepaalt dat de leden van de organen van de SE geheimhouding dienen te betrachten over de te hunner beschikking staande inlichtingen ("information") over de SE, als openbaarmaking de belangen van de vennootschap zou kunnen schaden. Er is een uitzondering voor gevallen waarin openbaarmaking krachtens de bepalingen van het nationale NV-recht of om redenen van algemeen belang verplicht of toegestaan is. De verplichting tot geheimhouding blijft bestaan na ontslag of aftreden. Zie ik het goed, dan wijkt deze regel niet af van thans geldend Nederlands recht, zij het dat de vertrouwelijkheid ook in acht moet worden genomen als openbaarmaking niet tot schade kan leiden. Zie voor de vraag of onder "organen van de SE" hier ook de algemene vergadering van aandeelhouders is bedoeld hierboven par 1.2 onder a. Ik zou menen dat dit niet het geval is. Voor hen geldt in beginsel de norm van art. 2:8.

---

[181] Zie ook het Duitse DTI, t.a.p. blz. 29.

[182] Leest men nauwkeurig, dan is onduidelijk of deze restrictie geldt als feitelijk de helft van de leden door of vanwege werknemers is benoemd of als werknemers het recht hebben op benoeming van de helft (ongeacht het feitelijk aantal in functie zijnde toezichthouders).

2.11 Aansprakelijkheid

De SE-VO geeft in art. 51 een regel voor de interne aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend orgaan en het toezichthoudend orgaan en verwijst daarvoor naar de regels voor nationale NV's. Bij ons is dat art. 2:9. Ik verwijs naar par. 2.4 onder b.6 hierboven.
Voor de externe aansprakelijkheid geeft de SE-VO geen regels. Dit betekent dat veelal de regels voor de NV zullen gelden, zoals de art. 2:138 en 149 bij faillissement van de SE en de art. 2:139 en 150 bij misleidende jaarrekeningen. Deze zijn direct op de SE van toepassing, aldus ook de bijlage bij de MvT, blz. 39.

2.12 Conclusie

Nederland heeft ervoor gekozen de SE zo geruisloos mogelijk in het Nederlandse recht op te nemen. Het voorstel Uitvoeringswet bevat weinig nieuw recht en incorporeert de SE op vrij soepele wijze. Ik denk dat dit over het algemeen een verstandige keuze is: zowel met het oog op de verplicht snelle invoering van de SE alsook met het oog op een hopelijk spoedige en stelselmatige herziening van het Nederlandse recht voor kapitaalvennootschappen. In de Uitvoeringswet of de MvT daarbij zou evenwel meer aandacht kunnen, en eigenlijk moeten worden besteed aan de vraag welke regels van – veelal: dwingend – NV-recht op de SE van toepassing zijn. Zo kan veel rechtsonzekerheid worden vermeden.
In de SE-VO en het voorstel Uitvoeringswet zijn geen regels opgenomen die ik zou willen aanduiden als typische corporate governance-bepalingen. Ik denk aan voorschriften voor audits, beloningen en benoemingscommissies, onafhankelijkheid van toezichthouders en niet-uitvoerend bestuurders en tegenstrijdig belang. Dat is ook niet nodig omdat voor de Nederlandse SE de Nederlandse Corporate Governance Code zal gelden en ook niet gewenst omdat dergelijke onderwerpen door zelfregulering kunnen worden bepaald.
Ook voor de inpassing van het monistisch bestuursmodel neemt de wetgever zich thans voor nagenoeg geen bijzondere bepalingen in Boek 2 op te nemen. Ik heb betoogd dat zulks ook niet noodzakelijk is, omdat reeds naar geldend recht op verantwoorde wijze een Nederlandse NV met een *one-tier board* kan worden toegerust. Dat wil evenwel niet zeggen dat de Nederlandse wetgever het monistisch model niet verder zou kunnen vormgeven. Dat is zelfs mogelijk zonder veel ingrijpende wetswijzigingen, welke dan voor alle NV's zouden kunnen gelden. Er zijn goede argumenten om deze regels nu in de wet op te nemen.
De wetgever stelt voor het structuurregime niet op de SE toe te passen. Zou de wetgever hier uiteindelijk anders over gaan denken, dan zouden er aanvullende regels moeten komen voor een monistisch structuurmodel. Dat

vraagt geen ingrijpende wetswijzigingen. Het is een voornamelijk technische exercitie. De medezeggenschap zou niet verder moeten gaan dan de niet-uitvoerend leden van het bestuursorgaan. In de praktijk zal vermoedelijk niet veel vraag bestaan naar structuurvennootschappen volgens monistisch model. Mijns inziens behoren afhankelijke maatschappijen van een SE waarop het gematigd structuurregime van toepassing is, zelf van toepassing van dit regime te worden vrijgesteld. Voor zover de SE wordt geregeerd door een medezeggenschapsregime dat niet gelijk is aan maar wel vergelijkbaar met het volledige of het verzwakte structuurregime, zou voor afhankelijke maatschappijen een ontheffing kunnen worden verzocht en naar ik zou menen moeten worden verleend.

3. Aandeelhouders en algemene vergadering van aandeelhouders van de SE

3.1 Inleiding

Voor de positie van aandeelhouders en de algemene vergadering van aandeelhouders verwijst de SE-VO, evenals dat bij bestuur en toezicht het geval is, voor het grootste deel naar het nationale NV-recht. Hieronder wordt aandacht besteed aan onderwerpen die wel door de SE-VO en het voorstel Uitvoeringswet worden bestreken. Het gaat om de regeling van het kapitaal en het vermogen (par. 3.2) en bepaalde regels voor de besluitvorming in de algemene vergadering (par. 3.3). Ook daarbij valt soms op dat onduidelijk is door welke regels de SE wordt geregeerd. Ik sluit af met een nawoord (par. 3.4).

3.2 Aandelen en vermogen van de SE

De instandhouding en wijziging van het kapitaal van de SE alsmede de aandelen, obligaties en daarmee gelijk te stellen effecten worden beheerst door het nationale NV-recht (art. 5 SE-VO). Het gaat onder meer om de art. 2:67 (aandelen), 2:79-92a (afdeling 2 van Titel IV), 93a-94b (inbreng) en 95-100 (vermeerdering en vermindering van het geplaatst kapitaal).[183] De Nederlandse regels voor certificering van aandelen gelden ook voor de SE (art. 9 SE-VO). Zie voor de gevolgen van zetelverplaatsingen vanuit en naar Nederland De Kluiver in deel I van dit preadvies.
Het kapitaal van een Nederlandse SE luidt in euro en het geplaatst kapitaal bedraagt ten minste EUR 120 000 (art. 4 SE-VO). Bij een Nederlandse SE dient ten minste 25% van het geplaatst kapitaal op de aandelen te worden gestort, met een minimum van EUR 45 000 (art. 2:67).

[183] Zie ook Van Olffen, De Europese NV; kapitaal- en aandelenstructuur, Ondernemingsrecht 2001, blz. 194.

Voor de uitgifte en levering van aandelen van de SE gelden de art. 2:86-86c. De overdraagbaarheid van de aandelen kan in de statuten worden beperkt, art. 2:87. Voor de aandeelhouders van de SE kunnen overdrachtsverplichtingen en kwaliteitseisen gelden (art. 2:87a en 87b). Op de aandelen van de SE kunnen beperkte rechten worden gevestigd, waarbij de regels van de art. 2:88-89a gelden. De uitgifte van aandelen en de inkoop en intrekking daarvan worden geregeld door de art. 2:95-100.
Krachtens art. 9 SE-VO kan een Nederlandse SE een beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal zijn (art. 2:76a).

3.3 De algemene vergadering van aandeelhouders van de SE

De regels die de SE-VO geeft voor de algemene vergadering van aandeelhouders van de SE wijken niet wezenlijk af van die voor NV's.

A. Bevoegdheden

Volgens art. 52 SE-VO heeft de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheden die haar worden toegekend in:

(i) de SE-VO;
(ii) de Uitvoeringswet;
(iii) de regeling van de NV;
(iv) de statuten van de SE, voor zover de wettelijke regeling van de NV dit toestaat.

Dit betekent bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan en het leidinggevend orgaan van de SE aan de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen dienen te verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de SE zich daartegen verzet (art. 2:107 lid 2). Voor de oproeping van aandeelhouders en de plaats van de vergadering gelden de artikelen 2:113-116. Stem- en vergaderrecht wordt verleend op basis van de art. 2:117 en 118.

B. Organisatie van en gang van zaken rondom de aandeelhoudersvergadering

Behoudens voor zover de SE-VO anders bepaalt, worden de organisatie en het verloop van de aandeelhoudersvergadering, waaronder de stemprocedure, beheerst door de regels die gelden voor NV's, aldus art. 53 SE-VO. De SE-VO schrijft voor dat de aandeelhoudersvergadering ten minste eenmaal per jaar dient bijeen te komen, uiterlijk zes maanden na afsluiting van het boekjaar. Voor zover echter in een lidstaat een hogere frequentie wordt voorgeschreven voor NV's die dezelfde soort werkzaamheden uitoefenen als de

SE, geldt deze hogere frequentie (art. 54 SE-VO). Reeds uit hoofde van de hoofdregel van art. 9 SE-VO geldt voor de SE de regeling van de verliesvergadering van art. 2:108a.
Na oprichting van de SE mag de eerste aandeelhoudersvergadering binnen 18 maanden plaatsvinden. Dit is een praktische regeling die de mogelijkheid schept dat een SE die gedurende het boekjaar wordt opgericht in veel gevallen een heel boekjaar kan volmaken voordat een aandeelhoudersvergadering behoeft te worden gehouden. Nederland maakt van deze optie gebruik (art. 15 voorstel Uitvoeringswet, MvT blz. 20).

c. Bijeenroeping van de aandeelhoudersvergadering

De bevoegdheid tot bijeenroeping van de aandeelhoudersvergadering berust bij het leidinggevend orgaan, het toezichthoudend orgaan en het bestuursorgaan. Dit stemt overeen met art. 2:109 voor de NV. Daarnaast zijn tot bijeenroeping bevoegd zij die krachtens de regeling voor de NV tot bijeenroeping bevoegd zijn (art. 54 lid 2 SE-VO). Daarom kan in de statuten van de SE bijeenroepingbevoegdheid aan anderen worden verleend. Slechts zij die bevoegd zijn tot bijeenroeping van een aandeelhoudersvergadering, kunnen het ertoe leiden dat een dergelijke vergadering wordt gehouden.
Overeenkomstig de regeling van de geautoriseerde bijeenroeping van art. 2:110 e.v. zijn aandeelhouders die alleen of tezamen 10% van het geplaatst kapitaal verschaffen, bevoegd een verzoek te doen tot het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering en tot vaststelling van de agenda (art. 55 lid 1 SE-VO). In de statuten van de SE kan een lager percentage dan 10% worden genoemd. De SE-VO geeft niet aan bij wie het verzoek moet worden ingediend: anders dan in de Engelse tekst zijn in de Nederlandse tekst de woorden "van de SE" weggevallen. Ik ga ervan uit dat het verzoek aan het bestuursorgaan resp. het leidinggevend orgaan kan worden gericht: een zelfde verzoek aan het toezichthoudend orgaan is, anders dan bij art. 2:110, niet nodig.
In het verzoek wordt aangegeven welke punten op de agenda zouden moeten worden geplaatst. Wordt na indiening van het verzoek de vergadering niet tijdig en in elk geval niet binnen ten hoogste twee maanden gehouden, dan kan de voorzieningenrechter de SE gelasten dat zij de aandeelhoudersvergadering bijeenroept dan wel de verzoekende aandeelhouders daartoe machtigen. Nationale bepalingen op grond waarvan aandeelhouders de vergadering zelf bijeen kunnen roepen, blijven onverlet (art. 55 SE-VO). Ik lees de SE-VO zo dat ook art. 2:112 voor de SE geldt, zodat elke aandeelhouder bevoegd is zich tot de voorzieningenrechter te richten met een verzoek tot machtiging voor de bijeenroeping van een verplicht te houden aandeelhoudersvergadering.

De regeling van de geautoriseerde bijeenroeping wijkt af van de art. 2:110 e.v., in zoverre dat de Nederlandse regeling de voorzieningenrechter verplicht te beoordelen of de verzoekende aandeelhouders een redelijk belang hebben bij het houden van de vergadering. Deze toetssteen is vrij streng.[184] De SE-VO volstaat met het verlenen van een discretionaire bevoegdheid aan de rechter, die de vergadering "kan" gelasten of toestaan. Het ligt dan voor de hand een zelfde criterium aan te leggen als bij toepassing van de Nederlandse regeling voor de NV.
De termijnen die in art. 55 SE-VO worden gehanteerd wijken enigszins af van art. 2:110 e.v. Ik verwijs kortheidshalve naar beide bepalingen.
Een zelfde groep van houders van 10% van de geplaatste aandelen kan verzoeken om één of meer punten toe te voegen aan de agenda van een door een ander orgaan reeds bijeengeroepen aandeelhoudersvergadering. Dat is een praktische regeling. De voor een dergelijk verzoek geldende termijnen en procedures dienen te worden vastgesteld in de nationale wetgeving van de lidstaat waar de SE haar zetel heeft of, bij gebreke daarvan, in de statuten van de SE (art. 56 SE-VO). Het percentage kan worden verlaagd onder dezelfde voorwaarden als dat geldt voor NV's. In art. 16 voorstel Uitvoeringswet is eenvoudigweg art. 2:114a van het wetsvoorstel herziening structuurregime[185] op de SE van toepassing verklaard. Blijkbaar gaat de Minister ervan uit dat dit wetsvoorstel op 8 oktober 2004 wet is geworden. Het verzoek kan worden gericht aan het orgaan dat de desbetreffende vergadering heeft bijeengeroepen.

D. BESLUITVORMING

De besluiten van de algemene vergadering, aldus art. 57 SE-VO, worden genomen bij meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen, behoudens voor zover de SE-VO of de regels voor de NV een grotere meerderheid voorschrijven. Met de term "algemene vergadering" is vermoedelijk gedoeld op de aandeelhouders in vergadering bijeen. Art. 2:128 stelt aanzienlijk zwaardere eisen aan besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering. Ervan uitgaande dat deze materie niet door de SE-VO wordt bestreken (zie evenwel hetgeen ik hierover opmerk in par. 2.6) gelden deze regels ook voor de SE (art. 9 SE-VO). Dit zou betekenen dat aandeelhouders slechts besluiten buiten vergadering kunnen nemen met de algemene stemmen van alle stemgerechtigde aandeelhouders, mits deze stemmen schriftelijk worden uitgebracht. De statuten van de SE zouden dan een regeling voor deze wijze van besluitvorming moeten kennen, hetgeen niet is toegestaan als de aandelen aan toonder luiden of met medewerking van de SE zijn gecertificeerd.

184 Dumoulin, t.a.p. blz. 131 e.v.
185 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I, 9 september 2003, 28 179, nr. 309.

Art. 50 SE-VO schrijft voor dat, tenzij de SE-VO of de statuten van de SE anders bepalen, voor het nemen van besluiten in de organen van de SE een quorumeis geldt van ten minste de helft van de leden van het orgaan. Het is voor mij niet duidelijk of deze regel geldt voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Ik besprak dit reeds in par. 1.2 onder a en par. 2.6.
Volgens de MvT, blz. 21, geldt de regeling van de zogenaamde tweede vergadering van art. 2:120 lid 3, voor welke vergadering geen quorumeis geldt, niet voor het besluit van de algemene vergadering van de SE tot statutenwijziging (zie hieronder onder e.). Dit geldt mogelijk (de MvT zwijgt hierover) ook voor de andere besluiten van de algemene vergadering, te weten als de SE-VO zo moet worden uitgelegd dat de quorumeis van art. 50 SE-VO ook voor de algemene vergadering zou gelden en als zou moeten worden aangenomen dat de desbetreffende aangelegenheid daarom volledig door de SE-VO wordt beheerst (art. 9 SE-VO). In de statuten van de SE kan in elk geval een eigen regeling worden opgenomen.
Een aardig aspect van Europese regelgeving is dat allerlei eigenaardige regels van het recht van andere lidstaten naar voren komen. Zo was het blijkbaar nog nodig om in de SE-VO te bepalen dat onder de uitgebrachte stemmen niet worden verstaan stemmen die niet zijn uitgebracht alsmede ongeldige stemmen (art. 58 SE-VO, een bepaling die mijns inziens ook geldt voor bestuur en toezichthouders). In vroeger jaren waren er ook in Nederland vennootschappen en verenigingen waarvan de statuten bepaalden dat blanco en andere niet uitgebrachte stemmen geacht werden vóór een voorstel te zijn uitgebracht. Vennootschappen die zich daarvan verre wilden houden bepaalden vervolgens in hun statuten dat dergelijke "stemmen" juist niet geldig waren. Blijkbaar is dit in Europa nog dermate actueel dat wij deze bepaling terug vinden in een verordening die uitsluitend de hoofdlijnen van een rechtspersoon regelt. Het is een troostrijke gedachte dat hierover consensus is bereikt.
Bij staking van de stemmen is de stem van de voorzitter van het orgaan doorslaggevend, aldus art. 50 lid 2 SE-VO. Ik besprak deze bepaling reeds in par. 1.2 onder a en par. 2.6. Geldt dit ook voor de algemene vergadering van aandeelhouders? Ik kan mij voorstellen dat dit niet het geval is, onder andere omdat de voorzitter geen aandeelhouder behoeft te zijn. De statuten van de SE kunnen een andere regeling geven.
De ongeldigheid van de besluiten van de SE wordt beheerst door de art. 2:14-16. Als een vordering tot vernietiging wordt ingesteld rondom een zetelverplaatsing geldt art. 8 lid 16: "Een SE die haar statutaire zetel naar een andere lidstaat heeft verplaatst, wordt met betrekking tot vóór de datum van de zetelverplaatsing als bedoeld in lid 10, opgetreden geschillen geacht haar statutaire zetel te hebben in de lidstaat waar de SE vóór de zetelverplaatsing was ingeschreven, zelfs indien een rechtsvordering tegen de SE na de zetelverplaatsing wordt ingeleid." Dit kan betekenen dat nadat een

Nederlandse SE aan het Duits of Grieks recht onderworpen is geraakt, de Nederlandse rechter bevoegd is, ook als de vordering tot vernietiging van het besluit nog moet worden ingesteld. Zie hierover nader par. 4.2 hieronder.

E. STATUTENWIJZIGING

Statutenwijziging vereist bij de SE een besluit van de algemene vergadering dat wordt genomen met een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen, tenzij de regels voor NV's in een lidstaat een grotere meerderheid voorschrijven of toestaan (art. 59 SE-VO). Nederland staat voor NV's grotere meerderheden toe. Nederland kent dergelijke grotere meerderheden ook krachtens dwingend recht, namelijk voor zover wijziging van statutaire bepalingen bij de statuten is beperkt of uitgesloten. Ik verwijs naar art. 2:121. De meerderheden genoemd in dit artikel zouden daarmee ook voor de SE gelden, zo zou men denken, en wel omdat de SE-VO dit uitdrukkelijk bepaalt. Deze regeling van de SE-VO is evenwel van regelend recht en Nederland stelt voor hiervan af te wijken.[186]
Art. 59 lid 3 van de SE-VO staat namelijk toe dat lidstaten bepalen dat indien ten minste de helft van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigd is, met een gewone meerderheid van stemmen kan worden volstaan (art. 59 lid 3 SE-VO). Nederland speelt hierop in. Volgens art. 17 wetsvoorstel Uitvoeringswet wordt, tenzij bij de statuten van de SE een grotere meerderheid is voorgeschreven, het besluit tot statutenwijziging genomen met de volstrekte meerderheid van de stemmen in een aandeelhoudersvergadering waarin ten minste de helft van het geplaatst kapitaal is vertegenwoordigd. Door de gekozen bewoordingen (geen grotere "meerderheid") is niet zeker of in de statuten van een SE een hogere quorumeis mag worden gesteld. Ik zou menen van wel. Dat past ook in de regelingen van de art. 50, 57 en 59 lid 1 van de SE-VO.
Zie ik het goed, dan stelt art. 17 voorstel Uitvoeringswet art. 2:121 volledig terzijde. Ik lees dat evenwel niet terug in de MvT en kan mij ook niet goed

---

186 Zou Nederland niet van deze hoofdregel van art. 50 lid 1 SE-VO afwijken, dan zou voor Nederlandse SE's een zeer moeilijk te doorgronden regeling gelden. Art. 2:121 bevat namelijk ook quorumeisen. Ik weet niet of die van toepassing zijn op het besluit tot statutenwijziging bij de SE, nu art. 50 SE-VO voor de besluitvorming in organen van de SE een basisquorumeis voorschrijft van de helft van het aantal leden. Daarvan kan uitsluitend in de SE-VO zelf en in de statuten van de SE worden afgeweken. Ik besprak dit reeds in par. 1.2 onder a en par. 2.6. Het nationale NV-recht speelt dáár geen rol. In zoverre zou art. 2:121 niet op de SE van toepassing zijn. De in deze bepalingen opgenomen quorumeisen zijn evenwel onlosmakelijk verbonden met de daarin opgenomen meerderheidseisen. Hoe de meerderheidseis dwingendrechtelijk wèl (art. 59 lid 1 SE-VO) en de quorumeis dwingendrechtelijk niet (art. 50 SE-VO) op de SE van toepassing zouden kunnen zijn, is onduidelijk. In de statuten van de SE zou dit overigens kunnen worden rechtgetrokken door in een uitputtende regeling te voorzien.

voorstellen dat dit is bedoeld. De regeling van art. 2:121 is dwingend NV-recht. Wil men onduidelijkheden over de toepassing van deze bepaling uitsluiten en acht men de bepaling van art. 2:121 juist, dan ware zij in de statuten van de SE op te nemen. Een dergelijke statutaire regeling vooronderstelt overigens dat de bevoegdheid van de algemene vergadering van de SE tot wijziging van de statuten of tot wijziging van specifieke statutaire bepalingen bij de statuten kan worden beperkt of uitgesloten. Voor dat geval immers is art. 2:121 geschreven. Omdat de SE-VO zich hierover niet uitlaat, zou ik menen dat dergelijke beperkingen en uitsluitingen geldig zijn krachtens Nederlands NV-recht (art. 9 SE-VO). De MvT lijkt daarvan ook uit te gaan (Bijlage MvT blz. 34). Zo zou ik ook menen dat de SE-VO niet verbiedt dat de bevoegdheid tot statutenwijziging in de statuten van de SE wordt beperkt, zodanig dat het desbetreffende besluit uitsluitend op voorstel van een ander orgaan kan worden genomen dan wel door een ander orgaan dient te worden goedgekeurd. Enige toelichting van de zijde van de Minister zou echter welkom zijn.[186a]

Ik roep in herinnering dat de regeling van de tweede vergadering waarvoor geen quorumeis geldt (art. 2:120 lid 3) niet op de SE wordt toegepast (hierboven onder d.).

Uit de boven besproken regeling en de daarin opgenomen quorumeisen – die niet in een tweede aandeelhoudersvergadering kunnen worden doorbroken – blijkt hoezeer de SE-regelgever eraan hecht dat belangrijke besluiten van de algemene vergadering van de SE voldoende draagvlak hebben. Het komt mij voor dat dit een belangrijke relativering is van de druk die in Nederland lijkt te bestaan om quorum- en meerderheidseisen zoveel mogelijk af te bouwen. Ik verwijs naar de Nederlandse Corporate Governance Code en hetgeen daarin is geschreven over bindende voordrachten (*best practice* bepaling IV.1.1). Soms wordt vergeten dat drempelwaarden in de besluitvorming van aandeelhouders juist dienen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders en de nadelige gevolgen van de grote mate van afwezigheid van aandeelhouders in aandeelhoudersvergaderingen. De Nederlandse wetgever dient zich hiervan bewust te zijn.

Voor de statutaire uitwerking van medezeggenschapsstructuren op grond van de SE-RL verwijs ik naar par. 2.2 onder b en naar deel III van dit preadvies. Het is mogelijk dat de uitkomst van de SE-RL-onderhandelingen tot statutenwijziging verplichten. Zie hierover blz. 15 van de MvT: "De statuten van de SE moeten verenigbaar zijn met de voorschriften van de verordening alsmede de krachtens de richtlijn vastgestelde regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers (lid 4). Dit sluit aan bij het regime van artikel 9 ver-

[186a] In het Duitse Diskussionsentwurf, t.a.p., blz. 209, par. 48, wordt wel expliciet verwezen naar de toepasselijkheid van wettelijke bepalingen uit het AG-recht die een grotere kapitaalmeerderheid voorschrijven.

ordening. Wanneer een nieuwe regeling met betrekking van de rol van de werknemers strijdig is met de bestaande statuten, moeten de statuten worden aangepast. Om het belang van overeenstemming tussen de statuten en de regelingen betreffende de rol van werknemers te onderstrepen, bepaalt artikel 25 van de Uitvoeringswet dat artikel 12 lid 4, tweede volzin, van de verordening wordt gesanctioneerd door de WED." Dit betekent dat Nederland kiest er niet voor gebruik te maken van de optie van art. 12 lid 4 SE-VO, dat toestaat dat lidstaten bepalen dat in voorkomend geval het leidinggevend orgaan of het bestuursorgaan gemachtigd zijn de statuten te wijzigen zonder tussenkomst van de aandeelhoudersvergadering. Volgens de MvT (blz. 25) behoort de algemene vergadering te beslissen over een statutenwijziging: "Wanneer een wijziging van de regeling met betrekking tot de rol van de werknemers aanleiding geeft tot een statutenwijziging en voor de concrete invulling van de wijziging verschillende mogelijkheden bestaan, is het niet aan het leidinggevend orgaan of het bestuursorgaan om uit die mogelijkheden te kiezen. Dat behoeft een aandeelhoudersbesluit. Het is derhalve niet gepast de bevoegdheid tot statutenwijzing te onttrekken aan de algemene vergadering." Deze benadering past in het Nederlandse recht.[187]
Wijziging van de statuten van de SE dient openbaar te worden gemaakt volgens de regels van art. 13 van de SE-VO.

F. AFBREUK AAN RECHTEN VAN AANDEELHOUDERS

Een opvallende bepaling is art. 60 van de SE-VO. Voor zover ik heb gezien wordt deze bepaling niet in de MvT besproken. In de bijlage bij de MvT wordt deze bepaling alleen genoemd. Zij luidt: "1. Indien een SE twee of meer categorieën aandelen heeft, is voor elk besluit van de algemene vergadering een afzonderlijke stemming vereist voor [lees: door] elke categorie aandeelhouders aan wier specifieke rechten afbreuk wordt gedaan door het besluit. 2. Indien voor het besluit van de algemene vergadering de in artikel 59, leden 1 en 2, voorgeschreven meerderheid van stemmen vereist is, wordt deze meerderheid eveneens verlangd voor de afzonderlijke stemming door elke categorie aandeelhouders aan wier specifieke rechten afbreuk wordt gedaan door het besluit."

---

187 Het Verenigd Koninkrijk zal wel gebruik maken van deze optie, althans dat is het consultatievoorstel van de DTI: "It is proposed that this option be adopted, principally on grounds of flexibility. Requiring the management or administrative organ to draw this matter to the attention of the members (shareholders) and propose that the statutes be amended by special resolution or its SE equivalent, if necessary at an EGM, would also impose costs on the SE. It is proposed to allow the Secretary of State to enforce compliance, through the court, in circumstances where the management or administrative organ failed to amend the statutes of the SE." DTI, t.a.p. blz. 15.

Heeft een SE twee of meer categorieën van aandelen, dan bestaat de mogelijkheid dat de ene groep van aandeelhouders de andere kan overstemmen en aldus afbreuk kan doen aan de rechten van die eerste groep, bijvoorbeeld door de desbetreffende aandelen door de SE te laten inkopen of door wijziging van de aan de aandelen verbonden rechten. Zie voor de NV art. 2:96 lid 2 (uitgifte van aandelen) en art. 2:99 (kapitaalvermindering). In die gevallen is voor elk zodanig besluit van de algemene vergadering een afzonderlijke besluit vereist van de groep van houders van de bijzondere soort van aandelen aan wier rechten afbreuk wordt gedaan.
De regeling van art. 60 SE-VO gaat evenwel veel verder dan die voor de Nederlandse NV. Twee bijzonderheden vallen op. In de eerste plaats dient het te gaan om een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. In geval de bevoegdheid tot het nemen van het besluit is gedelegeerd aan een ander orgaan, zoals bij uitgifte van aandelen het geval kan zijn, geldt deze regel blijkbaar niet. Is dat ook bedoeld? Bij de NV ligt dit anders. Art. 2:96 lid 2 beschermt de groep van houders van bijzondere soort van aandelen wèl bij emissie-delegatie, omdat het voorschrijft dat ingeval een ander orgaan wordt aangewezen als tot uitgifte bevoegd orgaan, het aanwijzingsbesluit de goedkeuring van de genoemde groep van aandeelhouders dient te verkrijgen. Ik neem aan dat die regel niet geldt voor de SE, nu de SE-VO in een eigen regime voorziet. In de MvT heb ik hierover niets kunnen terugvinden.
Een tweede bijzonderheid is dat art. 60 ook geldt voor andere besluiten dan die tot uitgifte van aandelen en kapitaalvermindering, bijvoorbeeld het besluit tot statutenwijziging. Bij een Nederlandse NV is het mogelijk de statuten te wijzigen en aldus afbreuk te doen aan de rechten van bepaalde aandeelhouders. Dat zijn de regels van het spel. De grenzen van het toelaatbare vloeien in Nederland voort uit de redelijkheid en billijkheid of bijzondere statutaire bepalingen. De regel van art. 60 SE-VO is in zeker opzicht strenger, omdat daar goedkeuring van de groep van de betrokken aandeelhouders is vereist. Anderzijds kan men misschien betogen dat als de groepsvergadering met de wijziging heeft ingestemd, het niet meer aangaat dat een minderheid van de leden van de groepsvergadering zich nog tegen statutenwijziging verzet met een beroep op de redelijkheid.
Het is onduidelijk of art. 60 SE-VO ook geldt voor bijvoorbeeld het geval de zetel van de SE wordt verplaatst en het nieuwe SE-recht afbreuk doet aan de rechten van de desbetreffende aandeelhouders. Die "afbreuk" zou zowel kunnen voortvloeien uit de nieuwe statuten van de SE als uit het nieuwe NV-recht dat voor de SE gaat gelden. Omdat dit altijd een kwestie is van een beetje meer hier en een beetje minder daar, is de vraag of sprake is van afbreuk van rechten mijns inziens niet eenvoudig beantwoord. Hier rust weer een schone taak op de notaris. Art. 8 lid 6 SE-VO verwijst voor het besluit tot zetelverplaatsing naar art. 59 SE-VO. De bijzondere regeling van art. 60 SE-VO is niet in die verwijzing betrokken. Art. 60 SE-VO zelf is echter

zodanig ruim geformuleerd dat ook zetelverplaatsing daaronder valt, waar het spreekt over "elk besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders". Betekent dit dat een zetelverplaatsing die leidt tot een "afbreuk van recht" de instemming van de groepsvergadering behoeft?[188]
Voor de wijze van besluitvorming door de groep van aandeelhouders aan wier rechten afbreuk wordt gedaan, verwijst art. 60 lid 2 SE-VO naar art. 59 leden 1 en 2 van de SE-VO. Art. 17 voorstel Uitvoeringswet zal derhalve ook voor de besluitvorming in de groepsvergadering gelden.

3.4. Conclusie

Ook voor de onderworpen aandeelhouders en algemene vergadering is er in het voorstel Uitvoeringswet voor gekozen zo min mogelijk bijzondere regels voor de SE in het Nederlands vennootschapsrecht op te nemen. In veel gevallen is dat misschien niet nodig omdat de regeling die de SE-VO voor de algemene vergadering geeft, nauw aansluit bij die van Boek 2 BW. Wel is ook hier een belangrijk knelpunt dat het soms buitengewoon lastig is vast te stellen welke regels voor de SE zullen gaan gelden. Dat komt voor een belangrijk gedeelte omdat het ons aan informatie ontbreekt. Deze leemte zou toch enigszins in de Uitvoeringswet of de MvT daarbij moeten worden opgevuld.

4. Overige aspecten van de SE

4.1 Inleiding

In de twee voorgaande paragrafen hebben wij gezien dat voor bestuur, toezicht en algemene vergadering van de SE voornamelijk wordt teruggegrepen op het NV-recht. In deze paragraaf komen enkele andere aspecten van de SE aan de orde, waarbij de SE eveneens merendeels wordt geregeerd door de regels die gelden voor NV's.

---

188 In de MvT, blz. 10, lezen wij niet meer dan: "Het stemrecht van de aandeelhouders wordt in het algemeen in het bijzonder beheerst door de statuten van de vennootschap. Deze statuten worden op het punt van het stemrecht niet automatisch gewijzigd ten gevolge van de zetelverplaatsing. Na de zetelverplaatsing wordt echter de mogelijkheid om de statuten te wijzigen beheerst door het recht van de nieuwe lidstaat van vestiging. Dat recht bepaalt of en onder welke voorwaarden een wijziging van de statuten en meer in het bijzonder de statutaire rechten van de aandeelhouders mogelijk is. Ook dat kan leiden tot een wijziging van positie van minderheidsaandeelhouders. Aandeelhouders kunnen met deze omstandigheden rekening houden wanneer over de voorgestelde zetelverplaatsing wordt gestemd."

4.2 *De SE als bijzondere NV; geschillenregeling en enquêterecht*

De SE dient een doel te hebben en overeenkomstig de doelomschrijving te handelen (art. 2:7). Zijn de werkzaamheden van de SE in strijd met de openbare orde, dan kan zij worden ontbonden (art. 2:20). Voor uitkering van dividend geldt art. 2:105.
Voor zover de statuten van de SE uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toestaan dat de SE medewerking aan certificering verleent, geldt voor de SE de geschillenregeling van de art. 2:335-343. Voorts geldt voor de SE het enquêterecht, art. 2:344-359, al is niet duidelijk welke bevoegdheden de enquêterechter heeft tot het treffen van voorlopige voorzieningen en voorzieningen na gebleken wanbeleid, bijvoorbeeld als de SE een exotisch medezeggenschapsrecht kent. Het speelt in het bijzonder bij zetelverplaatsing van de SE, bijvoorbeeld als de SE nog is onderworpen aan voorzieningen zoals de benoeming van een bestuurder of een tijdelijke afwijking van de statuten. In par. 3.3 onder d noemde ik reeds de voorziening van art. 8 lid 16 SE-VO, welke inhoudt dat als een SE haar statutaire zetel naar een andere lidstaat heeft verplaatst, de SE met betrekking tot vóór de zetelverplaatsing opgetreden geschillen geacht wordt haar statutaire zetel nog te hebben in de lidstaat van vertrek. Dit geldt zelfs indien een rechtsvordering tegen de SE pas ná de zetelverplaatsing wordt ingeleid. Ik kan niet overzien wat dit betekent voor bijvoorbeeld de geschillenregeling en het enquêterecht.[189] Als men de procedures voor zich ziet, komen al snel moeilijk te beantwoorden vragen op. Welke rechtskracht heeft een uitspraak van de enquêterechter dat bij de SE tijdelijk een bestuurder moet worden benoemd? Kan deze bestuurder, zodra de SE een Franse vennootschap is geworden, door de algemene vergadering worden ontslagen? Welke rechtskracht heeft een uitspraak van de enquêterechter dat tijdelijk van de statuten van de SE dient te worden afgeweken, als de voorziening die de Nederlandse rechter heeft getroffen niet past in het nieuwe NV-recht dat voor de SE geldt? Welke bevoegdheden hebben de onderzoekers bij een inmiddels Zweedse SE? Na welk tijdsverloop kan de vordering nog worden ingesteld? Kan nog een enquête worden gevorderd op gronden ontleend aan het algemeen belang, of is er met de verhuizing van de SE naar bijvoorbeeld Finland geen nationaal belang meer in het geding? Als aandeelhouders reeds enige tijd van mening verschillen over het gedrag van een aandeelhouder, hoe pakt dan de geschillenregeling uit als de vennootschap is verplaatst naar Italië? Kan de rechter het stemrecht op de aandelen schorsen? Hoe dient de rechter te beslissen als blijkt dat het "wangedrag" van een aandeelhouder wordt toegestaan in de nieuwe lidstaat van de SE? Volgens art. 8 lid 16 van de SE-VO zou in alle gevallen het Nederlandse recht gelden en zou de Nederlandse

[189] Zie ook De Kluiver, t.a.p. par. 7.6.

rechter rechtsmacht hebben. Kunnen belanghebbenden in het nieuwe vestigingsland procederen over door de Nederlandse (enquête)rechter getroffen voorzieningen. Of moeten zij zich tot de rechter van het oude vestigingsland wenden? Soortgelijke vragen spelen als een SE naar Nederland verhuist. Ik heb de woorden geschillenregeling en enquêterecht niet in de MvT kunnen vinden, terwijl ik daar ook geen richtlijn voor de toepassing van art. 8 lid 16 heb gevonden. De bijlage bij de MvT, blz. 16, signaleert uitsluitend dat het enquêterecht voor de Nederlandse SE zal gelden. Het ziet ernaar uit dat niet alleen de notaris, maar ook de rechter door de regeling voor de SE zal worden uitgedaagd tot juridisch excelleren.

4.3 Jaarrekening

De SE-VO geeft regels voor de jaarrekening van de SE (art. 61 en 62 SE-VO). Voor het opstellen van de jaarrekening en eventueel de geconsolideerde jaarrekening, het jaarverslag, de controle van de jaarrekening en de openbaarmaking ervan wordt de SE onderworpen aan de regels die gelden voor NV's. Dat is titel IX van Boek 2. Dat sluit in de toekomst ook de Nederlandse Corporate Governance Code in. Alsmede het voorgestelde nieuwe toezicht op de financiële verslaglegging. Voor de SE die kredietinstelling of verzekeringsmaatschappij is wordt verwezen naar de Uitvoeringswetten van de desbetreffende Richtlijnen (art. 62 SE-VO).

4.4 Ontbinding en vereffening van de SE

Ook voor de ontbinding en de vereffening van de SE gelden de regels voor NV's (art. 63 SE-VO), dat wil zeggen de art. 2:19 t/m 24. Er gelden specifieke regels voor een SE die niet voldoet aan de verplichting van art. 7 SE-VO inhoudend dat haar werkelijke zetel, in de zin van hoofdbestuur, en haar statutaire zetel moeten samenvallen (zie deel I). Aanvang en einde van procedures tot ontbinding dienen overeenkomstig art. 13 SE-VO openbaar te worden gemaakt.

5. Afsluitende beschouwing

5.1 Slotbeschouwing

De organisatie van de SE sluit op veel punten aan bij de organisatie van de NV. Wat betreft bestuur, toezicht en algemene vergadering van aandeelhouders zal een SE in sterke mate gelijken op een Nederlandse NV. Dit komt omdat de SE-VO veel aangelegenheden aan het nationale NV-recht overlaat, terwijl de regels die de SE-VO zelf stelt redelijk aansluiten bij de regeling van de Nederlandse NV.

Naar mijn mening spelen vier onderwerpen een belangrijke rol bij de vennootschapsrechtelijke organisatie van de SE. Het eerste onderwerp is de keuze die de oprichters van de SE hebben uit de twee bestuursmodellen, te weten het monistisch model en het dualistisch model. Nederland heeft ervoor gekozen geen bijzondere bepalingen aan het NV-recht toe te voegen teneinde deze modellen nader vorm te geven. Ik heb betoogd dat dit ook niet noodzakelijk is, maar dat enkele wijzigingen wel goed denkbaar zijn en zonder problemen implementeerbaar voor de SE, de NV en de BV. De wetgever zou dit punt moeten heroverwegen.
Het tweede onderwerp is het structuurregime. De wetgever stelt voor dit niet op de SE van toepassing te verklaren. Dit is voor een deel een politieke keuze. Ik volsta met de opmerking dat in ieder geval geldt dat als de wetgever hier uiteindelijk anders over zou beslissen, een monistische variant van het structuurmodel dient te worden vormgegeven. Ook dat kan zonder veel problemen. Het is een voornamelijk technische exercitie. Mijns inziens behoren afhankelijke maatschappijen van SE's die onder het gematigd structuurregime vallen, zelf van toepassing van het structuurregime te worden vrijgesteld. Voor zover de SE wordt geregeerd door een medezeggenschapsregime dat niet gelijk is aan maar wel vergelijkbaar is met het volledige of het verzwakte structuurregime, kan voor afhankelijke maatschappijen een ontheffing worden verzocht.
Het derde onderwerp is het resultaat van de medezeggenschap voor de SE zoals deze op grond van de SE-RL tot stand kan komen. Hier zijn allerlei vormen en smaken denkbaar. Afhankelijk van de gemaakte keuzes zullen deze meer of minder goed zijn in te passen in het Nederlandse recht. De statuten zullen hiervoor goede regelingen dienen te bevatten, die ook afdwingbaar zijn onder het Nederlandse (proces)recht. Dat is voor notarissen.
Als vierde onderwerp dat enige hoofdbrekens kost noem ik het voeren van vennootschappelijke procedures tegen de SE bij zetelverplaatsingen, zoals vernietiging van besluiten, de geschillenregeling en de enquête. Volgens de MvT is het enquêterecht van toepassing op de Nederlandse SE. Ik ben dit met de toelichting eens. De gevolgen van die toepassing kan ik evenwel niet overzien als, bijvoorbeeld, de SE haar zetel gaat verplaatsen of heeft verplaatst. Zolang hierover geen duidelijkheid wordt geschapen in de Uitvoeringswet, is dit voor de rechter.

5.2 *Aanbeveling aan de wetgever*

Wij hebben gezien dat het niet altijd duidelijk is welke regels op de SE van toepassing zijn. Dit komt door de soms verwarringwekkende redactie van de SE-VO. Daardoor is in een betrekkelijk groot aantal gevallen moeilijk te bepalen wat de SE-VO inhoudt alsmede of de SE-VO een bepaalde aangele-

genheid volledig regelt dan wel deze overlaat aan het nationale NV-recht. Dit leidt tot rechtsonzekerheid.
Het is niet aan Nederland om de SE-VO uit te leggen. Wij mogen daarom misschien niet van de Nederlandse Minister verwachten dat hij tot in elk kleinst mogelijke detail aangeeft welke regels van de NV voor een Nederlandse SE zullen gaan gelden. Toch zou ik menen dat dit onderwerp bij het parlementaire debat over de SE behoort te worden meegenomen, alsmede dat in de Uitvoeringswet of de toelichtingen met een grotere nauwkeurigheid dan thans het geval is moet worden aangegeven welke regels van Boek 2 op de SE van toepassing zullen zijn – en soms ook welke consequenties aan die toepassing zijn verbonden.
Ik heb mij in dit preadvies als zeer strenge lezer van de SE-VO en de Uitvoeringswet opgesteld. Dit is een bewuste keuze, omdat zodoende de eventuele pijnpunten bloot komen te liggen. Als slechts de helft van de door mij gesignaleerde onzekerheden in de praktijk problemen kan geven, is dat aantal nog te hoog.
Hier blijkt misschien dat een verordening niet het meest aangewezen instrument is voor een rechtsvorm, als deze rechtsvorm niet volledig of nagenoeg volledig door die verordening wordt beheerst. Het is misschien van tweeën één: ofwel een Europese rechtsvorm wordt volledig of nagenoeg volledig door het Europese recht beheerst en het nationale recht speelt geen of slechts een beperkte rol. Dan wel, als het eerste niet mogelijk, wenselijk of haalbaar is, de rechtsvorm wordt beschreven in een Europese richtlijn en deze wordt vervolgens nader door de nationale wetgevers uitgewerkt. Nadeel van de laatste benadering is dat elke lidstaat een andere interpretatie en uitwerking aan die rechtsvorm zal geven. Bij een kameleontische figuur als de SE is dat echter sowieso het geval.

DEEL III - DE EUROPESE VENNOOTSCHAP EN DE ROL VAN DE WERKNEMERS

Mr. P.A.M. Witteveen

The White Rabbit put on his spectacles
"Where shall I begin, please your Majesty?" he asked
"Begin at the beginning," the King said, very gravely,
"and go on till you come to the end: then stop"

Lewis Carrol, Alice's adventures in Wonderland

1. Inleiding en verantwoording

Medezeggenschap heeft iets met *Wonderland*. In 1971 zag het wonder van Den Haag het licht: de introductie van de structuurregeling, een belangrijk en tot op de dag van vandaag intrigerend medezeggenschapsinstrument. Thans is er, dertig jaar later, het wonder van Brussel: een regeling voor de rol van werknemers, waaronder een regeling voor de medezeggenschap bij de Europese vennootschap (de SE). De Richtlijn (SE-RL) waarin deze rol is geregeld[190] is van 8 oktober 2001, telt 17 artikelen, heeft 1 bijlage en is ingewikkeld. Er is inmiddels een wetsvoorstel[191] (van 14 november 2003) ter implementatie van de SE-RL. Ik duid dat verder aan als (het voorstel voor) de Implementatiewet, afgekort IW. De IW telt 39 artikelen, de Memorie van Toelichting (MvT) 63 pagina's. De beoogde datum van inwerkingtreding is 8 oktober 2004. De SE-RL en de IW moeten worden bezien in samenhang met de Verordening over het statuut van de SE[192], hierna: de SE-VO, en het wetsvoorstel[193] (van 21 november 2003) tot uitvoering van de SE-VO. Dit wetsvoorstel duid ik verder aan als: UitvW.
Ik doe een poging de ingewikkelde materie[194], zoals geregeld in de SE-RL en de IW, wat inzichtelijk(er) te maken. Verder geef ik de nodige beschouwingen over de betekenis van de nieuwe regels, bezien vanuit Nederlands medezeggenschapsperspectief. Ruwweg kan het verhaal in drie blokken worden onderscheiden: (i) waar gaat het over (ii) hoe gaat het proces van regeling van de rol van werknemers bij de SE in zijn werk en (iii) wat gaat de regeling van de SE-RL ons (wel of niet) brengen. Ik ben – zoals uit de

---

190 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, *Pb 10-11-2001*, L 294/22.

191 Voorstel van wet houdende uitvoering van de Richtlijn 2001/86/EG (Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap), *Kamerstukken II, 2003/2004*, 29 298.

192 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PB 10-11-2001*, L 294/1.

193 Voorstel van wet tot uitvoering van de Verordening (EG) Nr. 2157/2001 (Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap) *Kamerstukken II 2003/2004, 29 309* nr. 1-2.

194 Met instemming citeer ik P.L. Davies "*The provision of the Directive is, in fact, highly complex. Nothing that is said below is intended to hide this complexity*"; P.L. Davies, Workers on the board of the European Company?, *Industrial Law Journal* Vol. 32, No. 2, June 2003, p. 80.

samenvattende slotbeschouwing zal blijken – niet onverdeeld enthousiast over de SE-RL, hoezeer deze ook een doorbraak geeft in de weerbarstige materie van de transnationale medezeggenschap. In een bijlage geef ik een opsomming van aanbevelingen en punten ter overdenking ten behoeve van het verdere wetgevingsproces rond de SE-RL.

Mijn kantoor (Van Doorne) heeft mij de nodige ruimte gegeven om dit werkstuk te vervaardigen. Veel steun heb ik gehad van twee assistenten mr. Frank Heideman en mr. Adine Beets. Interessante gedachtenwisselingen over de materie had ik met onder meer prof. mr. P.F. van der Heijden en dr. R.H. van het Kaar en met mr. J.E. Temmink en mr. A. Velgersdijk (beide laatstgenoemden zijn werkzaam op het departement SZW en nauw betrokken bij het onderwerp). Zonder het engelengeduld van mijn secretaresse Marian Vertelman was het stuk niet (tijdig) gereedgekomen. Alle genoemden zeg ik hartelijk dank. De tekst is afgesloten op 15 januari 2004.

2. Europese medezeggenschap

2.1 De andere relevante richtlijnen

Er bestaan diverse Europese richtlijnen die regelingen geven ten behoeve van de collectieve belangen van werknemers. Ik doel onder meer op de richtlijn over collectief ontslag (1975)[195] en de richtlijn over de bescherming van de rechten van werknemers in geval van overdracht van een (gedeelte van een) onderneming (1977).[196] In 1994 kwam er de eerste richtlijn die een regeling bevatte voor transnationale medezeggenschap: de richtlijn voor de Europese Ondernemingsraad (EOR-RL, 1994)[197], die voorzag in bepaalde rechten van informatie en raadpleging en een geïnstitutionaliseerde vorm van ondernemingsrechtelijke medezeggenschap.

De ontwikkeling van de transnationale ondernemingsrechtelijke medezeggenschap heeft zich na de EOR-RL verder doorgezet. Onlangs is de Richtlijn tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers vastgesteld.[198] Deze richtlijn (die uiterlijk op 23 maart 2005 moet zijn geïmplementeerd) bevat minimumvoorschriften inzake informatie en raadpleging van werknemers. Het begrip "informatie" volgens deze richtlijn reikt minder ver dan hetgeen daaronder wordt verstaan in de SE-RL. Nederland voldoet reeds ruimschoots aan de voorschriften van

195 Richtlijn 75/129 Pb EG L 048 van 22 februari 1975.
196 Richtlijn 77/187 Pb EG L 061 van 5 maart 1977.
197 Richtlijn 94/45 Pb EG L 254/64 van 30 september 1994.
198 Richtlijn 2002/14 Pb EG L 80/29 van 11 maart 2002.

deze richtlijn. Deze richtlijn bevat slechts één punt dat voor Nederland nieuw en van belang is: art. 6 lid 3 bepaalt dat er een algemeen werkende toetsingsvoorziening getroffen moet worden voor het geval van weigering van informatieverschaffing aan werknemersvertegenwoordigers en terzake van opgelegde geheimhouding. De IW regelt dit voor de werknemersvertegenwoordigers in het kader van de SE-RL (zie paragraaf 5.2, geheimhouding) en regelt – via art. 4:4 – dat soortgelijke voorzieningen worden opgenomen in de WEOR. Ook de WOR zal een dergelijke voorziening moeten gaan bevatten. Daartoe is op 9 december 2003 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.[199]

De medezeggenschap speelde daarnaast ook bij de voorbereiding van richtlijnen op vennootschapsrechtelijk terrein. Daarbij bleek de medezeggenschap bij voortduring een struikelblok. Ik noem de volgende voorbeelden. De 5e Richtlijn, inzake de structuur van de naamloze vennootschap en de rechten en verplichtingen van organen daarvan, de 9e Richtlijn, over concernrecht, de 10e Richtlijn, inzake grensoverschrijdende fusie, en de 14e Richtlijn, handelend over grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Steeds bleek daarbij dat lidstaten het niet eens konden worden over een vorm van rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap. Aangezien ondernemingsrechtelijke medezeggenschap met succes in de EOR-RL kon worden geregeld, is lang de verwachting geweest dat dit het richtsnoer zou worden in de discussie over de vormgeving van de medezeggenschap in de vennootschapsrechtelijke richtlijnen. Dat is, althans voor wat betreft de SE, wel het geval ten aanzien van de systematiek (zie hierna), maar niet ten aanzien van de vorm. Er wordt nu – en wel voor het eerst – transnationale rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap geïntroduceerd. Dat is niet alleen een novum, maar ook tamelijk verrassend. In lidstaten die rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap kennen ligt dat systeem thans immers zwaar onder vuur.[200]

Met de invoering bij de SE-RL van een vorm van rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap lijkt een impuls gegeven te worden aan de harmonisatie van het vennootschapsrecht van de Europese Gemeenschap om de interne markt te stimuleren. De hierboven genoemde projecten zouden door de oplossing die gevonden is bij de SE uit het slop gehaald kunnen worden. Een eerste voorbeeld zagen wij al bij de 10e Richtlijn inzake grensoverschrij-

[199] Wijzigingen van de Wet op de ondernemingsraden ter uitvoering van richtlijn nr. 2002/14/EG, Kamerstukken II, 2003/2004, 29 364.

[200] Niet alleen in Nederland maar ook in Duitsland. Zie bijvoorbeeld R. Köstler, Die Mitbestimmung in der SE, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 5-6/2003, p. 801, en daar genoemde literatuur.

dende fusies. Onlangs is een nieuw voorstel voor die richtlijn ingediend.[201] Dit voorstel bevat een regeling van medezeggenschap die aanknoopt bij de regeling van de rol van werknemers volgens de SE-RL. Indien door verdwijning van vennootschappen als gevolg van een grensoverschrijdende fusie medezeggenschapsregelingen verloren dreigen te gaan, moet de procedure van de SE-oprichting worden gevolgd. Het is niet onwaarschijnlijk dat binnen afzienbare tijd eveneens een nieuw voorstel voor de 14e Richtlijn inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing met dezelfde systematiek omtrent de rol van werknemers zal worden ingediend. De euforie moet mijns inziens wat getemperd worden omdat de medezeggenschap volgens de SE-RL hooguit een eerste aanzet zou mogen, of kunnen zijn, maar zich niet leent voor "klakkeloos kopiëren" in andere richtlijnen. In het vervolg zal ik dit nader toelichten.

2.2 Wordingsgeschiedenis SE-RL

De SE-RL heeft een lange wordingsgeschiedenis. Er is in de loop van de jaren van alles geprobeerd om een regeling van de rol van werknemers bij de SE tot stand te brengen. Een historisch overzicht (hoe interessant op zichzelf ook) heeft thans weinig praktische relevantie meer. Ik geef daarom de belangrijkste ontwikkelingen slechts in vogelvlucht weer. Voor een uitgebreidere beschrijving verwijs ik graag naar overige literatuur.[202]

In 1967 verscheen er een voorontwerp voor een SE-Statuut van de hand van de Nederlandse hoogleraar Sanders. Dit voorontwerp leidde tot een ontwerpstatuut van de Europese Commissie (1970) en vervolgens tot een aangepaste versie (1975). Deze ontwerpen bevatten een uitgebreide uniforme Europese regeling voor de SE. De regeling was gegoten in de vorm van een verordening (anders dan het voorontwerp van Sanders dat bij verdrag geregeld zou moeten worden) en de regeling van de rol van werknemers was een integraal onderdeel daarvan. Wat de medezeggenschap betreft zou er een Europese Ondernemingsraad moeten worden ingesteld bij de SE en zou 1/3 van de leden van het toezichthoudend orgaan bestaan uit werknemersvertegenwoordigers. Dat zou, volgens de voorstellen, de werknemers indirecte invloed verschaffen op de benoeming en het ontslag van bestuurders, het vaststellen van de jaarrekening en de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten.

---

201 Voorstel 18 november 2003, COM (2003) 703, 2003/0277.

202 Zie onder meer C.R. Huiskes, *De Europese vennootschap*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1993; V. Edwards, The European Company- essential tool or eviscerated dream?, *Common Market Law Review 2003-40*, p. 443-464; H.L.J. Roelvink, De Europese vennootschap na Nice, *SEW 5*, 2001, p. 162-165.

Op deze ontwerpen was echter veel commentaar. De regeling was te gedetailleerd en lidstaten waren bang voor achterstelling van hun nationale rechtsvormen ten opzichte van de SE. Over de fiscale regeling en de regeling van de medezeggenschap kon bovendien geen overeenstemming worden bereikt. De ontwikkeling heeft daardoor jarenlang stilgestaan. Pas tien jaren later blies de Europese Commissie de discussie omtrent de SE weer leven in met het Witboek inzake voltooiing van de interne markt (1985), waarin zij het belang van een supranationale rechtsvorm benadrukte, en met een Memorandum (1988) voor het Europees Parlement en de sociale partners, dat als discussiestuk moest dienen voor de regeling van de SE.

Een nieuw voorstel voor een SE-Statuut werd ingediend in 1989. Men koos er daarbij voor om de regeling van de rol van werknemers uit de verordening te halen en onder te brengen in een aparte richtlijn. Wellicht hoopte men de besluitvorming over het statuut te bevorderen door de regeling van de medezeggenschap te separeren van de verordening, die immers direct en uniform werkt. In 1991 werd het voorstel in een hernieuwde versie gepresenteerd. Deze nieuwe voorstellen hadden nog nauwelijks het supranationale karakter van de oorspronkelijke ontwerpen uit de jaren '70. Het idee van de rechtsvorm naar uniform Europees recht raakte daarmee steeds verder uit beeld. De medezeggenschapsregeling in de richtlijn kende een andere opzet dan die in de eerste voorstellen. De SE zou, na onderhandelingen met de werknemers, kunnen kiezen uit 4 (overigens onvergelijkbare) modellen. Die modellen waren het Duitse participatiemodel (een aantal van de leden van het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door werknemers), het Nederlands coöptatiemodel (recht van aanbeveling en bezwaar ten aanzien van de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan), het model van medezeggenschap middels een afzonderlijk orgaan (Europese ondernemingsraad) en het model van medezeggenschap geregeld in collectieve arbeidsovereenkomsten.

De voorgestelde modellen kregen allen onvoldoende steun van de lidstaten. Lidstaten met medezeggenschapsregelingen vreesden ontwijking van hun regelingen en lidstaten die geen medezeggenschap kenden, wilden niet aanvaarden dat medezeggenschap hun rechtsorde zou kunnen betreden. Opnieuw dreigde een impasse. De Commissie vroeg in 1996 een groep van experts om nieuwe voorstellen voor te bereiden. Deze groep, onder leiding van Davignon, bracht in 1997 een rapport uit.[203] Davignon koos voor een

[203] Final Report of the Group of Experts "European Systems of Worker Involvement" (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals), mei 1997, onder meer besproken door M.G. Rood, Rapport Davignon over medezeggenschap bij de SE, *TVVS* 1997, p. 215 en J.W. Winter, Voortgang Europese Vennootschap na Davignon, *TVVS* 1998, p. 14 e.v.

ander spoor dan tot dan toe gevolgd was, daarbij sterk geïnspireerd door de "trouvaille" van de EOR-RL. Net als bij de EOR-RL koos Davignon voor de systematiek waarbij de rol van werknemers primair geregeld zou moeten worden via een overeenkomst tussen partijen (zelfregie) en waarbij – als zo'n overeenkomst niet tot stand komt – referentievoorschriften (als vangnet) de rol van werknemers zouden bepalen. Deze systematiek, nu dus toegepast om rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap op transnationaal niveau te introduceren, was echter niet direct aanvaardbaar voor de lidstaten. Toch is de aanbevolen systematiek in de nieuwe voorstellen voor de SE-RL overgenomen (overigens zonder dat Davignon daarbij geheel is "gevolgd"). Politieke druk, maar ook het feit dat de SE optioneel is, heeft uiteindelijk tot acceptatie van de voorstellen door de lidstaten geleid. Tijdens de Top van Nice van december 2000 zijn de Raad van Ministers en de Europese Commissie het eens geworden. Een jaar later, op 8 oktober 2001, zijn de definitieve SE-VO en SE-RL gepresenteerd. Dat was het startsein voor de lidstaten om met implementatie van de SE-RL aan te vangen. Ten behoeve van de coördinatie daarvan is het Brussels Coördinatieoverleg ingesteld.[204] In Nederland heeft de Raad van State vervolgens een advies uitgebracht met slechts een enkele opmerking, waarna op 14 november 2003 het wetsvoorstel is ingediend (de IW).

3. Grondslag, karakter en structuur van de SE-RL

3.1 De (Europese) rechtsbasis

Zowel de SE-VO als de SE-RL zijn gebaseerd op art. 308 EU. Eerdere voorstellen voor de SE-vormgeving zijn wel gebaseerd geweest op andere grondslagen.[205] De Raad heeft thans art. 308 EU als de enig "bruikbare" rechtsbasis gezien, zoals de overwegingen 17 (preambule SE-RL) en 28 (preambule SE-VO) vermelden. Dat standpunt lijkt mij goed verdedigbaar. Met de SE wordt een "autonome rechtsfiguur" in het leven geroepen. De introductie van de SE is niet te zien als een middel tot harmonisatie van vennootschapsrecht (dan had art. 95 EU eerder als rechtsbasis voor de hand gelegen), noch gaat het om "sociale" harmonisatie (in welk geval art. 137 EU de aangewezen rechtsbasis zou zijn geweest).[206] De situatie voor deze SE-RL

---

204 Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003.

205 Zie o.a. D.C. Buijs, de Europese vennootschap: een instrument voor internationale reorganisaties voor liefhebbers van een rol voor werknemers, *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, mei 2001, p. 122 e.v.; E.D.G. Kiersch en G.M. ter Huurne, Het statuut van de Europese vennootschap, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 189; Vanessa Edwards, The European Company-essential tool or eviscerated dream? *Common Market Law Review*, 40, 2003, p. 447 e.v.

206 G.J. Vossestein, De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot regeling van het vennootschapsrecht, *WPNR* 6481, 2002, p. 247-253.

verschilt nogal van die waaronder de EOR-RL tot stand gekomen is. In een nog steeds fraaie analyse van Buijs[207] wordt beschreven dat er nogal wat af te dingen viel op de rechtsbasis van de EOR-RL die voor Nederland de basis heeft gevormd voor de invoering van de WEOR. Voor zover mij bekend heeft niemand ooit die kaart uitgespeeld om daarmee de EOR buiten de deur te houden. Het Europese Parlement heeft bij de SE-RL gedreigd met acties om de gehanteerde rechtsbasis voor de SE-RL onderuit te halen. Het had graag de zogenaamde codecisie-procedure gezien in plaats van de nu gevolgde raadplegingsprocedure (dit ter vergroting van de eigen invloed op de totstandkoming van de SE-RL). Eventuele acties gericht op aantasting van de (rechtsbasis van de) SE-RL lijken slechts praktisch effect te kunnen hebben als het Hof van Justitie zou oordelen dat art. 95 EU de grondslag had moeten zijn. In dat (mijns inziens niet waarschijnlijke) geval zou immers de SE-RL niet verbindend zijn wegens het feit dat het co-decisierecht van het Europese Parlement niet is gerespecteerd. Wat dat dan betekent voor een op basis van die SE-RL reeds geïmplementeerde wet in een lidstaat is een weerbarstig vraagstuk.[208] Voorzover bekend heeft het Europese Parlement het bij een dreigement gelaten en is er geen verdere actie ondernomen.

De SE-RL noodzaakt tot implementatie. De Nederlandse wetgever wil dat gaan doen via een aparte wet, uitsluitend bestemd voor de medezeggenschap bij de SE. Er is inmiddels ook een richtlijn voor de medezeggenschap bij de Europese coöperatieve vennootschap[209] die (per 18 augustus 2006) geïmplementeerd moet worden. De WEOR bestaat al en uiteraard is er de WOR. Al met al ontstaat er een lappendeken van wetgeving rond (transnationale) medezeggenschap. Dat komt de overzichtelijkheid niet ten goede. De fragmentarische benadering lijkt (voorlopig) echter onvermijdelijk zolang het Europees niveau niet rijp is voor een uniforme regeling voor transnationale medezeggenschap.

3.2 *Karakter en structuur van de SE-Richtlijn*

De SE-RL geeft een kader, een raamwerk voor de regeling van de rol van werknemers bij de SE. Vanwege de gekozen rechtsbasis (art. 308 EU) en het daaruit voortvloeiend feit dat deze richtlijn het karakter heeft van een zogenaamde standaardrichtlijn, zijn de lidstaten verplicht om bij implementatie

---

[207] D.C. Buijs, *Pas de deux van de Europese ondernemingsraad en het Europese (ondernemings)recht*, p. 50 e.v. in Medezeggenschap op Europees niveau, Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer, Kluwer 1997.

[208] Zie daarover D.C. Buijs a.w. in noot 207, p. 84 e.v.

[209] Richtlijn 2003/7/EG van de Raad van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van de Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PB 18-8-2003* L 207/25.

binnen het raamwerk van de SE-RL te blijven. Het is lidstaten derhalve niet toegestaan om, anders dan bij een minimumrichtlijn het geval zou zijn geweest, andere regelingen te treffen, ook al zijn deze voor werknemers gunstiger.
De rol van werknemers is een in de SE-RL gedefinieerd begrip. Het omvat procedures omtrent informatie, raadpleging en medezeggenschap. Ook deze begrippen zijn gedefinieerd.[210] Medezeggenschap is daarbij omschreven in (voor Nederlandse begrippen) beperkte zin. Het gaat uitsluitend om de zogenaamde rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap (dat wil in dit verband zeggen: een zekere invloed op de benoeming van leden van bepaalde organen van de SE). Het doel van de regeling is om werknemers invloed te geven op besluiten die binnen de vennootschap worden genomen, aldus art. 2 onder h SE-RL.

De regelingen van de SE-RL op het gebied van informatie en raadpleging geven niet veel nieuws; er wordt in belangrijke mate aangesloten op het systeem van de EOR-RL op die punten. De regeling ten aanzien van de medezeggenschap is nieuw. De SE-RL geeft daarover echter geen materiële regels. Jarenlang is geprobeerd een meer inhoudelijke regeling ten aanzien van de medezeggenschap te ontwerpen die in alle lidstaten zou gelden. Dat is niet gelukt, vooral vanwege de sterk uiteenlopende opvattingen en culturen op het terrein van medezeggenschap. Men heeft moeten laveren tussen de opvattingen van die lidstaten die hun eigen geavanceerde systemen van medezeggenschap niet wilden zien verdampen in SE-verband en de opvattingen van die lidstaten die weinig of niet vertrouwd waren met medezeggenschap en niet geconfronteerd wilden worden met een "export" vanuit andere lidstaten van dergelijke "vreemde" systemen. Dit heeft er uiteindelijk in geresulteerd dat er is gekozen voor het zoveel mogelijk waarborgen van de systemen die al bestaan bij de ondernemingen die aan de vorming van een SE deelnemen. De SE-RL schrijft derhalve niet voor dat er bij elke SE medezeggenschap moet zijn (al dan niet met een bepaalde vorm en inhoud). Er is dus gekozen voor een defensieve en niet voor een pro-actieve benadering, zoals Davies[211] dat noemt.

De voorschriften van de SE-RL verschillen op relevante punten al naar gelang de modaliteit van oprichting van de SE. De SE-RL regelt de rol van

---

210 Zie verder hoofdstuk 5.

211 P.L. Davies, Workers on the board of the European Company?, *Industrial Law Journal*, Vol. 32, no 2, June 2003, p 84. Kiersch en Ter Huurne merken op dat de impasse uiteindelijk doorbroken kon worden door de overweging dat de SE een rechtsvorm is naast de bestaande nationale vormen en niet dwingt tot harmonisatie van het nationale recht, "Het statuut van de Europese vennootschap," *Ondernemingsrecht* 2001, p. 189.

werknemers bij vier (van de vijf) oprichtingsmodaliteiten. Daarbij geldt een aflopende schaal van bescherming van medezeggenschap (in de zin van de SE-RL). De meeste bescherming is er bij oprichting via omzetting, vervolgens bij de fusiemodaliteit en dan bij oprichting van een holding of dochter-SE.

Op diverse plaatsen wordt in de SE-RL verwezen naar het uitgangspunt dat oprichting van een SE niet gepaard gaat met een intrekking of inperking van praktijken met betrekking tot de rol van werknemers, zoals die bestaan bij de partijen die aan de oprichting deelnemen. Op sommige plekken wordt dat uitgangspunt iets gepreciseerd. Zo spreekt overweging 10 van de preambule over "medezeggenschapssystemen- en praktijken", zegt overweging 15 dat de SE-RL-voorschriften geen gevolgen mogen hebben voor andere bestaande inspraakrechten en noemt overweging 18 "het veiligstellen van verworven rechten van werknemers betreffende hun rol in de besluitvorming van ondernemingen" een grondbeginsel en een doelstelling van de SE-RL. Dit in overweging 18 geformuleerde principe wordt aangeduid als het zogenaamde "voor- en nabeginsel". In de hier genoemde overwegingen wordt niet meer strikt gesproken over medezeggenschap, maar worden ruimere formuleringen gehanteerd. Ook de Engelse tekst van de SE-RL gebruikt in de desbetreffende overwegingen ruimere formuleringen, zoals *involvement, systems and practices of participation.* Deze uitgangspunten zijn maar gedeeltelijk in de SE-RL zelf uitgewerkt. De IW werkt dat op onderdelen uit. Voor het bepalen van de effecten en de betekenis van de SE-RL binnen de Nederlandse medezeggenschapsverhoudingen is het van belang na te gaan of en hoe de IW en de UitvW voormelde uitgangspunten "aankleden". Daarbij komt ook de uitwerking van art. 11 SE-RL aan de orde. Dat artikel bepaalt dat lidstaten maatregelen moeten nemen "om te voorkomen dat een SE wordt misbruikt om aan werknemers hun rol te ontzeggen of te ontnemen". Ik zal onderzoeken of de SE-RL in een goedzittende Nederlandse jas komt te zitten; of wordt het een jas met gaten?[212]

Andere onderwerpen waarover de SE-RL een regeling geeft betreffen de samenloop met andere regelingen op het gebied van de rol van werknemers (waaronder de EOR-RL), de faciliteiten en de naleving. Daaraan besteed ik slechts terloops enige aandacht.

[212] Zie verder hoofdstuk 9.

4. De aansluiting van de SE-Richtlijn op de Verordening/ Uitvoeringswet

4.1 Inleiding

De SE-RL vormt een onlosmakelijk koppel met de SE-VO. Een SE kan slechts ontstaan door inschrijving daarvan in het register (voor Nederland het Handelsregister). Inschrijving is slechts mogelijk als er duidelijkheid is over de vraag wat, als uitkomst van de toepassing van de SE-RL, de rol van de werknemers in de SE zal zijn. Voor een goed begrip van de SE-RL op dat punt is enig inzicht in onderdelen van de SE-VO respectievelijk de UitvW van belang. Ik doel met name op de bestuursstructuur, de benoeming van leden van de organen en de regeling van bevoegdheden van de organen. Onder omstandigheden moeten de regels van de SE-VO/UitvW ten aanzien van benoeming wijken voor regelingen die terzake daarvan worden afgesproken in het kader van de uitvoering van de SE-RL. Die afspraken gaan dan voor. De statuten van een SE zullen steeds in overeenstemming moeten zijn met de bij de SE geldende regeling inzake de rol van werknemers (art. 12 SE-VO).

4.2 De inschrijving

Onduidelijk is of bij de inschrijving de regeling van de rol van werknemers overeenkomstig de SE-RL inhoudelijk moet worden getoetst. Een dergelijke toetsing zou allerlei zaken kunnen betreffen.[213] De toetsing zou langs twee wegen kunnen gebeuren: door het Handelsregister en/of de notaris/accountant aan wie op grond van de SE-VO – en afhankelijk van de oprichtingsmodaliteit – bepaalde taken zijn toebedeeld. De UitvW is op dit punt niet duidelijk. In de MvT bij de UitvW wordt gesteld dat de houder van het register de aanwezigheid van een regeling toetst zonder een inhoudelijk oordeel uit te spreken.[214] Over de rol van de notaris wordt gesteld dat deze – in het geval van de fusiemodaliteit – zich ervan moet vergewissen dat de rol van de werknemers overeenkomstig de SE-RL is vastgesteld en dat hij voorts moet nagaan of voor de oprichting is voldaan aan de vereisten van de Nederlandse wet.[215] De oprichting van een Nederlandse SE geschiedt bij notariële akte.

---

213 Mogelijke vragen zijn de volgende. Is er een rechtsgeldig besluit tot niet-onderhandelen, tot beëindigen van onderhandelingen, of tot inperking van medezeggenschap genomen? Zijn de juiste drempels toegepast om te bepalen of er relevante medezeggenschap bestaat bij de deelnemende vennootschappen? Deze vragen, en andere, komen in het hiernavolgende nog nader aan de orde.

214 Bijlage, p. 8 MvT UitvW.

215 Bijlage, p. 13 e.v. MvT UitvW.

Bij het onderzoek van de documentatie door de accountant in het geval van oprichting van een holding-SE moet de informatie over de regeling van de rol van werknemers worden getoetst (art. 32 lid 4 SE-VO).
Ik zou menen dat de toetsende rol bij dit alles meer zou moeten omvatten dan alleen maar een ambtelijke controle op de aanwezigheid van bepaalde documentatie. Dit geldt met name voor de rol van de notaris. Bij twijfel zal aan partijen om tekst en uitleg moeten worden gevraagd. In dit verband zou ik voorts menen dat als bij toetsing wordt vastgesteld dat een adviesprocedure ex art. 25 WOR[216] nog niet is afgerond, dit ertoe zou moeten leiden dat nog niet tot inschrijving kan worden overgegaan.[217]

4.3 Bestuursstructuur, benoeming en ontslag

Op grond van de SE-VO moeten lidstaten het mogelijk maken dat de oprichters van een SE kunnen kiezen voor een bestuursstructuur volgens het monistisch stelsel of het dualistisch stelsel. In de monistische structuur is er (slechts) één orgaan dat in de SE-VO (en ook de UitvW) "het bestuursorgaan" heet. In de dualistische structuur zijn bestuur en toezicht gescheiden en verdeeld over wat in de SE-VO en UitvW heet "het leidinggevend orgaan" en "het toezichthoudend orgaan".

In het *dualistisch model* worden de leden van het leidinggevend orgaan benoemd en ontslagen door het toezichthoudend orgaan (hoofdregel) of de AvA (als de lidstaat een daartoe strekkende statutaire bepaling toestaat). Er kan geen daarvan afwijkende regeling gaan gelden, ook niet op basis van een overeenkomst ter uitvoering van de SE-RL-regeling. Daar waar werknemers, vóór de oprichting, bij een van de participerende vennootschappen een benoemingsrecht hebben t.a.v. leden van het leidinggevend orgaan kan dat niet gaan gelden op het niveau van de SE, ook niet als de werknemers en de oprichters dat bij oprichting zouden willen afspreken. De UitvW wil de ruimte die de SE-VO biedt, gebruiken: art. 11 van de UitvW staat toe dat de statuten de benoemingsbevoegdheid geven aan de AvA, dus in afwijking van de hoofdregel van de SE-VO.

Leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd door de AvA . Hier kan bij de SE echter wel een afwijkende regeling gaan gelden, namelijk als uitkomst van afspraken die worden gemaakt in het kader van de uitvoering

---

216 Zie daarover paragraaf 7.6.

217 Ik vermeld nog dat de nietigheid van een fusie-SE niet kan worden uitgesproken (bijvoorbeeld ook niet als het attest van de notaris onjuist is) als de SE eenmaal is ingeschreven (art. 29 SE-VO); zie ook P.J. Dortmond "De Europese vennootschap en de juridische fusie", *Ondernemingsrecht* 2001, p. 193.

van de SE-RL. Zo kan worden overeengekomen bij de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan van een SE het systeem van gecontroleerde coöptatie te laten gelden of werknemers een benoemingsrecht te geven. De regeling op basis van de SE-RL gaat dan voor op de benoemingsregel van de SE-VO. De statuten van de SE zullen daarop afgestemd moeten zijn. Dit volgt uit art. 43 lid 3 SE-VO. Deze regeling van de SE-VO behoefde geen uitwerking in de UitvW. Als de nieuwe structuurwet (in de vorm waarin deze op 9 september 2003 door de Tweede Kamer is aanvaard[218]) van kracht wordt geldt ook bij de structuurvennootschap dat de AvA de leden van de RvC benoemt. Over het ontslag van leden van het toezichthoudend orgaan zwijgt de SE-VO. Uit de MvT volgt dat dat – gelet op art. 9 SE-VO -, betekent dat leden van het toezichthoudend orgaan kunnen worden ontslagen op de manier waarop dat ook kan in een "gewone" NV, dus door de instantie die ook tot de benoeming bevoegd is, (veelal) de AvA. Ik acht een andere uitleg verdedigbaar althans waar het betreft het ontslag van commissarissen van een SE die het structuurregime toepast, en voldoet (of gaat voldoen) aan de criteria van de structuurregeling. Die andere uitleg komt erop neer dat ten aanzien van ontslag de beperkte mogelijkheden gelden zoals bepaald volgens de regels van het structuurregime, inclusief de regeling van de collectieve heenzending wanneer de nieuwe structuurwet van kracht wordt. Ik verwijs kortheidshalve naar hetgeen ik daarover zeg in paragraaf 9.3.1.

In het *monistisch model* worden de leden van het bestuursorgaan benoemd door de AvA. Ook hier geldt dat van deze hoofdregel kan worden afgeweken als deze afwijking berust op een afspraak tussen de werknemers en de oprichters in het kader van de uitvoering van de SE-RL. Die afspraak gaat dan voor; de statuten moeten met die afspraak in overeenstemming worden gebracht.

De Nederlandse wetgever vindt het niet nodig wettelijke regels te stellen ten aanzien van het (minimum) aantal leden van het leidinggevend orgaan en het toezichthoudend orgaan. Voor wat betreft het toezichthoudend orgaan wordt dat opgehangen aan het feit dat slechts bij de structuurvennootschap zo'n minimum geldt en wel als drempel tegen de actie van de RvC zelf, gericht op schorsing of ontslag van een lid van de RvC. Nu evenwel de ontslagbevoegdheid van een lid van het toezichthoudend orgaan van de SE komt te berusten bij de AvA (zie hiervoor) is er, aldus de MvT, geen aanleiding meer om ten aanzien van dit punt barrières op te werpen gericht op het (eventuele) handelen van de RvC. Daarmee is er ook geen aanleiding (meer) de vrijheid bij de bepaling van het aantal leden van het toezichthoudend orgaan te

218 Gewijzigd voorstel van wet tot – (kort gezegd) – wijziging van de structuurregeling, *Kamerstukken I*, 9 september 2003, 28 179.

beperken door het aantal leden aan een minimum te binden.[219] De SE-VO bepaalt dat een bestuursorgaan uit drie leden moet bestaan als er medezeggenschap van toepassing is op de desbetreffende SE. (Het staat er wat anders in art. 43 lid 2 SE-VO maar zo is het, naar ik aanneem, bedoeld). De UitvW bepaalt dat een bestuursorgaan te allen tijde moet bestaan uit drie leden (art. 13).

De benoemingstermijnen zijn ingevolge de SE-VO gemaximeerd tot zes jaar. Nederlandse medezeggenschap was tot dusverre slechts met zo'n beperking bekend bij de structuurcommissaris. Een maximering van benoemingstermijnen zou, los van de SE-VO, mogelijk in Nederland ook op ruimere schaal (zijn) gaan gelden onder invloed van de aanbevelingen van de Commissie Tabaksblat. Eén daarvan behelst dat de benoemingstermijn van een bestuurder gemaximeerd wordt tot vier jaar.[220]

4.4 Bevoegdheden van de SE-organen

De SE-VO laat aan de lidstaat de ruimte om in de wet te bepalen ten aanzien van welke aangelegenheden het leidinggevend orgaan goedkeuring behoeft van het toezichthoudend orgaan (in het dualistisch model) respectievelijk het bestuursorgaan een uitdrukkelijk besluit moet nemen (in het monistisch model). Nederland gaat die ruimte niet benutten. De wetgever acht dat niet "opportuun" en wil dat overlaten aan een eventueel daarover in de statuten op te nemen regeling.[221] Er wordt geen uitzondering gemaakt – en dat is vanuit medezeggenschapsoogpunt met name van belang – voor de SE waar medezeggenschap zal gelden (in het bijzonder de medezeggenschapsvorm bestaande uit het recht van aanbeveling en bezwaar) en waar de SE voorts voldoet, of na oprichting gaat voldoen, aan de criteria van de structuurregeling. In paragraaf 9.3 ga ik op dit aspect nader in.

Concluderende observaties

In het dualistisch model kan er slechts medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) zijn bij de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan, niet bij de benoeming van leden van het leidinggevend orgaan. Buiten het geval van een afspraak tussen de werknemers en de oprichters in het kader van de SE-RL zullen er geen aanvullende wettelijke regels gelden ten aan-

---

[219] MvT UitvW p.17.

[220] De Commissie Corporate Governance, *De Nederlandse corporate governance code, beginselen van deugdelijk ondernmingsbestuur en best practice bepalingen*, 9 december 2003, best practice bepaling II.1.1.

[221] MvT UitvW p. 5/6.

zien van de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en het aantal leden daarvan, ook niet wanneer op grond van de SE-RL het toezichthoudend orgaan van de SE onderworpen wordt aan het aanbevelings- en bezwaarrecht of het benoemingsrecht van werknemers. De SE-VO biedt de lidstaat daartoe wel de ruimte maar die wil de Nederlandse wetgever niet (gaan) gebruiken. In het monistisch model kan er bij de benoeming van leden van het bestuursorgaan medezeggenschap in de zin van de SE-RL (dus beide vormen) gaan gelden. Hetgeen in de vorige alinea is opgemerkt geldt voor de SE met monistisch model evenzeer. Wat de medezeggenschap via één van de vormen die de SE-RL kent dan overigens nog voorstelt, hangt (opnieuw: buiten het geval van specifieke afspraken bij oprichting) dus af van de (nadere) statutaire bepalingen ten aanzien van de bevoegdheden van het toezichthoudend respectievelijk het bestuursorgaan. (Bedacht moet worden dat dat voor het geval van oprichting van een SE middels omzetting wat anders ligt omdat daar, kort gezegd, alle elementen van de rol van werknemers zoals die voorheen bij de oprichter bestonden bij de SE moeten terugkeren).

Overigens maakt de keuze die de oprichters van een SE kunnen maken voor een van de twee bestuursmodellen, in het algemeen gesteld, voor de regeling van de rol van werknemers op basis van de SE-RL nogal verschil (zie ook paragraaf 5.4, c).

Al met al hebben de regels van de SE-VO ten aanzien van de in dit hoofdstuk besproken punten (en de manier waarop de UitvW daarmee omgaat) vermoedelijk een behoorlijk effect voor de inhoud van de rol die werknemers op basis van uitvoering van de SE-RL bij de SE (werkelijk) zullen krijgen. Dat effect lijkt (deels) een beperking van die rol te zijn.

5. De rol van de werknemers

5.1 Inleiding

Het gedefinieerd begrip "rol van de werknemers" valt uiteen in drie onderdelen: informatie, raadpleging en medezeggenschap. Deze begrippen worden hieronder nader toegelicht. De rol van werknemers moet gestalte krijgen via (primair) een overeenkomst tussen de werknemers en de oprichters. Daartoe moeten de oprichters onderhandelen met een bijzondere onderhandelingsgroep (BOG), bestaande uit vertegenwoordigers van de werknemers. Komt die niet (tijdig) tot stand dan worden onder omstandigheden de zogenaamde referentievoorschriften van toepassing. Die bevatten "vangnet-bepalingen", een minimumpakket van regels "ten aanzien van informatie, raadpleging en medezeggenschap". Het zwaartepunt ligt dus bij de eigen regie

van werknemers en oprichters gezamenlijk. De SE-RL-constructie vertoont dezelfde systematiek die wij al kennen uit de EOR-RL.[222] De bedoeling van de constructie is intussen om daarmee een optimale, op de specifieke SE-constellatie afgestemde, regeling mogelijk te maken; maatwerk dus. Het proces met het oog op de regeling van de rol van werknemers komt in hoofdstuk 7 aan de orde. Bij de navolgende bespreking van de kenmerkende bestanddelen van deze rol kijk ik met name naar wat de referentievoorschriften daaromtrent bepalen.

5.2 *Informatie in de zin van de SE-RL en geheimhouding*

Uitleg

Informatie is (anders bijvoorbeeld dan in de EOR-RL) een in de SE-RL gedefinieerd begrip. Informatie betekent kort gezegd: inlichtingen over i) aangelegenheden die de SE zelf en eender welke van haar dochters in een andere lidstaat betreffen of ii) zaken die de bevoegdheid van besluitvormingsorganen in een enkele lidstaat te buiten gaan (art. 2 onder i SE-RL). Deel 2 van de referentievoorschriften geeft een nadere uitwerking. Daar wordt een koppeling gelegd tussen enerzijds de onderwerpen waarover raadpleging moet plaatshebben en anderzijds de omvang en de inhoud van de, ten behoeve van die raadpleging, te verstrekken informatie. Die koppeling is begrijpelijk. De omvang en de inhoud van de te verstrekken informatie worden immers bepaald door het doel (de functie) van de informatieverplichting. De hoofdzaak daarvan is om zinvolle raadpleging mogelijk te maken. De omvang en inhoud van de te verstrekken informatie worden daarnaast bepaald door de bevoegdheden van het orgaan dat ten opzichte van de SE de werknemers vertegenwoordigt (hierna kortheidshalve: de SE-OR). De informatieverstrekking die in de oprichtingsfase moet worden verstrekt dient een ander doel: daar gaat het in de eerste plaats om inlichtingen teneinde een BOG te kunnen samenstellen en vervolgens om informatie die de BOG nodig heeft in het kader van de onderhandelingen over een overeenkomst. Ik bespreek hier verder alleen de informatieverplichting in de oprichtingsfase en de informatieverplichting jegens de SE-OR volgens de referentievoorschriften. Er kunnen op grond van een overeenkomst met de BOG uiteraard

---

222 Het regelen van medezeggenschap *by contract* is in zekere zin ook in Nederland een trend. Reeds P.F. van der Heijden wees daar in 1995 op, De Europese ondernemingsraden en de medezeggenschap per overeenkomst, *Mededelingenreeks no 9*, Hugo Sinzheimerinstituut, Amsterdam 1995, en tijdens de SER-conferentie ter gelegenheid van vijftig jaar WOR, besproken in M.G. Rood, Vijftig jaar WOR en hoe verder?, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 305; Vergelijk verder ook de ondernemingsovereenkomst van art. 32 WOR, en de "opting-out"-mogelijkheid in de nieuwe structuurwet die ik besprak in mijn Wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 235.

geheel andere regels gaan gelden ten aanzien van informatie (en raadpleging). Daarover valt hier in zijn algemeenheid weinig te zeggen.

De deelnemende vennootschappen (zie daarover hoofdstuk 6) moeten aan de werknemers een overzicht verstrekken van de samenstelling van de (groepen van) ondernemingen die aan de oprichting deelnemen en de daar werkzame werknemers, onderverdeeld naar lidstaat (art. 2:2 lid 2 IW). Dat is nodig om tot een representatieve samenstelling van de BOG te kunnen komen en om toepassing te kunnen geven aan bepalingen die drempels bevatten (zoals bijvoorbeeld in het kader van besluitvorming, en de bepaling of er bij de deelnemende vennootschappen relevante medezeggenschap in de zin van de SE-RL bestaat). Elke wijziging in de desbetreffende gegevens moet door de deelnemende vennootschappen worden gemeld. De ratio is volgens de MvT bij de IW dat slechts op die manier kan worden gewaarborgd dat steeds aan het vereiste van de dynamische representativiteit (zie paragraaf 7.2.3) kan worden voldaan. Strikt genomen (en nu ook de IW dit punt niet verder kwalificeert) kan deze verplichting voor de praktijk een enorme administratieve rompslomp geven.Verder moeten de deelnemende vennootschappen aan de BOG de gegevens verstrekken die noodzakelijk zijn bij de te voeren onderhandelingen (art. 2:1 lid 1 IW). Daartoe behoren tenminste het voorstel tot oprichting van de SE en gegevens over het verloop van de oprichting tot het tijdstip van inschrijving van de SE.

Commentaar

De bevoegdheid van de SE-OR is beperkt tot aangelegenheden die betrekking hebben op de SE zelf en op één of meer van haar dochters in een andere lidstaat of tot zaken die de bevoegdheid van de besluitvormingsorganen in een enkele lidstaat te buiten gaan. De aangelegenheid moet dus altijd een grensoverschrijdend karakter hebben. Dat is bijvoorbeeld (ook) het geval als een in Duitsland gevestigde SE een besluit neemt tot sluiting van een Nederlandse vestiging. De te verstrekken informatie hoeft niet verder te gaan dan het kader van de aldus begrensde bevoegdheid van de SE-OR. Ten behoeve van de (tenminste eenmaal per jaar) te houden vergadering met de SE-OR moeten de deelnemende vennootschappen een schriftelijk rapport verstrekken over de gang van zaken en de vooruitzichten van de SE. De SE-RL noemt een aantal onderwerpen, die in een dergelijke vergadering tenminste aan de orde moeten komen. De IW neemt dat nagenoeg woordelijk over in art. 3:8 lid 2. Het gaat om onderwerpen als de structuur van de SE, de stand van zaken en (verwachte) ontwikkelingen ten aanzien van omzet, productie, werkgelegenheid, organisatie, investeringen etc. Over die onderwerpen zal dus, ten behoeve van de reguliere vergadering, informatie moeten worden verstrekt.

Voorts moeten aan de SE-OR worden verstrekt de agenda van vergaderingen van de bestuur- en toezichtorganen en afschriften van alle documenten die aan de AvA worden voorgelegd (deel 2 sub b referentievoorschriften[223]). Ik lees de bepaling aldus dat het bij deze documentatie uitsluitend gaat over stukken die de (organen van de) SE betreffen en dus niet die van haar dochters. De verplichting om dit soort gegevens te verstrekken is een novum. De informatieverplichting onder de EOR-RL reikt niet zover. Een EOR heeft geen recht op deze informatie en gaat dat ook niet krijgen; de IW bevat geen voorstel daartoe ook al wees de SER op de wat merkwaardige discrepantie die daarmee ontstaat.[224] Er geldt geen clausulering in de zin dat daarbij slechts die gegevens moeten worden verstrekt die tot de bevoegdhedensfeer van de SE-OR behoren en/of die betrekking hebben op onderwerpen die in de periodieke, reguliere vergadering aan de orde komen. Ook geldt niet de beperking dat deze gegevens slechts moeten worden verstrekt voorzover de SE-OR die nodig heeft voor de uitoefening van zijn taak. Die clausuleringen zijn in elk geval niet in de SE-RL te lezen; er wordt eenvoudigweg gedicteerd welke documenten aan de SE-OR moeten worden verstrekt.

Er is niet geregeld op welk tijdstip die gegevens (agenda, respectievelijk de stukken die ook aan de AvA worden voorgelegd) moeten worden verstrekt. Het moet in elk geval gebeuren ter gelegenheid van de periodieke vergadering. Of de SE-OR mag verlangen dat de agenda telkens vóór elke vergadering van een orgaan van de SE wordt verstrekt is niet duidelijk. Het voorschrift is opgenomen in de paragraaf die handelt over de periodieke (reguliere) vergadering. Niettemin is verdedigbaar dat de SE-OR de hier bedoelde "vennootschappelijke stukken" (ook) zou kunnen opeisen in de situatie waarin raadpleging geboden is vanwege buitengewone omstandigheden, met name als kennisneming van die stukken voor de beoordeling van de buitengewone omstandigheden (en de raadpleging daarover) van belang is. De SE-OR heeft recht op alle documenten die aan de AvA worden voorgelegd. Dat gaat vrij ver. Onder omstandigheden is de SE ontheven van de verplichting informatie te verschaffen (zie daarover hierna). Het is zeer wel denkbaar dat de SE daarop (veelvuldig) een beroep zal doen waar het betreft de verstrekking van "vennootschappelijke stukken". Het niet voldoen aan de informatieverplichting kan ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. De IW bevat een expliciete daartoe strekkende bepaling. Bij ons wordt de Ondernemingskamer (de OK) aangewezen als de bevoegde rechter (art. 1:5 IW).

---

[223] Uitgewerkt in art. 3:8 lid 3 IW.

[224] SER-advies 03/08, 20 juni 2003, De rol van de werknemers in de Europese Vennootschap, p. 66.

De SE-OR moet, buiten de hiervoor besproken situatie, worden ingelicht over alle buitengewone omstandigheden die aanzienlijke gevolgen hebben voor de belangen van de werknemers. In het bijzonder worden daarbij genoemd: verplaatsing of sluiting van ondernemingen of collectieve ontslagen. De MvT bij art. 3:9 IW zegt dat daarbij wel de begrenzing van de bevoegdheid van de SE-OR (lees: tot onderwerpen met een grensoverschrijdend karakter) gerespecteerd moet worden.

De informatie dient te worden verstrekt op een zodanig tijdstip, op een zodanige wijze en met een zodanige inhoud dat de SE-OR de effecten daarvan grondig kan beoordelen en desgewenst raadplegingen met de SE kan voorbereiden (art. 3:7 IW). In de context van de bepalingen over raadpleging betekent dit dat toereikende informatie (vooraf) wordt verstrekt om de SE-OR de gelegenheid te geven wezenlijke invloed uit te oefenen. In de Nederlandse verhoudingen is die bepaling niet opzienbarend.

De deelnemende vennootschappen en de SE zijn ontheven van de verplichting tot het verstrekken van informatie voorzover dat in redelijkheid hun functioneren (en dat van hun dochters) ernstig zou belemmeren of schaden. Op deze wijze vertaalt de IW (art. 2:6 lid 2 en art. 3:7 lid 2) het voorschrift van art. 8 SE-RL. De ontheffing wordt onderworpen aan een toetsingsmogelijkheid achteraf en niet vooraf. De SE-RL biedt lidstaten wel de mogelijkheid tot een regeling van toetsing vooraf. Dat de IW van die mogelijkheid niet gebruik gemaakt heeft, past in de Nederlandse medezeggenschapstraditie. Niet uitgesloten is echter dat (mede gegeven de inhoud van onderdelen van de informatieverplichting) er vaker geschillen zullen ontstaan en het beroep op de rechter (bij ons de OK) toeneemt. De toetsingsmaatstaf is de redelijkheid bij afweging van de betrokken belangen.

De met de SE-RL gegeven informatievoorschriften overlappen in belangrijke mate de voorschriften zoals die gelden ingevolge de EOR-RL. De hoofdregel is dat de EOR-regeling op een SE, die een communautaire onderneming of een "moederonderneming" is, niet van toepassing is, zelfs niet als het SE-concern voldoet aan de criteria van de EOR-RL. Voor kleinschaliger SE-verbanden (die de instellingscriteria van de EOR-RL niet halen) geldt de EOR-RL niet. Tegen deze achtergrond is de informatieparagraaf in de SE-RL geen overbodige luxe. Het verschaft de in het SE-concern opererende medezeggenschapsorganen een nuttige (aanvullende) bron van informatie

over zaken waartoe zij, zonder zo'n regeling, niet zo makkelijk toegang zouden hebben.[225]

Geheimhouding: uitleg en commentaar

Informatieverstrekking kan onder omstandigheden bezwaarlijk zijn voor de ondernemer. Voor deelnemende vennootschappen en de SE is dat niet anders. Dat rechtvaardigt dat het informatierecht aan beperkingen wordt onderworpen. De leden van de BOG en de SE-OR (en de door de BOG/SE-OR ingeschakelde deskundigen) kunnen onderworpen zijn aan geheimhouding van als vertrouwelijk verstrekte informatie (art. 8 SE-RL). Datzelfde geldt voor werknemersvertegenwoordigers die lid zijn van een toezichthoudend orgaan of bestuursorgaan. De lidstaten moeten dat verder regelen. De formulering van de SE-RL veronderstelt dat er bij de verstrekking van informatie geheimhouding is bedongen. De wijze waarop de IW de geheimhoudingsbepaling invult (art. 1:4 leden 4 en 5, art. 2:6 lid 2 en art. 3:7 lid 3) sluit nauw aan op de bepaling zoals wij die uit de WOR kennen (art. 20 WOR). Men moet geheim houden de informatie die onder die verplichting is verstrekt (aldus ook de strekking van art. 8 SE-RL). Ingevolge de IW moet men echter ook geheim houden zaken- en bedrijfsgeheimen die men in zijn voormelde hoedanigheid verneemt en alle aangelegenheden waarvan men, in verband met de opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijke karakter heeft moeten begrijpen. Met die twee laatste aanvullingen gaat de Nederlandse geheimhoudingsverplichting verder dan – strikt genomen – door de SE-RL wordt voorgeschreven. Dat gebeurde ook al bij de implementatie van de EOR-RL.

De IW voorziet in een expliciete bepaling van de strekking dat BOG/SE-OR (leden) de OK kunnen vragen de opgelegde geheimhouding op te heffen. Werknemersvertegenwoordigers die lid zijn van het toezichthoudend orgaan of bestuursorgaan krijgen dat recht niet (zie art. 1:5 lid 2 IW). Waarom zij worden uitgezonderd wordt verder niet toegelicht. De bepaling ziet slechts op de opgelegde geheimhouding. De toetsingsmaatstaf is wederom de redelijkheid bij afweging van de betrokken belangen.

---

[225] In die zin ook (maar dan in de context van de Europese ondernemingsraad) bijvoorbeeld J.J.M. Lamers, *De Europese ondernemingsraad in bedrijf*, met name hoofdstuk 4, in Medezeggenschap op Europees niveau, Vereniging voor Arbeidsrecht, Deventer, Kluwer 1997.

Concluderende observaties

De voorschriften omtrent informatie en geheimhouding zijn niet opzienbarend. Zij stemmen in grote lijnen overeen met wat wij reeds kennen uit de WOR/EOR-regelgeving. Er zijn enkele verschillen. De omvang en inhoud van de aan de SE te verstrekken informatie gaat iets verder dan tot dusverre in grensoverschrijdend verband gold. Dat geldt in het bijzonder vanwege de verplichting om aan de SE-OR ook te verstrekken de agenda's voor de vergaderingen van vennootschappelijke organen van de SE en alle documenten die ook aan de AvA van de SE worden voorgelegd. Daar waar de EOR-RL niet geldt of door art. 13 lid 1 van de SE-RL buitenspel wordt gezet, verzekert de informatieparagraaf de medezeggenschapsorganen binnen SE-verband van een aanvullende informatiebron, ook over zaken waartoe zij anders geen of moeilijk toegang zouden hebben.

Nieuw is de expliciete voorziening omtrent tussenkomst van de rechter ingeval van weigering om informatie te verstrekken en over oplegging van geheimhouding. Deze nieuwe bepalingen zullen ook gaan gelden in het kader van de WOR en de WEOR (op grond van de Richtlijn tot vaststelling van een algemeen kader betreffende informatie en raadpleging van de werknemers, zie noot 198).

5.3 Raadpleging

Uitleg

Ook raadpleging is een gedefinieerd begrip in de SE-RL. Het gaat om de instelling van een dialoog waarbij de werknemers, op basis van verstrekte informatie hun mening kunnen kenbaar maken waarmee rekening kan worden gehouden in het besluitvormingsproces binnen de SE (art. 2 onder j SE-RL). De nadere uitwerking daarvan is opgenomen in deel 2 van de referentievoorschriften, althans voor de situatie van bijzondere omstandigheden die aanzienlijke gevolgen voor de werknemers hebben. De SE-OR heeft in dat geval het recht op overleg met de "decision-makers" binnen de SE. Dit kunnen, afhankelijk van de omstandigheden, ook anderen zijn dan de SE-top. De SE-OR moet om het overleg vragen. Bij die gelegenheid vindt dan de raadpleging plaats. De raadpleging gaat, volgens de SE-RL, over maatregelen (in art. 2 spreekt de SE-RL nog over "beoogde" maatregelen) die aanzienlijke gevolgen hebben voor de werknemers. Daarbij kan de SE-OR een advies uitbrengen. Wordt dat niet gevolgd dan heeft de SE-OR recht op een tweede vergadering. Het doel daarvan is te trachten tot overeenstemming te komen. Deze raadpleging laat onverlet de rechten van de bevoegde SE-organen.

In het Brussels Coördinatieoverleg is gesteld dat de lidstaten de keuze hebben de in de SE-RL voorziene regels nader in hun regelgeving uit te werken.[226] De IW heeft dat in art. 3:9 tot op zekere hoogte gedaan. Voor de situatie van buitengewone omstandigheden en voorgenomen besluiten die aanzienlijke gevolgen hebben voor de werknemers heeft de SE-OR het recht op een vergadering. *Na afloop daarvan of binnen een redelijke termijn* kan de SE-OR *een advies* uitbrengen (cursiveringen van mij). Wordt dat niet gevolgd, dan is er het verdere verloop zoals hiervoor omschreven, dus recht op een tweede vergadering etc. De IW bepaalt dat de vergaderingen plaatsvinden op een zodanig tijdstip dat raadpleging nog zinvol is.

Commentaar

Raadpleging (en informatieverstrekking) volgens de SE-RL-voorschriften is heel wat anders dan wat wij kennen in het kader van de advies- en instemmingsprocedures van de WOR. De SE-RL-voorschriften tenderen enigszins in de richting van het proces dat geldt in het kader van het initiatiefrecht van een OR (art. 23 lid 3 WOR). De SE-RL-voorschriften zijn in zekere zin een combinatie van verschillende raadplegingsprocedures zoals die binnen de EU voorkomen.[227] De opstellers van de IW hebben blijkbaar wel zoveel mogelijk aansluiting willen zoeken bij het systeem van art. 25 WOR. Het raadplegingsrecht betreft voorgenomen besluiten terzake waarvan, zo stelt de MvT[228], de inhoud, motieven en gevolgen in beeld gebracht moeten worden. Het recht moet dus kunnen worden uitgeoefend voordat er iets definitiefs wordt besloten. Dat de raadpleging aan de uitvoering vooraf zou moeten gaan is mijns inziens ook het uitgangspunt van de SE-RL, ofschoon de term "beoogde maatregelen" volgens de definitie van de SE-RL niet terugkeert in de referentievoorschriften waar gesproken wordt over "maatregelen". Of de SE-RL onder maatregelen nu ook begrijpt (voorgenomen) besluiten is echter minder duidelijk. Het is goed denkbaar dat de opstellers van de SE-RL meer hebben gedacht aan bijvoorbeeld het Duitse model van raadpleging. De essentie van dat (op de Betriebsverfassungsgesetz steunend) model is dat de raadpleging niet betreft het besluit van de ondernemer (dat bij de raadpleging als een gegeven geldt) maar de gevolgen van het besluit voor de werknemers en wijze waarop daarin wordt voorzien (de zogenaam-

---

[226] Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, pt. 13.

[227] Vgl. voor een beknopte beschrijving van verschillende systemen bijvoorbeeld M. Biagi, *Forms of Employee Representational Participation*, in Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Kluwer 2001, p. 507 e.v. en C. Engels en L. Salas, *Transnational Information and Consultation: The European Works Council Directive*, in dezelfde publicatie p. 525 e.v.

[228] MvT IW p. 57.

de Interessenausgleich). Ook de in de SE-RL voorziene "tweede ronde" lijkt een beetje op het Duitse model waarin, als de sociale partners er in de eerste ronde niet uitgekomen zijn, de zaak nog eens opnieuw onder ogen wordt gezien onder leiding van een bemiddelaar.[229] Hoe het ook zij, een Nederlandse SE zal op grond van art. 3:9 IW het recht van de SE-OR moeten respecteren om (ook) geraadpleegd te worden over het besluit (waar de maatregelen waar de SE-RL het over heeft mijns inziens deel van uit maken). Dat moet gebeuren in de fase waarin het besluit nog voorgenomen is. Een van het voorgenomen besluit afwijkend advies dat de SE-OR tijdens of na de vergadering uitbrengt, sorteert niet de effecten die art. 25 WOR aan zo'n advies verbindt.[230] Zo is er geen verplichting tot motivering van het niet opvolgen van dat advies bij het definitieve besluit, geldt niet de opschortingstermijn voor wat betreft de uitvoering van een niet met het advies overeenstemmend besluit en last but not least: er kan geen beroep worden ingesteld bij de OK terzake van een besluit dat afwijkt van het advies. Het voorschrift van de tweede vergadering en het doel daarvan (zoals in de SE-RL uitdrukkelijk geformuleerd) maken de raadpleging evenwel iets minder vrijblijvend dan wat men op het eerste gezicht zou kunnen denken. De SE en de SE-OR zullen serieus met elkaar overleg moeten plegen om te trachten tenminste waar het betreft voorgenomen maatregelen met aanzienlijke gevolgen voor werknemers tot overeenstemming te komen.

5.4 *Medezeggenschap*

Uitleg

Het begrip medezeggenschap heeft in de SE-RL een andere lading dan wat wij daar in de Nederlandse context gewoonlijk onder verstaan. Bij medezeggenschap in de zin van de SE-RL gaat het om de invloed van werknemers op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om een aantal leden van het toezichthoudend orgaan of het bestuursorgaan te kiezen of te benoemen dan wel via het recht van aanbeveling of bezwaar met betrekking tot dergelijke benoemingen. De SE-RL spreekt over het recht om aanbevelingen

---

229 Vgl. hierover ondermeer L. Timmerman *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, Uitgave van het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, nr. 4, Deventer: Kluwer 1998 p. 34 e.v. en G.N.H. Kemperink, De Ondernemingskamer en het medezeggenschapsrecht in rechtsvergelijkend perspectief, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 562 e.v.

230 Koning meent dat de Nederlandse rechter zonodig wel maatregelen zou kunnen treffen (bijvoorbeeld het bij wege van voorlopige voorziening opleggen van een opschortingsverplichting) als de ondernemer de spelregels bij informatie en raadpleging niet in acht neemt (F. Koning, De Europese ondernemingsraad; keuzes en consequenties, *NV* 1995, p. 77. Ik betwijfel of hij gelijk heeft.

te doen of bezwaar te maken. Ik meen dat hieronder verstaan moet worden de situatie waarin er ofwel een aanbevelingsrecht is dan wel een bezwaarrecht, maar zeker ook de situatie waarin het recht bestaat uit een recht van aanbeveling èn een recht van bezwaar. Zou het anders zijn dan zou het aanbevelings- en bezwaarrecht zoals wij dat nu bij de structuurregeling kennen geen medezeggenschap zijn in de zin van de SE-RL. De SE-RL heeft echter nu juist ook die vorm van medezeggenschap op het oog (gehad). De SE-RL stelt in de definitie de invloed op de gang van zaken centraal. Deze dient, zo zegt de definitie, gestalte te krijgen via een van de twee vormen van (rechtspersonenrechtelijke) medezeggenschap. Hoe dat verder moet gebeuren wordt in de SE-RL echter niet nader uitgewerkt. De regeling van de medezeggenschap volgens de SE-RL beperkt zich dus tot een zekere invloed (als aan bepaalde voorwaarden is voldaan) op de benoeming van leden van bepaalde organen zonder de daarmee te bewerkstelligen invloed op de gang van zaken verder te normeren.

Een drietal opmerkingen bij de definitie van medezeggenschap in de SE-RL.

a. Het adviesrecht ex art. 30 WOR bij de benoeming en het ontslag van de bestuurder is geen medezeggenschap in de zin van de SE-RL. Art. 30 WOR-medezeggenschap is geen rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap en juist (en alleen) daarover gaat het bij de medezeggenschap in de zin van de SE-RL. Het adviesrecht van art. 30 WOR is naar aard en inhoud iets anders dan het aanbevelings- of bezwaarrecht. Het richt zich bovendien op de "bestuurder", een gedefinieerd begrip in de WOR. De in de SE-RL voorziene medezeggenschap richt zich op de leden van het toezichthoudend orgaan dan wel het bestuursorgaan. Een WOR-bestuurder zal in vele gevallen lid zijn van het bestuursorgaan, maar dat hoeft niet. Het medezeggenschapsrecht volgens de SE-RL richt zich op meerdere leden (immers; "een aantal of alle") van het bestuursorgaan, terwijl het adviesrecht van art. 30 WOR zich in principe slechts tot één functionaris beperkt. Het adviesrecht van art. 30 WOR betreft de benoeming en het ontslag (een koppel) en zo'n koppeling kent de medezeggenschap in de zin van de SE-RL niet. Invloed ten aanzien van ontslag wordt in het geheel niet genoemd in de definitie van medezeggenschap. Hoe het recht van art. 30 WOR ook wordt bekeken, het bevat op geen enkele manier medezeggenschap in de zin van de SE-RL. Daarop is al van verschillende kanten gewezen.[231] De IW huldigt een ander standpunt. Zo

[231] Zie ondermeer SER advies 03/08, 20 juni 2003 (zie noot 224), p. 54; D.C. Buijs, Gevolgen van de SE voor het structuurregime, voordracht tijdens het congres van 7 november 2003 van het Van der Heijden instituut "De Werknemer in het ondernemingsrecht" (nog niet gepubliceerd).

wordt in art. 1:6 lid 2 IW bepaald dat de OR ten aanzien van de benoeming van bestuurders niet de bevoegdheid heeft van art. 30 WOR. Het zou medezeggenschap (lees: medezeggenschap in de zin van de SE-RL) zijn en die kan, zo zegt de MvT, slechts van toepassing zijn op de SE als deze berust op een regeling ter uitvoering van de SE-RL. Art. 30 WOR is niet een regeling die is gesteld ter uitvoering van de SE-RL en dus – zo is de redenering van de MvT – geldt die regeling niet bij de SE. Ook elders in de MvT wordt de opvatting verdedigd dat een potentieel adviesrecht ex art. 30 WOR ten aanzien van de benoeming van iemand die bestuurder is in de zin van de WOR in een monistisch model (met een bestuursorgaan) medezeggenschap is in de zin van de SE-RL.[232] Het standpunt van de wetgever acht ik – om de hiervoor genoemde redenen – niet houdbaar. Het adviesrecht ex art. 30 WOR is geen medezeggenschap in de zin van de SE-RL. (Opvallend is overigens nog dat de tekst van art. 1:6 ineens spreekt over "bestuurders" waar elders vrijwel steeds wordt gesproken over de leden van het bestuursorgaan of toezichthoudend orgaan).

Ook elders bestaan werknemersrechten die in de buurt komen van medezeggenschap in de zin van de SE-RL. Zo bestaat bijvoorbeeld in Frankrijk het recht van werknemers om via afgevaardigden aanwezig te zijn in vergaderingen van de Conseil d'administration. Ook dat is echter geen medezeggenschap in de zin van de SE-RL.

b. De medezeggenschap van de SE-RL heeft geen betrekking op de benoeming van leden van het leidinggevend orgaan. Alleen het toezichthoudend orgaan en het bestuursorgaan worden in de medezeggenschapsdefinitie van de SE-RL genoemd.

Deze twee observaties hebben gevolgen. De rechten ex art. 30 WOR zijn in mijn visie wel op de SE van toepassing. Die kunnen uiteraard slechts geldend gemaakt worden als er een OR-structuur bij de SE is. Dat kan het geval zijn; de SE-RL houdt dat niet tegen. Ook andersoortige invloed van werknemers op de samenstelling van een leidinggevend orgaan of in het geheel andersoortige werknemersinvloed (bijvoorbeeld een aanwezigheidsrecht) kunnen in mijn visie van toepassing zijn op het niveau van de SE. Art. 13 lid 2 van de SE-RL (kort gezegd: medezeggenschapsrechten voorzover niet berustend op uitvoering van de SE-RL zijn niet van toepassing op de SE) houdt ook dat niet tegen. Dat artikel zegt alleen iets over de samenloop van SE-RL-medezeggenschap met medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) die berust op nationale wetge-

232 Zie MvT IW p. 28 en p. 13.

ving. Bij de hiervoor onder a. en b. besproken rechten gaat het echter niet over rechten betreffende medezeggenschap in de betekenis die de SE-RL daaraan geeft. Een Nederlandse SE met een dualistisch model en een (op Duitse leest geschoeid) benoemingsrecht ten aanzien van leden van het toezichthoudend orgaan zal daarnaast ook het adviesrecht ex art. 30 WOR ten aanzien van de bestuurder moeten respecteren. Heeft deze SE een monistisch model dan is samenloop tussen het benoemingsrecht en het recht van de Nederlandse OR ex art. 30 WOR denkbaar en zelfs zodanig dat de verschillende rechten worden uitgeoefend ten aanzien van een en dezelfde persoon.
De medaille heeft echter ook een keerzijde. De hier besproken rechten (die geen medezeggenschap zijn in de zin van de SE-RL) doen niet mee voor de bepaling van de vraag of er bij de oprichters medezeggenschap bestaat en evenmin bij de bepaling van bepaalde drempels die gelden in verband met de invoering van medezeggenschap bij de SE. Voor wat betreft de relevantie van dat feit verwijs ik naar paragraaf 7.4.4.

c. De SE-RL gaat er zonder blikken of blozen vanuit dat beide vormen van medezeggenschap even makkelijk toepasbaar zijn om het even voor welke bestuursstructuur de SE kiest (monistisch of dualistisch). Papier is geduldig. De keuze die de oprichters van een SE kunnen maken voor een van de twee bestuursmodellen maakt, in het algemeen gesteld, voor de regeling van de rol van werknemers op basis van de SE-RL nogal verschil. Bestaande medezeggenschapsvormen, die zich bijvoorbeeld richten op de benoeming van leden van het leidinggevend orgaan, laten zich niet zomaar – en zonder inbreuk te maken op de portee van het medezeggenschapsrecht – transformeren tot eenzelfde recht maar dan uitgeoefend bij de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan.[233] Gold daarentegen in een van de deelnemende vennootschappen bijvoorbeeld het recht van aanbeveling en bezwaar bij benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan dan is het regelen van het dienovereenkomstige recht ten aanzien van de leden van een bestuursorgaan (monistisch model) evenzeer een lastig vraagstuk. Tal van andere configuraties zijn denkbaar met even zovele complicaties bij de regeling van de rol van werknemers. Dit punt weegt zwaarder naar gelang invoering van een medezeggenschapsvorm tevens gepaard gaat met het van kracht worden

[233] Naar mag worden aangenomen zal – als er medezeggenschap moet komen in de SE – gekozen worden voor het dualistisch systeem; de meeste ondernemingen zullen weinig behoefte voelen medezeggenschap toe te laten in het bestuursorgaan. Vgl. ook J.W. Winter, De Europese vennootschap: besturen in en toezicht houden in rangen en standen, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 196.

van andere medezeggenschapselementen die aan die vorm (inherent) zijn verbonden. Dat punt komt verder aan de orde in paragraaf 9.3.

5.5 *"De hoogste aantal-doctrine"; inperking van medezeggenschap*

De SE-RL bevat bepaalde barrières die erop gericht zijn inperking van medezeggenschap zoals die bestaat bij een of meer van de deelnemende vennootschappen te voorkomen (zonder zo'n inperking in het geheel onmogelijk te maken). Voor de uitleg van het begrip "inperking" kiest de SE-RL een zuiver kwantitatief criterium. Van inperking is sprake als het aantal leden ten aanzien van wie bij de SE het benoemings- (of verkiezings-) recht dan wel het aanbevelings- of bezwaarrecht geldt geringer is dan het hoogste aantal leden ten aanzien van wie dit recht (of één van deze rechten) geldend gemaakt kan worden bij de deelnemende vennootschappen. Het doet er daarbij niet toe van welk vennootschapsorgaan de desbetreffende leden deel uit maakten. Evenmin is daarbij van belang wat het inhoudelijk gehalte en de effectiviteit is van de aan een van deze vormen verbonden medezeggenschap.[234] Het bij een Nederlandse deelnemende vennootschap bestaande aanbevelings- en bezwaarrecht ten aanzien van alle leden van het toezichthoudend orgaan is – in de zin van de SE-RL – per definitie van hogere orde dan het rechtstreeks benoemingsrecht van een derde (Duits model) of de helft (Oostenrijks model) van de leden van de Aufsichtsrat. Al deze drie vormen zijn van hogere orde dan het recht van werknemers(vertegenwoordigers) om een kleiner aantal leden rechtstreeks te benoemen in het bestuur ("workers-directors") zoals dat bijvoorbeeld bestaat in Denemarken en Zweden. Het bij de Nederlander bestaande systeem "wint" het dan van alle anderen. Zouden slechts één Zweedse en één Duitse vennootschap deelnemers aan de oprichting zijn met een benoemingsrecht van twee leden in de Zweedse *board* respectievelijk drie leden in de Aufsichtsrat dan wint Duitsland. Ik zou menen dat de feitelijke situatie in de deelnemende vennootschappen ten tijde van de regeling van de rol van de werknemers beslissend is en niet het (theoretisch maximum) aantal leden ten aanzien waarvan rechten zouden kunnen gelden.[235]

---

234 O.a. R.H. van het Kaar, De Europese vennootschap en de medezeggenschap, *Sociaal Recht* 2003, p. 184; P.L. Davies, Workers on the board the European company? *Industrial Law Journal* Vol. 32, No 2 June 2003, p. 85 e.v.

235 Zie voor een overzicht van vormen van – rechtspersonenrechtelijke- medezeggenschap o.a Annex III bij het rapport van de Commissie Davignon, Final Report of the Group of Experts "European Systems of Worker Involvement"(with regard to the European Company Statute and the other pending proposals), mei 1997 en ook M. Biagi, *Forms of Representational Participation* p. 519 e.v. in Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Kluwer Law International 2001.

De benadering van de SE-RL – die ik hierna de "hoogste aantal-doctrine" noem – heeft iets aantrekkelijks (zoals elke eenvoudigste oplossing). Men hoeft immers alleen maar te kijken naar het aantal om het meest geavanceerde systeem (waaraan de bescherming toevalt) te kunnen aanwijzen. Of deze eendimensionale benadering (zoals Van het Kaar dat noemt) nu ook bescherming biedt aan de (intrinsiek) meest geavanceerde medezeggenschapsvorm moet intussen wel sterk worden betwijfeld.

6. Het bereik van de SE-Richtlijn en de IW

6.1 Inleiding

De SE-VO introduceert de SE als nieuwe facultatieve supranationale rechtsvorm. Men kan er dus voor kiezen. De verplichting om bij een SE de rol van de werknemers te regelen is (anders dan bijvoorbeeld bij de EOR) niet afhankelijk van een bepaalde omvang van het personeelsbestand, ten tijde van (of na) de oprichting van de SE. Ook in kleinschalige SE-verbanden geldt de verplichting. Is er geen regeling van de rol van werknemers gekomen bij de oprichting dan ontstaat de verplichting nadien niet, ook niet als het SE-verband bepaalde drempels is gaan overschrijden. De reikwijdte van de SE-RL is uitdrukkelijk beperkt tot de totstandkoming van een rol voor werknemers in de fase van oprichting van een SE.

Een SE kan op vijf manieren worden opgericht. De SE-RL bestrijkt slechts vier daarvan. Ongeregeld bleef de modaliteit van oprichting van een SE door een SE zelf (de modaliteit genoemd in art. 3 lid 2 VO). Bij deze modaliteit, die moet worden onderscheiden van de gezamenlijke oprichting van een dochter-SE, behoeft dus kennelijk niet op voet van de SE-RL voorzien te worden in de rol van werknemers bij die dochter-SE.[236] Het is de vraag of dit bewust ongeregeld is gelaten. Elke toelichting op dit punt ontbreekt. Mogelijk heeft de gedachte gespeeld dat in zo'n constellatie de rol al geregeld is op het niveau van de oprichtende SE (een soort "concern-vrijstelling"). Dan had een daartoe strekkende bepaling opgenomen moeten worden. Nu dat niet zo is, kan mijns inziens een dergelijke dochter-SE niet ontstaan (lees: niet worden ingeschreven) als niet aan de voorwaarden van art. 12 lid 2 SE-VO is voldaan (kort gezegd: er moet duidelijkheid zijn of en hoe de rol van werknemers is geregeld).

---

[236] Zo ook D.C. Buijs, Gevolgen van de SE voor het structuurregime, voordracht tijdens het congres van 7 november 2003 van het Van der Heijden instituut "De Werknemer in het ondernemingsrecht" (nog niet gepubliceerd).

6.2 *Welke ondernemingen zijn relevant voor de SE-RL?*

Ik begin met wellicht een "minor detail". Waarom zou de IW de gelegenheid niet te baat nemen om de terminologie van de SE-RL in overeenstemming te brengen met het begrippenarsenaal waarmee wij in het ondernemingsrecht werken? Al eerder en in ander verband heeft het door elkaar gebruiken van begrippen als onderneming, ondernemer en vennootschap tot de nodige (en mogelijk onbedoelde) discussie aanleiding gegeven. Ik noem als voorbeeld het klassieke vraagstuk of de overdracht van aandelen in een vennootschap gezien kan worden als overdracht van zeggenschap over de onderneming. Een discussie die via een rechterlijke tussenkomst[237] inmiddels wel tot een voor de praktijk hanteerbare uitkomst heeft geleid. De tekst van de SE-RL verzet zich mijns inziens niet tegen een implementatie die beter aansluit op het ondernemingrechtelijk begrippenarsenaal. Meer algemeen gesproken zou – in het kader van de WOR-evaluatie – dit punt eens meegenomen moeten worden.

Vanuit Nederlands perspectief bezien kan aan de oprichting van een SE worden deelgenomen door een NV (bij de fusie- resp. omzettingsmodaliteit), en een NV dan wel een BV (bij de holdingmodaliteit); zie art. 2 SE-VO en de daarbij behorende twee bijlagen. Aan de oprichting van een dochter-SE kan evenwel ook door anderen dan een NV of een BV worden deelgenomen. De SE-VO geeft in art. 2 lid 3 deze bevoegdheid aan de veel ruimere kring van vennootschappen, nl. vennootschappen in de zin van art. 48 EG-Verdrag en daaronder vallen ook andersoortige samenwerkingsverbanden, mits zij maar een winstoogmerk hebben. Slechts vennootschappen die zijn opgericht volgens het recht van een lidstaat, en hun statutaire zetel en hoofdbestuur hebben in de Gemeenschap kunnen aan oprichting deelnemen. Nederland wil gebruik maken van de door de SE-VO geboden mogelijkheid dat een dergelijke vennootschap, die haar hoofdbestuur echter buiten de Gemeenschap heeft, aan de oprichting kan deelnemen (art. 2 UitvW).

In het totale speelveld van de oprichtingsfase brengt de SE-RL diverse partijen in beeld. Enige ordening is daarbij op zijn plaats. De SE-RL onderscheidt, naast de SE, deelnemende vennootschappen, dochterondernemingen van vennootschappen, en betrokken dochterondernemingen en vestigingen (art. 2 SE-RL). De verplichtingen van de SE-RL richten zich voor wat betreft de oprichtingsfase in essentie op de deelnemende vennootschappen en voorts op de SE voor wat betreft de uitvoering van de overeenkomst respectievelijk de toepassing van de referentievoorschriften. Reeds deze

237 Gerechtshof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990, 734 (*PUEM*).

omstandigheid brengt met zich dat er altijd deelnemende vennootschappen betrokken moeten zijn bij de oprichting. Immers slechts deze vennootschappen hebben de verplichtingen ingevolge de SE-RL in de oprichtingsfase, zoals bijvoorbeeld de verplichting om met werknemersvertegenwoordigers te onderhandelen over de rol van werknemers bij de SE. Strikt genomen hebben groepsverbonden vennootschappen, ook al is dat bijvoorbeeld de moeder die tot een SE-constellatie wil komen, daarbij niet een rol indien zij niet (tevens) als deelnemende vennootschappen kunnen worden aangemerkt.

"Deelnemend" is de vennootschap die rechtstreeks deelneemt aan de oprichting van een SE. Van een rechtstreeks deelnemende vennootschap is sprake, aldus de MvT IW (bij art.1:1 onder e) indien de aandeelhouders van de deelnemende vennootschap(pen) aandeelhouder worden van de SE of – ingeval van oprichting van een dochter-SE – wanneer de deelnemende vennootschappen aandeelhouder worden in de SE. De MvT verwijst daarbij naar de artt. 29, 33, 36 en 37 SE-VO, maar daaruit volgt deze uitleg niet zonder meer. Waar deze uitleg precies op berust is niet duidelijk. De uitleg betekent mijns inziens dat de moeder (bijvoorbeeld een Nederlandse structuurvennootschap) die een dochter laat fuseren met een andere vennootschap tot een SE (waarbij de moeder overigens wel aandeelhouder wordt in de aldus te vormen SE) niet de deelnemende vennootschap is; de dochter is de deelnemende vennootschap; haar aandeelhouder, de structuurmoeder, wordt aandeelhouder in de SE. Dat heeft consequenties. Zo moet de dochter, als deelnemende vennootschap, onderhandelen met de werknemersvertegenwoordiging over de rol van de werknemers bij de SE, niet de moeder. Verder is de bij de moeder bestaande medezeggenschap (in dit voorbeeld: het aanbevelings- en bezwaarrecht) niet relevant voor de beoordeling van de vraag of er bij de te vormen SE medezeggenschap moet komen. De SE-RL acht voor de plicht tot invoering van medezeggenschap bij de SE slechts bepalend de vraag of er bij de deelnemende vennootschappen relevante medezeggenschap bestaat. Daaruit en uit de definitie en met name de uitleg van "deelnemend" volgt dat het bereik van de SE-RL beperkter is dan wij vanuit Nederlands medezeggenschapsperspectief op het eerste gezicht zouden verwachten.

De (betrokken) dochteronderneming

Het begrip "dochteronderneming" wordt in het verlengde van de SE-RL in de IW vertaald door de introductie van het begrip "moederonderneming" dat eenzelfde inhoud krijgt als in art. 2 WEOR. Het komt er daarbij op neer dat elke onderneming, die niet is de onderneming die direct of indirect de overheersende invloed uitoefent over de met haar in een groep verbonden onder-

nemingen, een dochter is. De bepaling moet zo worden uitgelegd dat onder de dochters vallen allen die in de piramide onder de moeder hangen.

Ten aanzien van het bestaan van "overheersende invloed" wordt een aantal rechtsvermoedens geformuleerd. Deze liggen in de sfeer van benoemings- resp. stemrechten en kapitaalverschaffing. De criteria stemmen, praktisch gesproken, nagenoeg overeen met de omschrijving van "dochteronderneming" in art. 2:24a BW.[238] De vermoedens zijn vatbaar voor te leveren tegenbewijs. Punt van aandacht is de vraag welk recht bepaalt welke onderneming de moeder is. Dat is volgens de IW (art. 1:2 lid 6) het recht van de lidstaat dat op die onderneming van toepassing is. In het rapport van het Brussels Coördinatieoverleg wordt nog opgemerkt dat de vraag of een entiteit een dochter is, beoordeeld moet worden naar het recht van vestiging van die dochter.[239] De beoordeling of er in een bepaalde situatie van een moeder-dochter verhouding sprake is kan dus gelijktijdig onderworpen zijn aan twee verschillende rechtsstelsels met mogelijk verschillende uitkomsten.[240]

De IW neemt niet over de aanbeveling van de Raad van State om, net als ook gebeurd is bij de implementatie van de EOR-RL (waarnaar de SE-RL uitdrukkelijk verwijst), een regeling op te nemen voor het geval de onderneming buiten de Gemeenschap is gevestigd.[241] Wie hier gelijk heeft, en meer algemeen de vraag wie wel of niet de moeder is, is in het kader van de SE wat minder van belang dan bij de EOR. Binnen SE-verband wordt het begrip "moeder" vooral gehanteerd om reliëf te geven aan wie de "dochter" is. Die opmaat is nodig om vervolgens te kunnen bepalen of de dochter ook een "betrokken" dochter is (zie daarover hierna). In EOR-verband heeft deze discussie echter een andere impact in de zin dat daar de specifieke verplichtingen ingevolge de EOR-RL worden opgelegd aan de "moeder".

Dan nog de "betrokken dochteronderneming". Daarvan is sprake als een vennootschap i) een dochter is van een deelnemende vennootschap en ii) bij oprichting van de SE een dochter van de SE wordt. Dat zal vrijwel altijd het geval zijn waar de dochter van een deelnemende vennootschap het lot van haar moeder (de deelnemende vennootschap) volgt en dus (in-)direct onderdeel wordt van de SE-constellatie. In het geval van oprichting van een dochter-SE hoeft dat met de dochter van een deelnemende vennootschap niet te

238 Vgl. bijvoorbeeld Bartman/Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, vijfde druk p. 147.

239 Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, pt. 8.

240 Vgl. voor soortgelijke problematiek maar dan in EOR-verband: D.C. Buijs, *Pas de deux van de Europese ondernemingsraad en het Europese (ondernemings)recht*, (noot 207), p. 65 e.v.

241 Zie daarover MvT IW p. 22.

gebeuren (immers als zij niet bij de oprichting wordt verhangen naar de dochter-SE). De relevantie van de "betrokken dochter" schuilt in feite slechts in de omstandigheid dat de aldaar werkzame werknemers meetellen voor de samenstelling van het vertegenwoordigingsorgaan en de besluitvormingsregels. Voor meer niet.

Wij kennen in de Nederlandse verhoudingen ook het begrip "betrokken" onderneming in regelgeving die strekt tot bescherming van de belangen van werknemers. Ik doel op de Fusiegedragsregels 2000. Dat begrip heeft in de Fusiegedragsregels echter een geheel andere inhoud en betekenis. Het begrip betrokkenheid geldt in de Fusiegedragsregels als criterium om te bepalen op welke ondernemingen deze regels van toepassing zijn en om te bepalen op welke partijen de verplichting rust tot naleving daarvan. Voor wat betreft het eerste punt zien de Fusiegedragsregels op de onderneming(en) die het rechtstreekse object van de fusie zijn maar ook op de ondernemingen die een relevante invloed van de fusie (kunnen) ondergaan. Voor wat betreft de verplichting tot naleving moeten de Fusiegedragsregels zo worden verstaan dat deze niet alleen rusten op de ondernemingen die partij zullen zijn bij de overeenkomst die strekt tot de fusie maar ook op de ondernemingen die materieel daarbij partij zijn. Een aldus gedefinieerd bereik strekt aanzienlijk verder dan het bereik van de SE-RL.[242] Ondernemingen die "betrokken" zijn in de zin van de Fusiegedragsregels spelen daar dus een bepaalde inhoudelijke rol met daaraan gekoppelde verplichtingen. Ondernemingen die "betrokken" zijn in de zin van de SE-RL hebben evenwel geen verplichtingen ingevolge de SE-RL (die rusten immers slechts op de deelnemende vennootschappen) en de bij die ondernemingen bestaande rol van werknemers is voor de regeling van de rol van werknemers bij de SE niet (rechtstreeks) van belang. Toegepast op het hierboven genoemd voorbeeld: de Nederlandse structuurmoeder is wel "betrokken" in de zin van de Fusiegedragsregels maar voor de SE-RL is zij geen "betrokken onderneming". Zij speelt niet alleen geen rol als het gaat om de verplichtingen op grond van de SE-RL; ook speelt de bij die moeder bestaande medezeggenschap niet mee voor de vraag of er bij de SE medezeggenschap moet komen en de werknemers van de moeder tellen niet mee voor de samenstelling van de vertegenwoordigingsorganen en hun besluitvormingsregels. Heeft, in het voorbeeld, de fuserende dochter zelf een dochter, die – na de oprichting van de SE – onder de SE komt te hangen, dan is zij een "betrokken dochter".

---

[242] Vgl. o.a. G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten. De toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden en de SER-Fusiegedragsregels bij fusie- en overnametransacties*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 2002, p. 29 e.v.

6.3 *Welke werknemers zijn relevant voor de SE-RL?*

De SE-RL onderscheidt i) werknemers van de deelnemende vennootschappen/SE, ii) werknemers van de deelnemende vennootschappen/SE en van de betrokken dochters en iii) werknemers. Wie werknemer is, wordt in de SE-RL niet bepaald. Dat is overgelaten aan de lidstaten. Nederland implementeert dat begrip in art. 1:3 IW aldus (en overeenkomstig de WEOR) dat het bij in Nederland werkzame personen gaat om personen die krachtens arbeidsovereenkomst (ongeacht met wie) werkzaam zijn in de SE, de deelnemende vennootschappen of een betrokken dochter (ongeacht de arbeidsomvang). Indien het gaat om een persoon die werkzaam is in een andere lidstaat, dan bepaalt het recht van die lidstaat of hij een werknemer is die onder het bereik van de SE-RL valt. Toch zijn niet allen die tot de categorie van werknemers behoren in elk opzicht in gelijke mate relevant voor de toepassing van de SE-RL. Dit uit zich met name bij de (belangrijke) vraag in welke gevallen de SE verplicht is (dus buiten het geval van een overeenkomst met de werknemersvertegenwoordigers bij de oprichting van de SE) medezeggenschap te installeren. De SE-RL kijkt daarbij slechts naar de situatie zoals die bij de deelnemende vennootschappen bestaat; of er bij andere onderdelen van de groep waartoe de deelnemende vennootschap behoort medezeggenschap bestaat, is niet relevant. De bij een deelnemende vennootschap bestaande medezeggenschap moet voorts – dat is de hoofdregel – een zeker (minimum)percentage van de werknemers bestrijken (de drempel). Voor de bepaling van de vraag of de drempel wordt gehaald wordt uitsluitend gekeken naar de werknemers van de deelnemende vennootschappen; werknemers van de betrokken dochterondernemingen, of andere onderdelen van de groep waartoe de deelnemende vennootschap behoort, tellen daarvoor niet mee (zie verder paragraaf 7.4.4).[243]

Dit alles ligt iets anders in het geval de SE wordt opgericht via omzetting. Als er bij de vennootschap die wordt omgezet medezeggenschap gold dan moeten alle elementen daarvan terugkeren bij de SE, dus ongeacht de vraag hoeveel werknemers van de deelnemende vennootschappen door de medezeggenschap werden bestreken. In die situatie doet bijvoorbeeld het wel of niet meetellen van werknemers van de betrokken dochters voor de bepaling of relevante drempels zijn gehaald feitelijk niet terzake.

---

243 Op diverse plaatsen is dit punt – kritisch – gesignaleerd. Zo bijvoorbeeld Buijs die het eigenaardig noemt dat de werknemers van de betrokken dochters niet meetellen en vindt overigens de drempelbepaling nogal arbitrair: D.C. Buijs, de Europese vennootschap: een instrument voor internationale reorganisaties voor liefhebbers van een rol van werknemers, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2001, p. 125.

De werknemers van de betrokken dochters tellen wel mee voor de representatieve samenstelling van de BOG en de SE-OR. De leden van de BOG en de SE-OR vertegenwoordigen de werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters van hun lidstaat. Voor bepaalde besluiten van de BOG en de SE-OR is een gekwalificeerde meerderheid vereist. Die moet dan ook nog eens een gekwalificeerde meerderheid representeren van de werknemers die door elk lid vertegenwoordigd worden; daarbij tellen, naast de werknemers van de deelnemende vennootschappen, de werknemers van de betrokken dochters mee (zie verder paragraaf 7.5). Kortom: de werknemers van de betrokken dochters (of andere ondernemingen met wie de deelnemende vennootschap in een groep is verbonden) doen slechts in beperkte mate mee.

De benadering van de SE-RL wijkt in dit opzicht sterk af van wat wij in Nederland kennen. In ons systeem wordt voor de toepasselijkheid van bepaalde medezeggenschapsregelingen naar de Nederlandse groep (of het concern) in zijn geheel gekeken. De COR-structuur, de structuurregeling en de Fusiegedragsregels zijn daar voorbeelden van. De werknemers van de totale groep hebben in die regelingen (in-)direct medezeggenschapsrechten. Zo heeft elke OR van een onderneming die tot een structuurvennootschap behoort (bij het ontbreken van een COR) het aanbevelings- en bezwaarrecht. In de nieuwe structuurwet moet het versterkt aanbevelingsrecht wel gezamenlijk door de OR-en worden uitgeoefend maar dat laat onverlet dat de werknemers van dochters dus zelf invloed kunnen uitoefenen.[244] Wij kennen dus in zekere zin concernmedezeggenschap. Zo ver reikt de SE-RL evenwel niet.

Concluderende observaties:

Het bereik van de SE-RL is minder groot dan men op het eerste gezicht wellicht zou denken. Dat komt vooral doordat de verplichtende voorschriften zich richten tot de SE en de deelnemende vennootschappen, zijnde de vennootschappen die rechtstreeks deelnemen aan de oprichting van de SE. De uitleg van "rechtstreeks" maakt dat allerlei andere, met de deelnemende vennootschappen verbonden ondernemingen (ook al zijn zij nauw bij de oprichting betrokken), niet relevant zijn, tenzij zij als deelnemende vennootschappen kunnen worden aangemerkt. Niet relevant voor het dragen van verplichtingen, niet relevant voor de vraag of bij deze ondernemingen bestaande medezeggenschap zou moeten gaan gelden voor de SE. Verder is het bereik

[244] Zie mijn *"Het wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad"*, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002/2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 257.

beperkt doordat medezeggenschap slechts kan worden afgedwongen als deze bestond bij de deelnemende vennootschap(pen). Medezeggenschap die elders binnen het concern bestaat is voor de regeling van de rol van de werknemers bij de SE niet relevant. Het idee van de concernmedezeggenschap is maar gedeeltelijk te herkennen in de SE-RL. Eigenlijk alleen op het punt dat werknemers van de betrokken dochters (een begrip met een beperkte lading, beperkter bijvoorbeeld dan in de Fusiegedragsregels) meedoen voor de representatieve samenstelling van de BOG en de SE-OR en voor bepaalde besluitvormingsregels is dit het geval. De (medezeggenschaps-)rol van concernwerknemers die niet in dienst zijn van een van de deelnemende vennootschappen is een mindere dan de rol die zij binnen de (Nederlandse) concernmedezeggenschapsverhoudingen gewoonlijk hebben. Dat is wel even wennen, maar daar zullen we mee moeten leven.

7. Het proces

7.1 Inleiding

Zonder de regeling van de rol van de werknemers op voet van de SE-RL kan een SE niet worden opgericht. De oprichters zijn voor de oprichting van een SE afhankelijk van de totstandkoming van een regeling van die rol. Dat verklaart waarom zij daartoe het initiatief moeten nemen. In de woorden van de SE-RL (art. 3 lid 1) moeten zij het nodige doen om met de vertegenwoordigers van de werknemers in onderhandeling te treden over regelingen inzake de rol van de werknemers. Die verplichting rust op de deelnemende vennootschappen. Hoe het proces van de regeling van de rol van de werknemers verder verloopt is in dit hoofdstuk aan de orde. Ik kijk naar de samenstellings- en besluitvormingsregels (die tamelijk ingewikkeld zijn); ik besteed aandacht aan het onderhandelingsproces zelf en behandel daarbij de verschillende uitkomsten van overleg en de daaraan verbonden gevolgen; ik bespreek tenslotte de rol die de nationale medezeggenschap in dat verband kan spelen.

7.2 Samenstelling Bijzondere Onderhandelingsgroep

7.2.1. Inleiding

Met het oog op de te voeren onderhandelingen moet er te allen tijde een BOG komen, ook als blijkt dat de betrokken werknemers niet geïnteresseerd zijn in een regeling van hun rol bij de SE. In het (vermoedelijk theoretisch) geval dat het collectief van de betrokken werknemers (bewust) weigert mee te werken aan de totstandkoming van een BOG zou de oprichting (en inschrijving) van een SE geblokkeerd worden. De oprichters kunnen dan, zo

lijkt me, als belanghebbende een nalevingsactie instellen bij – als het gaat om een SE die in Nederland zal worden gevestigd – de OK. Art. 1:5 IW geeft daarvoor een grondslag. Het samenstellen van een BOG moet gebeuren zo spoedig mogelijk na de openbaarmaking van de oprichtingsvoorstellen dan wel (in het geval van oprichting van een dochteronderneming of omzetting in een SE) nadat over de voorstellen daartoe overeenstemming is bereikt. Zo staat het ook in art. 2:2 lid 3 IW. Het moment waarop de oprichters actie moeten nemen verschilt dus naargelang de oprichtingsmodaliteit. Dat kan op zichzelf beschouwd invloed hebben op het onderhandelingsproces. Ik laat dat punt verder rusten. In alle situaties geldt immers dat de uitkomst van het overleg met de vertegenwoordigers van de werknemers een resultaat moet opleveren dat de oprichting en inschrijving van een SE mogelijk maakt.

De samenstelling van de BOG moet representatief zijn voor de werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters. Het uitgangspunt van de SE-RL (art. 3 lid 2) vindt men in de IW terug in art. 2:3. Zoals hierna zal blijken zal op grond van de IW dat uitgangspunt gedurende het gehele onderhandelingsproces moeten gelden. In navolging van de aanbevelingen van de Commissie Davignon,[245] is er in de SE-RL voor wat betreft de samenstelling gekozen voor een combinatie van een geografische en een proportionele factor. Elke lidstaat waarin een deelnemende vennootschap en/of een betrokken dochter actief is, heeft een vertegenwoordiging die proportioneel is ten opzichte van het totaal aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters. Is eenmaal bepaald hoeveel leden de BOG telt dan geschiedt de aanwijzing per lidstaat en wel door de gezamenlijke deelnemende vennootschappen en betrokken dochters van elke betrokken lidstaat en op de wijze die door de lidstaat wordt bepaald. In navolging van de conclusies van het Brussels Coördinatieoverleg[246] bepaalt de IW dat daarbij moet worden aangegeven welke (en hoeveel) werknemers het aangewezen BOG-lid vertegenwoordigt. Op de onderhandelingsprocedure is van toepassing het recht van de lidstaat waar de SE zal worden gevestigd.

---

[245] Final Report of the Group of Experts "European Systems of Worker Involvement" (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals), mei 1997, onder meer besproken door M.G. Rood, Rapport Davignon over medezeggenschap bij de SE, *TVVS* 1997, p. 215 en J.W. Winter, Voortgang Europese Vennootschap na Davignon, *TVVS* 1998, p. 14 e.v.

[246] Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, pt. 15.

7.2.2 Het aantal leden, de verkiezing/aanwijzing en de vertegenwoordiging

Aantal

De deelnemende vennootschappen zullen genoegzame informatie moeten verschaffen over de samenstelling van het personeelsbestand, onderverdeeld naar werknemers per deelnemende vennootschap en de betrokken dochter(s) – ik noem hen hierna "de betrokken werknemers" – en uitgesplitst naar betrokken lidstaat (art. 2:2 lid 2 IW). Dat moet spontaan gebeuren; een situatie zoals in de Bofrost-zaak waar – kort gezegd – werknemers tevergeefs hadden geprobeerd dergelijke informatie te verkrijgen om te kunnen vaststellen of de EOR-RL op de Bofrostgroep van toepassing was zal zich hier niet zo snel voordoen.[247] De foto van de personeelssamenstelling moet worden gemaakt op het moment waarop het oprichtingsvoorstel wordt gepresenteerd.

Er is recht op een lid in de BOG voor elke 10% (of gedeelte daarvan) van de betrokken werknemers dat – ten opzichte van het totaal aantal betrokken werknemers – werkzaam is binnen een lidstaat. Dat is een ander criterium dan de EOR-RL hanteert. Daarin is immers bepaald (zie art. 9 WEOR) dat er een lid is voor elke lidstaat waar de communautaire onderneming actief is en – aanvullend – één, twee resp. drie zetels voor de lidstaat waar 1/4, 1/2 resp. 3/4 van de werknemers werkzaam is. De SE-RL schrijft noch een minimum noch een maximum aantal leden voor. Ook dat is anders dan bij de EOR. Een BOG ingevolge de EOR-RL bestaat uit tenminste drie en ten hoogste 17 leden (ten tijde van de totstandkoming van de EOR-RL, 22 september 1994, bestond de EU nog uit 11 lidstaten). De WEOR heeft dit voorschrift van de EOR-RL zodanig vertaald dat een BOG meer leden kan hebben dan 17. Of dat wel verenigbaar is met de EOR-RL is de vraag. Die problematiek zal zich bij een BOG ingevolge de SE-RL niet voordoen: er is immers geen maximum. Het ontbreken van een onder- en bovengrens in de SE-RL kan merkwaardige gevolgen hebben. Wanneer NL-BV (met vier werknemers) een SE-holding wil formeren met UK-Ltd (met ook vier werknemers) dan zou er een BOG van tien leden moeten komen, vijf uit Nederland, vijf uit Engeland terwijl er in totaal maar acht werknemers zijn. Zouden er bij NL-BV twee en bij UK-Ltd acht werknemers zijn dan is er BOG van tien met twee uit Nederland, acht uit Engeland. Eenzelfde samenstelling kent de BOG als er bij NL-BV (inclusief de betrokken dochters) 200 en bij UK-Ltd (inclusief haar betrokken dochters) 800 werknemers zijn.

---

247 HvJ 29 maart 2001, *JOR* 2001/143 m.nt. Van het Kaar; ook besproken door Y. Konijn, *Sociaal Recht* 2001, p. 154/155.

Afhankelijk van de mate van spreiding van de deelnemende vennootschappen (en de betrokken dochters) over de lidstaten kan er, ook bij een in absolute zin gering aantal betrokken werknemers, een relatief grote BOG komen. De bovengrens lijkt mij, bij het huidige aantal van 15 lidstaten te liggen bij 24 zetels (voorbeeld met wiskundige precisie: negen deelnemende vennootschappen (deelnemende vennootschappen en betrokken dochters) met ieder 10,1% van het totale bestand van betrokken werknemers en zes deelnemende vennootschappen (eveneens deelnemende vennootschappen en betrokken dochters) met ieder 1,5%, leidt tot een BOG van 9x2 plus 6x1 is in totaal 24). Dat aantal kan dan nog met 20% worden uitgebreid (zie daarover paragraaf 7.2.4). Met name in constellaties met relatief weinig betrokken werknemers en/of grote spreiding ontstaan dus onevenredig grote BOG's. Voor de SE-OR geldt krachtens de referentievoorschriften (die dezelfde systematiek kennen) overigens precies hetzelfde.

Aanwijzing

Elke lidstaat bepaalt zelf de wijze van verkiezing of aanwijzing van de leden die vanuit zijn grondgebied in de BOG zitting zullen nemen (art. 3 lid 2 onderdeel b, SE-RL). Dat is een nationale zaak. Eventuele conflicten daarover moeten dan ook volgens het recht van de desbetreffende lidstaat worden opgelost, en niet volgens het recht van de lidstaat dat (overigens) van toepassing is op alles wat met de onderhandelingsprocedure te maken heeft. De IW stelt voor de aanwijzing te laten geschieden door de OR-en van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters (art. 2:4 lid 2). In de uitwerking van dit voorstel wordt vervolgens geheel aangesloten bij de aanwijzingsprocedure in het kader van de WEOR. Kort gezegd komt die erop neer dat de COR (en als die er niet is) de GOR de leden aanwijst, zonodig samen met de OR-en van (vermoedelijk) de betrokken deelnemende vennootschappen en dochters die daarin niet vertegenwoordigd zijn; doen er deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochters mee die geen OR hebben dan mogen de daar werkzame werknemers zich uitspreken over de aan te wijzen personen; zijn er in het geheel geen OR-en dan worden de leden van de Nederlandse fractie van de BOG verkozen door de gezamenlijk in Nederland werkzame werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters; kandidatenlijsten voor de verkiezingen worden ingediend door de betrokken vakverenigingen.

De aansluiting bij de WEOR ligt voor de hand. Toch strijdt het principe van art. 2:4 lid 2 IW wel met de daaraan gegeven uitwerking. Anders dan bij de WEOR behoeft niet de gehele Nederlandse groep betrokken te zijn bij de oprichting van een SE. In dat geval is het niet per sé voor de hand liggend om de aanwijzingsbevoegdheid bij anderen (COR/GOR) te leggen dan bij de

OR-en van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochter(s) zelf. De invloed van de werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters, zelfs als zij een OR hebben, is beperkt zodra er in de Nederlandse groep een COR/GOR is (waarin deze OR-en al dan niet vertegenwoordigd zijn). Dat heeft iets merkwaardigs gelet op het feit dat juist de eerste groep van werknemers wel direct door de SE-vorming geraakt wordt en de COR/GOR (waarin ook andere OR-en en werknemers zijn vertegenwoordigd) met de SE-vorming veel indirecter te maken hebben. Ik zou menen dat de aanwijzing zou moeten geschieden door de OR-en van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochters gezamenlijk (met een "uitspreekrecht" van de betrokken werknemers voor wie geen OR is ingesteld); het uitwerkingsvoorstel van de IW zou dan kunnen gelden voor het geval de gehele Nederlandse groep bij de SE-vorming betrokken is.

Zijn er in het geheel geen OR-en (en die situatie kan zich bij de SE – meer dan bij de EOR – voordoen omdat de SE-RL ook van toepassing is op kleinschalige ondernemingen) dan moet er gekozen worden. De tekst van art. 2:4 lid 6 IW doet vermoeden dat slechts vakverenigingen kandidaten kunnen stellen. Nog daargelaten de vraag of deze wel steeds in representatieve mate actief zijn bij de betrokken ondernemingen, rijst de vraag waarom er niet minst genomen ook een recht is voor de werknemers zelf om kandidaten te stellen. Mij lijkt het argument dat het bij de WEOR net zo is geregeld als nu voor de SE-BOG wordt voorgesteld, niet overtuigend.

De SE-RL laat weliswaar de aanwijzing van BOG-leden over aan de afzonderlijke lidstaten, maar formuleert wel een norm: er moet in de mate van het mogelijke voor gezorgd worden dat elke deelnemende vennootschap door tenminste een lid in de BOG is vertegenwoordigd. Art. 2:3 lid 6 IW schrijft dit uitgangspunt dwingend voor. Het totale aantal leden mag door deze regel echter niet toenemen. De relatieve personeelsomvang van de verschillende deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochters doet er bij de aanwijzing dus niet toe. Als er in Nederland twee deelnemende vennootschappen zijn met in totaal 16% van de betrokken werknemers, uitgesplitst naar 12% voor de ene en 4% voor de andere deelnemende vennootschap dan krijgt ieder één van de twee voor Nederland beschikbare zetels. Als er echter voor een lidstaat meer of minder zetels zijn dan deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochters wordt het lastiger. Welke deelnemende vennootschap(pen) en/of betrokken dochter(s) moet in de prijzen vallen? Dat staat ter beoordeling van de aanwijzer. Kleinere ondernemingen kunnen daarmee relatief oververtegenwoordigd zijn. In zekere zin vindt daarvoor "correctie" plaats via de bepaling van de werknemers die door het aangewezen BOG-lid worden vertegenwoordigd.

Vertegenwoordiging

Bij de aanwijzing van het BOG-lid moet komen vast te staan welke werknemers hij (van het totaal van de betrokken werknemers) vertegenwoordigt. Het Brussels Coördinatieoverleg stelt dat dat nodig is in verband met de besluitvormingsregels.[248] Een redelijk uitgangspunt lijkt te zijn dat elk BOG-lid in ieder geval de werknemers vertegenwoordigt van de vennootschap van waaruit hij afkomstig is met een daarop afgestemd stemgewicht. Krijgt een lidstaat meer of minder zetels dan er deelnemende vennootschappen en/of betrokken dochters zijn, dan moet bepaald worden welke werknemers (en welk percentage ten opzichte van het geheel) door elk BOG-lid uit de lidstaat wordt vertegenwoordigd. Wie doet dat, de aanwijzer of de BOG? De IW is daarover niet duidelijk. De aanwijzingsbepaling (art. 2:4) zegt er niets over en art. 2:2 lid 5 zegt dat de BOG een overzicht moet samenstellen van haar samenstelling en van de door haar leden vertegenwoordigde werknemers. Dat laatste wil nog niet zeggen dat de BOG het ook bepaalt. Het punt is van belang omdat er allerlei verschillende manieren zijn om de vertegenwoordigden te verkavelen over de vertegenwoordigers en er daarbij grote vrijheid lijkt te bestaan. De gekozen methode heeft invloed op het stemgewicht van ieder BOG-lid. Degene die dit bepaalt kan daarmee het ene BOG-lid uit zijn lidstaat tot een zwaardere maken dan het ander lid.[249] Er zou iets voor te zeggen zijn dat de BOG (als een soort filter) stroomlijnt dat elke bloedgroep op identieke wijze de vertegenwoordiging regelt van de uit zijn lidstaat afkomstige betrokken werknemers door de uit zijn lidstaat afkomstige BOG-leden. De regeling zou er wat mij betreft moeten uitzien als volgt: elk BOG-lid vertegenwoordigt in de eerste plaats de werknemers van de vennootschap van waaruit hij afkomstig is. Dat aantal wordt ook uitgedrukt in een percentage ten opzichte van het geheel van de werknemers dat betrokken is bij de vorming van de SE. Meerdere BOG-leden voor een en dezelfde vennootschap vertegenwoordigen het geheel van de werknemers daarvan in gelijke delen. De niet-vertegenwoordigde ondernemingen/betrokken werknemers in een lidstaat worden "toegewezen" aan de BOG-leden uit die lidstaat in de verhouding van het aantal werknemers dat ieder van hen reeds volgens de eerste regel vertegenwoordigt. Op dit punt is een uniforme regeling in alle lidstaten wenselijk. Of het daarvan komt is onduidelijk.

---

[248] Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, pt 15.

[249] Met dank aan mijn wiskundig beter onderlegde zoon Arjen met wie ik verschillende constellaties heb doorgerekend; daarbij bleek dat een zekere "sturing" bij de aanwijzing van de vertegenwoordigden effect kan hebben op het resultaat van besluitvorming waar gekwalificeerde meerderheidseisen gelden.

7.2.3 DYNAMISCHE REPRESENTATIVITEIT

De IW kiest bij de implementatie van het representativiteitsvereiste voor een koninklijke en "correcte" benadering. Hoewel de SE-RL dat niet expliciet voorschrijft (en ook niet zo behoeft te worden gelezen) bepaalt de IW dat mutaties die tijdens de onderhandelingsprocedure optreden in onder andere de relatieve samenstelling van het betrokken werknemersbestand tot aanpassing van de BOG moeten leiden. De SE-RL schrijft dit wel expliciet voor ten aanzien van de samenstelling van de SE-OR (als die bij toepassing van de referentievoorschriften is ingesteld). De WOR kent dit principe niet. Art. 6 lid 6 WOR bepaalt kort gezegd dat mutaties in het personeelsbestand tijdens de zittingsperiode van de OR niet kunnen leiden tot een uitbreiding of inkrimping van de OR. De WEOR heeft dit principe al eerder geïntroduceerd (art. 9 lid 3 voor de EOR-BOG en art. 16 lid 4 voor de EOR). Er is wel wat te zeggen voor toepassing van dit principe in een transnationaal samengesteld vertegenwoordigingsorgaan, zeker als voor de besluitvormings- en stemregels binnen zo'n orgaan de omvang en afkomst van de vertegenwoordigden een rol spelen. En dat is in SE-verband het geval. Toepassing van het principe roept echter veel praktische problemen op. Los van de administratieve rompslomp (strikt genomen moet elke mutatie worden gemeld) moet daarbij steeds worden bezien of de mutaties tot aanpassing van de BOG moeten leiden. Bij een noodzakelijk blijkende aanpassing van de samenstelling gaan de locale aanwijzingsregels weer een rol spelen. Het kan betekenen dat de aanwijzing van BOG-leden uit lidstaten moet worden bijgesteld. De stemregels moeten – bij anticipatie op een nieuwe samenstelling van de BOG – daarop al worden aangepast (art. 2:3 lid 7 IW). Let wel: het onderhandelingsproces is dan al op gang. Dit alles kan niet alleen leiden tot flinke vertraging maar kan ook tot gevolg hebben dat het onderhandelingsproces (waarvoor toch al relatief zo weinig tijd beschikbaar is, zie hierna paragraaf 7.3) in feite opnieuw van start gaat; eerdere door de BOG (in)genomen standpunten en besluiten worden mogelijk ongedaan gemaakt. Het Nederlands offer voor de "correctheid" is dus groot en kan de realisatie van de grondgedachte van de SE-RL (een regeling van de rol via een overeenkomst; referentievoorschriften zijn slechts een vangnet) ondermijnen. Bovendien rijst (opnieuw) de vraag of andere lidstaten het net zo gaan doen.

7.2.4 SPECIALE SAMENSTELLINGSREGELS BIJ DE FUSIEMODALITEIT, "HET EXTRAATJE"

In het geval van oprichting van een SE door fusie kunnen er extra zetels toevallen aan de deelnemende vennootschappen die als uitvloeisel van de fusie verdwijnen. Daarbij gelden twee beperkingen te weten i) een maximering van het aantal extra zetels tot 20% van het aantal BOG-leden zoals vastge-

steld volgens de hoofdregel en ii) het extraatje blijft achterwege indien dat tot "dubbele vertegenwoordiging" van de verdwijnende deelnemende vennootschappen zou leiden. Van dat laatste is volgens de IW sprake wanneer de deelnemende vennootschap, door aanwijzing van een lid dat aldaar werkzaam is, reeds is vertegenwoordigd in de BOG. Het extraatje werkt (mede gezien het hiervoor besproken art. 2:3 lid 6 IW) dus alleen in de situatie waarin er in een lidstaat meer verdwijnende deelnemende vennootschappen dan BOG-zetels zijn. Dat kan direct worden vastgesteld bij de bepaling van het aantal zetels en de allocatie daarvan per lidstaat. Maar daarmee zijn we er nog niet. Het kan immers heel goed zijn dat in de fusiemodaliteit er meer (niet-vertegenwoordigde) verdwijnende deelnemende vennootschappen zijn dan er – vanwege het daarbij geldend maximum – extra zetels zijn te vergeven. Waar komen deze extra zetels dan terecht? De personeelsomvang van de betreffende verdwijnende deelnemende vennootschappen is dan bepalend: de grootste krijgt de eerste extra zetel en zo vervolgens. Maar wat nu als de (niet-vertegenwoordigde) verdwijnende deelnemende vennootschappen ook nog eens verspreid zijn over verschillende lidstaten? Men kan de SE-RL op dit punt (art. 3 lid 2 sub a laatste alinea) op verschillende manieren lezen. De IW kiest voor de uitleg waarin de eerste extra zetel toevalt aan de grootste verdwijner, de volgende aan de verdwijner uit een andere lidstaat en wel die verdwijner die – van alle andere verdwijnende deelnemende vennootschappen die nog niet in de prijzen zijn gevallen – het grootste aantal werknemers heeft en zo verder. De MvT geeft een voorbeeld: er zijn twee extra zetels voor vier verdwijnende deelnemende vennootschappen, waarvan twee in Nederland en twee in Frankrijk. Bij beide Nederlandse vennootschappen werken meer mensen dan bij de twee Franse. De eerste extra zetel gaat naar de grootste Nederlandse, de tweede naar de grootste Franse verdwijner. Die uitwerking (art. 2:3 IW) is zo gek nog niet.

7.3 *De onderhandelingen*

Voor de onderhandelingen is een termijn van 6 maanden beschikbaar. De termijn vangt aan op de dag van de eerste vergadering tussen de deelnemende vennootschappen en de BOG. De termijn kan eenmaal met 6 maanden worden verlengd (art. 2:11 IW). De onderhandelingstermijn (die aanzienlijk korter is dan de onderhandelingstermijn ingevolge de EOR-RL, die 3 jaar is) is kort, terwijl de materie waarover moet worden onderhandeld complex is. De verplichte toepassing van de referentievoorschriften is derhalve al snel in beeld. Dat beïnvloedt uiteraard (en afhankelijk van de bij de deelnemende vennootschappen bestaande situatie met name op het punt van medezeggenschap) de onderhandelingspositie van de betrokken partijen. De onderhandelingen moeten worden gevoerd in de geest van samenwerking, zo zegt art. 4 lid 1 SE-RL. Wat daaronder precies moet worden verstaan is niet duidelijk.

De IW neemt het voorschrift niet over (dat gebeurde eerder ook al niet met een gelijkluidend voorschrift uit de EOR-RL). De wetgever gaat ervan uit dat de onderhandelingen (als deze onder Nederlands recht vallen, en dat is zo als de SE in Nederland zal worden gevestigd; art. 2:1 IW) toch al beheerst worden door beginselen als redelijkheid, billijkheid en goede trouw; zoiets hoeft dan niet meer wettelijk verankerd te worden. Lamers heeft eerder erop gewezen, dat vanwege o.a. de verschillen in overlegculturen en -tradities, expliciete verankering van deze norm wenselijk maakt. Zij noemt als voorbeeld het ontbreken van een coöperatieve opstelling van het hoofdbestuur van de moederonderneming.[250] Ottervanger noemt, sprekend over de geest van samenwerking in het kader van de EOR-RL, het voorbeeld van een niet-coöperatieve BOG. Ottervanger hecht betekenis aan het EOR-RL-voorschrift ondermeer in die zin dat geen beroep op het van toepassing worden van de subsidiaire voorschriften van de EOR-RL (een soortgelijk vangnet als de referentievoorschriften) zou mogen worden gedaan in het geval de BOG het overleg frustreert ondanks redelijke voorstellen van de ondernemer die liggen in de lijn van de bedoeling van de EOR-RL.[251] Ook Honée dacht er zo over.[252] Noch de SE-RL noch de IW geven sancties voor het geval er niet onderhandeld wordt in de geest van samenwerking. Onder omstandigheden acht ik nog wel denkbaar dat naleving van de verplichting kan worden gevorderd en partijen door de rechter verplicht kunnen worden de onderhandelingen te voeren c.q. voort te zetten in de geest van samenwerking. Verder zal de rechter mijns inziens niet kunnen gaan.

De onderhandelingen worden gevoerd door de deelnemende vennootschappen. Indien de onderhandelingen uitmonden in een overeenkomst, dan zal deze verplichtingen bevatten voor de SE, een ten tijde van de onderhandelingen nog niet bestaande partij. Er is mijns inziens niet voorzien in een waterdicht mechanisme dat zeker stelt dat de SE (na haar oprichting en inschrijving) de door de deelnemende vennootschappen aangegane overeenkomst ook in alle opzichten zal respecteren. Dat was wel te bedenken geweest. Praktisch gesproken mag men er echter vanuit gaan dat de SE zich geheel naar de overeenkomst zal gedragen.

De onderhandelingen worden gevoerd tegen de achtergrond van de referentievoorschriften die in beginsel gaan gelden als partijen er zelf niet uitkomen. De referentievoorschriften beïnvloeden daarmee het onderhandelings-

---

250 J.J.M. Lamers, *De Europese Ondernemingsraad in Bedrijf*, in Medezeggenschap op Europees niveau, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, no. 26, Deventer: Kluwer 1997, p. 133 en ook van dezelfde auteur, Geest van Samenwerking, *Sociaal Recht* 1996, no. 4.

251 T.R. Ottervanger, De Europese Ondernemingsraad, enkele Europeesrechtelijke observaties, *TVVS* 1994, pl 339 e.v.

252 H.J.M.N. Honée, Communautaire medezeggenschap, *De NV* 1994, p. 260.

proces. *"Bargaining in the shadow of the law"* wordt dit wel genoemd.[253] De onderhandelingen zullen praktisch gesproken (en het concept van de geest van samenwerking gemakshalve even weggedacht) voor beide partijen (mede-) bepaald worden door de vraag wat er mee te winnen is. De inzet en de strategie bij de onderhandelingen zullen in belangrijke mate bepaald worden door de vraag wat de situatie bij de op te richten SE zal (moeten) zijn indien partijen geen overeenstemming bereiken. Dat vereist aan de kant van de vertegenwoordigers van de werknemers in de eerste plaats een grondige analyse van de rol van de werknemers zoals die bestaat bij de diverse vennootschappen die volgens de oprichtingsvoorstellen deelnemende vennootschappen zijn. Die analyse zal mede moeten omvatten de vraag of er bij de deelnemende vennootschappen een of meer relevante vormen van medezeggenschap bestaan. Maar er zal ook gekeken moeten worden naar de rol van werknemers bij de betrokken dochters. Juist omdat de op dat niveau bestaande rol in de SE-RL slechts beperkte betekenis heeft voor de inrichting van de rol op het niveau van de SE kan er bij de SE-vorming wel wat "verloren" gaan. Men zal zich moeten verdiepen in de consequenties van het voorgestelde bestuursmodel voor de SE: dualistisch of monistisch. Men zal moeten weten welke bevoegdheden de organen van de SE zullen hebben op grond van de regelgeving (wet en statuten) die op de SE van toepassing zal zijn. De BOG kan geplaatst worden voor lastige keuzes, bijvoorbeeld in het geval er bij de deelnemende vennootschappen meerdere vormen van medezeggenschap bestaan en de BOG een van die twee kan/mag aanwijzen als de vorm die bij de SE moet gaan gelden. Een complicerende factor bij dit alles kan nog zijn dat de leden van de BOG (samengesteld uit werknemers van deelnemende vennootschappen en betrokken dochters uit verschillende lidstaten met verschillende culturen en tradities op het gebied van de rol van de werknemers) ook voortdurend op een lijn moeten (zien te) komen.

Van de kant van de oprichters zullen soortgelijke analyses (moeten) worden gemaakt. Dat zal als regel al in een veel eerder stadium (namelijk in het stadium waarin de SE-configuratie wordt voorbereid) gebeuren, of zijn gebeurd. Verder zullen beide kanten een grondige analyse moeten maken van de effecten die de verschillende uitkomsten van het overleg zullen (kunnen) hebben voor de rol van de werknemers bij de SE. Aan de hand van dit alles zal wederzijds de inzet voor de onderhandelingen moeten worden bepaald. Elke partij zal daarbij de "uitruilmogelijkheden" moeten (proberen te) bepalen, rekening houdend met de middelen die ieder van hen wel of niet heeft, of kan inzetten, om zijn optimum te bereiken. Zo kan, wat dat laatste betreft, de BOG, door niet in te stemmen met een als te mager beschouwde

[253] P.L. Davies "paper Employee involvement in the European company", conferentie van 29 november 2002 Rijksuniversiteit Leiden: The new European company: opportunity in diversity.

inhoud van een voorgestelde overeenkomst, het (onder omstandigheden) voor elkaar krijgen dat er (via de referentievoorschriften) medezeggenschap gaat gelden bij de SE, hetgeen de oprichters wellicht niet leuk vinden. De deelnemende vennootschappen zouden – om bij het voorbeeld te blijven – acceptatie van de "magere" overeenkomst kunnen afdwingen (is er een overeenkomst dan zijn de referentievoorschriften niet van toepassing en komt er dus niet langs die weg medezeggenschap bij de SE) door de configuratie van de SE vorming te wijzigen of door de SE in een andere lidstaat te vestigen. Natuurlijk, er spelen in de praktijk (naast de regeling van de rol van werknemers) vele andere aspecten en overwegingen bij de oprichting van een SE. Dat geldt over en weer. Het zal in de praktijk dus waarschijnlijk wel minder grimmig zijn dan men zich (in de theorie) kan voorstellen.
Echter zoveel staat wel vast: het onderhandelingsproces zal ingewikkeld en tijdrovend zijn. Men kan zich, alleen al gelet op het vorenstaande, afvragen of er (naast of misschien wel in plaats van "*bargaining in the shadow of the law*") niet veeleer ook sprake zal zijn van "*bargaining in the darkness of the jungle*".

7.4 Uitkomsten van overleg

7.4.1 Inleiding

Het overleg kan tot diverse uitkomsten leiden met voor elke uitkomst ook weer verschillende gevolgen. Samengevat:

a. De BOG besluit af te zien van onderhandelingen, of besluit deze te staken. Een dergelijk besluit kan niet worden genomen in het geval de SE wordt opgericht via omzetting, indien er in de om te zetten vennootschap medezeggenschap bestaat.
b. De onderhandelingen leiden tot een overeenkomst.
c. De onderhandelingen leiden niet (binnen de daarvoor gestelde termijn) tot een overeenkomst (zonder dat er sprake is van een BOG-besluit tot beëindiging van de onderhandelingen).

Een en ander komt in deze paragraaf aan de orde. Uit het oogpunt van overzichtelijkheid worden de besluitvormingsregels die gelden voor de BOG behandeld in het (aparte) paragraaf 7.5

7.4.2 Geen onderhandelingen/beëindigen van onderhandelingen

Behoudens het onder 7.4.1 genoemde geval van omzetting kan de BOG, na haar instelling, besluiten om geen onderhandelingen aan te gaan of om aangevangen onderhandelingen te beëindigen. Daartoe is een uitdrukkelijk besluit vereist. Met een dergelijk besluit eindigt de procedure tot het sluiten van een overeenkomst (art. 3 lid 6 SE-RL en art. 2:7 lid 2 IW). Wanneer een

dergelijk besluit is genomen is geen enkele bepaling van de Bijlage van de SE-RL (lees: de referentievoorschriften) van toepassing, ook niet als er bij een van de deelnemende vennootschappen medezeggenschap is in de zin van de SE-RL. Een besluit van de BOG tot aanwijzing van een medezeggenschapsvorm (als bedoeld in art. 7 lid 2 SE-RL) heeft – ook al is er geen overeenkomst; de situatie waar art. 7 SE-RL over gaat – geen betekenis. De langs die weg aan te wijzen medezeggenschapsvorm zou alleen kunnen gaan gelden als de referentievoorschriften van toepassing zijn en dat zijn ze niet wanneer de BOG besluit niet te onderhandelen of onderhandelingen te beëindigen. De oprichters kunnen de voorgenomen oprichting van de SE doorzetten zonder dat aan de rol van werknemers op SE-niveau gestalte is (of moet worden) gegeven. In het licht van art. 12 lid 2 SE-VO zal, voorafgaande aan de inschrijving (zie daarover paragraaf 4.2), bewijs moet worden overgelegd dat de BOG een besluit als hier bedoeld heeft genomen. Na zo een besluit zijn de regels betreffende informatie en raadpleging van toepassing zoals die gelden in de lidstaten waar de SE werknemers heeft. De nationale regels van medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) zijn dan evenwel niet van toepassing (dat volgt uit het eerder al genoemd art. 13 lid 2 SE-RL).
Op een in Nederland gevestigde SE is de WOR van toepassing, uiteraard als de SE voldoet aan de relevante criteria (onderneming, getalscriteria, etc). Er kan een verplichting zijn op SE-niveau om een OR in te stellen. Voor de Nederlandse SE-staak kan ook een COR-structuur of de structuur van een gemeenschappelijke OR gaan gelden waarbij de SE de "aangewezen" ondernemer is. Daarmee is echter niet gezegd dat de SE voor al zijn doen en laten geheel aan de WOR is onderworpen. Reeds het territorialiteitsbeginsel van de WOR stelt daaraan grenzen. In meer algemene zin: elders is op diverse plaatsen erop gewezen dat de WOR niet optimaal is afgestemd op ondernemingen die deel uit maken van een (internationaal) concernverband.[254]

Na een BOG-besluit van het hier bedoelde type zijn de EOR-RL en de WEOR van toepassing (als wordt voldaan aan de relevante criteria) mits de SE een onderneming is met een communautaire dimensie dan wel de moederonderneming in een communautaire groep. Geldt de WEOR voor de SE dan is deze – ook al wordt de rol van de werknemers niet geregeld op basis van de SE-RL – onderworpen aan een vorm van grensoverschrijdende medezeggenschap.

---

[254] Vgl. bijvoorbeeld L. Timmerman a.w. noot 229; J.J.M. Lamers, *Medezeggenschap in concerns. Effectiviteit van de nationale wetgeving en de Europese richtlijn*, Alphen aan den Rijn/Zaventem: Samsom Bedrijfs Informatie, 1995 met name paragraaf 3.6.

De BOG houdt na een besluit als hier bedoeld niet op te bestaan. Dat volgt althans niet uit de SE-RL noch uit de IW. Dat kan van belang zijn in het licht van de faciliteiten en de rechtsbescherming. Het slapend (voort-) bestaan van de BOG houdt verband met het voorschrift (art. 3 lid 6 SE-RL; art. 2:9 IW) dat – niet eerder dan twee jaar na het BOG-besluit – de SE de BOG opnieuw bijeen moet roepen om te onderhandelen over een overeenkomst, op voorwaarde dat tenminste 10% van de werknemers van de SE en haar dochters daarom vraagt. Partijen (oprichters en de BOG) kunnen ook anders overeen komen, bijvoorbeeld om de onderhandelingen eerder te heropenen en zonder een daartoe strekkend verzoek dat door een zeker percentage werknemers wordt ondersteund. De BOG kan de SE niet eenzijdig verplichten (buiten het geval van zo'n afspraak) tot nieuwe onderhandelingen. De BOG doet er verstandig aan bij een besluit om af te zien van onderhandelingen of om deze te beëindigen altijd te bedingen dat – onverminderd de regel van art. 2:9 IW – er opnieuw onderhandeld zal worden zodra de BOG daarom vraagt. De onderhandelingspositie van een BOG bij heronderhandeling (niet te verwarren met de positie van een SE-OR bij heronderhandelingen; zie daarover paragraaf 8.2.1) is een stuk zwakker. In de eerste plaats is er dan al een SE (waar de rol van werknemers geen gestalte heeft gekregen) en voorts geldt dat – anders dan volgens de hoofdregel – het uitblijven van een overeenkomst in deze fase niet tot gevolg heeft dat de referentievoorschriften (alsnog) van toepassing worden Dat staat in art. 3 lid 6 slot SE-RL en art. 2:9 lid 4 IW. Het lijkt al met al – en gegeven de gevolgen – niet erg waarschijnlijk dat de BOG spontaan een besluit van het hier besproken soort zal nemen. Het zou aan de orde kunnen zijn als de inschatting is dat een rol op basis van de EOR-RL de werknemers een betere positie verschaft dan wat haalbaar is via een overeenkomst of de referentievoorschriften op grond van de SE-RL.

7.4.3 Een overeenkomst

Het overleg kan leiden tot afspraken over de rol van werknemers. De SE-RL – en in navolging daarvan de IW – bestempelen een dergelijk resultaat tot een overeenkomst. Partijen bij deze overeenkomst zijn de deelnemende vennootschappen en de BOG. De deelnemende vennootschappen gaan rechten en verplichtingen aan voor een nog niet bestaande rechtspersoon en de BOG is strikt genomen geen (rechts-) persoon die overeenkomsten kan aangaan. De BOG bedingt rechten ten behoeve van anderen, bijvoorbeeld een te vormen SE-OR. Niettemin wordt ervan uit gegaan dat de rechten en verplichtingen ingevolge de overeenkomst gerespecteerd zullen worden door de partijen die er zullen zijn/komen na de oprichting en inschrijving en dat zij over en weer naleving van de overeenkomst kunnen verlangen. Mogelijk is dit probleem slechts nog van academisch belang. Ook de WEOR kent de over-

eenkomst aangegaan door een BOG ten behoeve van een nog niet bestaande derde. Ook in het kader van de WOR zijn wij vertrouwd geraakt met het fenomeen dat een niet-rechtspersoon een overeenkomst afsluit, waarvan nakoming, zonodig in rechte kan worden gevorderd (art. 32; de ondernemingsovereenkomst). Het verschil tussen die situaties en die volgens de SE-RL is dat hier de partij op wie de contractuele verplichtingen komen te rusten (de SE) niet de contractuele wederpartij is. Er mag evenwel van worden uit gegaan dat ook in dit geval dit punt geen problemen zal geven voor de praktijk. Het blijft echter jammer dat een nauwkeuriger "afhechting" van dit aspect (dat was mogelijk geweest) achterwege is gebleven.

Komt een overeenkomst (tijdig) tot stand dan kunnen de oprichting en de inschrijving van de SE worden doorgezet. Daarbij zal de SE onderworpen zijn aan de regeling zoals die voortvloeit uit de gemaakte afspraken over de rol van de werknemers. Voorzover de aanvankelijk door de oprichters voorgestelde regels voor de SE niet in overeenstemming zijn met de afspraken zullen de aanvankelijke voorstellen moeten worden aangepast. De regels inzake de rol van werknemers gaan voor, tenzij de SE-VO dat tegenhoudt (zie hoofdstuk 4). Een zekere beperking van de prevalerende werking van de afspraken zit in het feit dat de afspraken betrekking moeten hebben op de rol van de werknemers in de zin die de SE-RL daaraan geeft.

De referentievoorschriften zijn – ingeval een overeenkomst tot stand gekomen is – niet van toepassing (tenzij bij overeenkomst de toepasselijkheid daarvan is afgesproken). De (W)EOR is in de hier bedoelde situatie niet van toepassing op de SE (voorzover deze een communautaire onderneming is of een moederonderneming in de zin van de WEOR). Niet duidelijk is hoe dit wordt geëffectueerd als binnen de communautaire groep reeds uitvoering is gegeven aan de EOR-voorschriften. Verdwijnt de EOR direct en van rechtswege? Eindigt een overeenkomst ingevolge de (W)EOR van rechtswege? De IW zegt er niets over. De WOR kan gewoon van toepassing zijn op deze SE. De BOG houdt na de totstandkoming van de overeenkomst en (zo zou ik menen) bij inschrijving van de SE op te bestaan.

7.4.4 Geen overeenkomst

Een (tijdig) resultaat in de zin van een overeenkomst kan echter ook uitblijven. Als er binnen de voor onderhandelingen beschikbare termijn geen overeenkomst tot stand komt en de BOG niet het hierboven onder 7.4.2 besproken besluit heeft genomen, dan kunnen de oprichting en inschrijving van de SE slechts worden voortgezet als de deelnemende vennootschappen er mee hebben ingestemd dat de referentievoorschriften van toepassing zullen zijn op de SE. Onder deze categorie valt ook de situatie dat de BOG niet akkoord

wil gaan met voorstellen van de oprichters. Als de niet-instemming met gedane voorstellen tevens kan gelden als een besluit om de onderhandelingen te beëindigen (zie hiervoor onder 7.4.2), dan kan de SE worden ingeschreven zonder dat de rol van werknemers is geregeld (dus "medezeggenschapsvrij"). De BOG moet hier bedacht op zijn. Er is op gewezen dat de tekst van (art. 7 lid 1 van) de SE-RL en art. 12 lid 2 SE-VO (dat handelt over de voorwaarden bij inschrijving van een SE) niet goed op elkaar aansluiten, met als mogelijk gevolg dat na het verstrijken van de onderhandelingstermijn een SE medezeggenschapsvrij zou kunnen worden ingeschreven.[255] Art. 12 lid 2 SE-VO moet evenwel zo begrepen worden dat in dat geval inschrijving slechts mogelijk is tegen afgifte van een verklaring dat met de toepasselijkheid van de referentievoorschriften wordt ingestemd. Dat is ook de strekking van art. 3:1 IW.

De delen 1 en 2 van de referentievoorschriften zijn in het hier besproken geval altijd van toepassing. Aan de toepasselijkheid van deel 3 van de referentievoorschriften (dat deel gaat over de eventuele medezeggenschap bij de SE) zijn echter aanvullende voorwaarden gesteld. Medezeggenschap gaat dan slechts gelden, indien – in het geval van oprichting door fusie – in een of meer deelnemende vennootschappen een vorm van medezeggenschap bestond die tenminste 25% van de werknemers van die vennootschappen ("de drempel") bestreek. Wordt de SE opgericht door oprichting van een holding of een dochter dan geldt dezelfde voorwaarde maar dan is de drempel 50%.[256] Was er wel medezeggenschap maar met een minder groot bereik (zodanig dat de drempel niet wordt gehaald) dan kan de BOG alsnog besluiten een bestaande medezeggenschapsvorm te laten gelden bij de SE.[257] Dit alles is bepaald in art. 7 lid 2 SE-RL. Ten aanzien van de (W)EOR, de WOR en het voortbestaan van de BOG geldt hetgeen daarover is opgemerkt onder 7.4.3.

---

255 Vgl. o.a. R.H. van het Kaar, De Europese vennootschap en de medezeggenschap, *Sociaal Recht* 2003, p.186 en H.L.J. Roelvink, De Europese vennootschap na Nice, *SEW* 2001, p. 165.

256 Timmerman spreekt in verband met het willekeurige resultaat van de SE-RL-percentages van "hakbijlrecht", L. Timmerman, Schijnmedezeggenschap, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 243.

257 Die bepaling is niet van toepassing op de omzettingsmodaliteit. Bestond er in een dergelijk geval wel medezeggenschap, dan is zo'n besluit niet nodig (ook niet als de medezeggenschap "onder de drempel" lag); de reeds bestaande medezeggenschap móet gaan gelden bij de SE.

Voorwaarden voor toepasselijkheid deel 3; art. 7 lid 2 SE-RL nader beschouwd

Allereerst: voor de drempeltoets wordt slechts gekeken naar de werknemers van de deelnemende vennootschappen. Als een Nederlandse structuurvennootschap met slechts 10 werknemers in eigen dienst (maar met betrokken dochters met bijvoorbeeld 1000 man personeel) fuseert met een Engelse Ltd. zonder medezeggenschap en met 40 man eigen personeel (geen betrokken dochters etc.) dan wordt de drempel van art. 7 lid 2 niet gehaald. Er is slechts één medezeggenschapsvorm (het aanbevelings- en bezwaarrecht). Deze bestrijkt slechts 10 van de 50 betrokken werknemers, dat is minder dan de drempel van 25%. De medezeggenschapsvorm wordt niet van toepassing bij de SE, tenzij i) dat bij overeenkomst is afgesproken of ii) de BOG (ondanks de drempelonderschrijding) een daartoe strekkend besluit neemt. Het feit dat in de Nederlandse verhoudingen er 1010 Nederlandse werknemers door de medezeggenschapsvorm werden bestreken doet voor de SE-RL-drempel niet terzake; slechts de 10 werknemers van de deelnemende vennootschap tellen mee voor de drempeltoets. Art. 7 lid 2 SE-RL stelt geen nadere eisen aan de besluitvorming van de BOG (gewone of gekwalificeerde meerderheid). Zie daarover paragraaf 7.5. De oprichters zitten aan het besluit van de BOG vast. Zij moeten de aangewezen medezeggenschapsvorm (ook in het geval van drempelonderschrijding) invoeren bij de SE indien zij deze wensen in te schrijven. De SE-RL regelt niet op welk moment de drempeltoets moet plaatshebben. De MvT IW geeft aan dat de toetsing plaats heeft naar de situatie zoals die bestaat daags na afloop van de onderhandelingstermijn. Die begint op de dag van de eerste bijeenkomst van de BOG met de oprichters (art. 2:11 IW) en eindigt zes (of ingeval van verlenging twaalf) maanden daarna. De besluiten die de BOG ingevolge art. 7 lid 2 kan nemen, moeten – aldus de MvT IW – worden genomen op het tijdstip waarop is gebleken, of voorzienbaar is, dat er geen overeenkomst zal worden gesloten.[258]

Art. 7 lid 2 SE-RL is niet duidelijk voor de situatie waarin er bij de deelnemende vennootschappen meerdere medezeggenschapsvormen bestaan. Prevaleert in dat geval de "hoogste aantal-doctrine" (lees: het voorschrift overeenkomstig deel 3 sub b referentievoorschriften, dat in paragraaf 5.5 werd besproken) of de door de BOG bij besluit te maken keuze, of geldt een combinatie van de twee? In het eerste geval zou de keuzemogelijkheid van de BOG beperkt zijn tot de situatie waarin de drempel niet wordt gehaald en er meerdere medezeggenschapsvormen bestaan en zou, als de drempel wel wordt gehaald, dwingend de medezeggenschapsvorm "met het hoogste aan-

[258] MvT IW bij art 3:2, p. 50.

tal" van toepassing zijn. Art. 7 lid 2 kan zo gelezen worden maar dwingt niet tot een dergelijke beperkte uitleg.[259] Ook overigens zou niet goed te begrijpen zijn waarom de BOG bij drempelonderschrijding de keuze wel heeft maar bij drempeloverschrijding niet. In de tweede opvatting wordt in zekere zin inbreuk gemaakt op het uitgangspunt van de SE-RL dat de bestaande medezeggenschapsvorm die (in getalsmatige zin) het meest geavanceerd is beschermd moet worden. Bedacht moet echter worden dat dat dan gebeurt als uitvloeisel van een keuze die de BOG zelf maakt. Wel rijst de vraag of die omstandigheid niet zou moeten leiden tot nadere regels ten aanzien van de besluitvorming van de BOG op dit punt (zie daarover paragraaf 7.5). De derde opvatting zou kunnen leiden tot de door Winter[260] beschreven (paradoxale en vermoedelijk niet bedoelde) situatie dat de BOG kiest voor bijvoorbeeld het benoemingsrecht (als vorm) zoals dat bij een van de deelnemende vennootschappen bestaat en vervolgens via de "hoogste aantal-doctrine" dat recht door de werknemers kan worden uitgeoefend ten aanzien van alle leden van het toezichthoudend orgaan (omdat in een van de andere deelnemende vennootschappen het aanbevelings- en bezwaarrecht van toepassing is dat betrekking heeft op alle commissarissen). De IW kiest (overigens zonder nadere toelichting) voor de benadering dat de BOG in alle gevallen waarin meerdere medezeggenschapsvormen bestaan kan kiezen uit een van de twee. Is eenmaal de vorm bepaald dan speelt daarbinnen slechts nog in beperkte mate de "hoogste aantal-doctrine"; aldus, op goede gronden, de MvT IW bij art. 3:2).

7.5 Besluitvormingsregels BOG

In art. 3 lid 4 SE-RL is, als hoofdregel, bepaald dat de BOG besluit met volstrekte meerderheid van haar leden mits deze meerderheid tevens de volstrekte meerderheid van de werknemers (bedoeld is hier "de betrokken werknemers", dus die van de deelnemende vennootschappen en de "betrokken dochters") vertegenwoordigt. Direct valt op dat voor het resultaat van stemmingen gekeken wordt naar het aantal BOG-leden, niet naar het aantal uitgebrachte stemmen (anders dan in de (W)EOR waar gekeken wordt naar het aantal uitgebrachte stemmen; zie art. 13 WEOR). Voor sommige besluiten zijn de stemmen van tweederde van het aantal BOG-leden vereist die tenminste tweederde van de werknemers vertegenwoordigen, waaronder de stemmen van leden die de werknemers in tenminste twee lidstaten vertegen-

---

259 Zo begrijp ik ook Davies' paper/voordracht, genoemd in noot 253.

260 J.W.Winter, De Europese vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen, *Ondernemingsrecht* 2001 p.196 in zijn voetnoot 4 daarin en De Europese vennootschap als sluis voor in- en uitvoer van vennootschapsrecht, *NJB* 2002, p. 2038.

woordigen. Dat bepaalt de SE-RL voor i) het besluit om geen onderhandelingen aan te gaan of deze te beëindigen (art. 3 lid 6) en ii) een besluit ten aanzien van het onderhandelingsresultaat voorzover dat zou uitmonden in een inperking van medezeggenschap (art. 3 lid 4 te lezen in samenhang met art. 4 lid 2 onder g SE-RL dat immers gaat over een bij overeenkomst vastgestelde medezeggenschapsregeling). De formulering is op zichzelf beschouwd al niet erg helder. Daarbij komt dat onduidelijk is of bewust een soortgelijke gekwalificeerde meerderheidseis achterwege is gebleven in bepaalde andere situaties waarin een door de BOG te nemen besluit evenzeer tot een inperking van medezeggenschap kan leiden. Het gaat daarbij mijns inziens om de volgende (twee) situaties.

a. Inperking als onderhandelingsuitkomst bij medezeggenschap-drempelonderschrijding (art. 3 lid 4)

Art. 3 lid 4 SE-RL ziet op de situatie dat de medezeggenschapsdrempels (bij fusie: 25%, bij holding of dochter: 50%) zijn overschreden en de BOG wil instemmen met een inperking. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de BOG genoegen wil nemen met een medezeggenschapsrecht ten aanzien van een kleiner aantal dan waarop dat recht bij (een van) de deelnemende vennootschap(pen) betrekking had, maar ook als iets totaal anders op het punt van medezeggenschap wordt overeengekomen. Er is een gekwalificeerde meerderheid vereist voor zo'n besluit. Geldt dat nu ook als de drempel is onderschreden en de BOG wel medezeggenschap wil maar bereid is met iets minder (bijvoorbeeld een recht voor een lager aantal) genoegen te nemen ten opzichte van de bestaande situatie? Voor de onderhandelende oprichters zou dit een meevaller kunnen zijn; hun berusting in een dergelijk resultaat zou per saldo beter kunnen zijn dan het te laten aankomen op een BOG-besluit waar een medezeggenschapsvorm (bij drempelonderschrijding en buiten overeenkomst; de situatie van art. 7 lid 2 RL) wordt aangewezen en daarmee wordt "opgelegd".

b. Inperking als uitkomst van een keuze-besluit van de BOG (ex art. 7 lid 2 SE-RL)

Komt er geen overeenkomst tot stand en zijn er bij de deelnemende vennootschappen meerdere medezeggenschapsvormen dan heeft de BOG een keuze. Bij deze keuze kan ook een medezeggenschapsvorm in de prijzen vallen die niet het meest geavanceerd is in de zin van de "hoogste aantal-doctrine". Volstaat voor een dergelijk keuze-besluit de hoofdregel (volstrekte meerderheid)?

De SE-RL zwijgt over beide situaties. Strikt genomen zou in beide gevallen het als een hoofdregel geformuleerde voorschrift van art. 3 lid 4 moeten gelden: volstrekte meerderheid.[261] Dat is waarschijnlijk niet zo bedoeld door de opstellers van de SE-RL. Overweging 10 van de preambule biedt mogelijk een aanknopingspunt voor een andere uitleg. In die overweging wordt als algemeen geformuleerd uitgangspunt gesteld dat de stemregels over aangelegenheden die tot een geringere mate van medezeggenschap leiden (dan die bestond bij de deelnemende vennootschappen) in verhouding moeten staan tot het risico dat bestaande medezeggenschap wordt ingeperkt of ingetrokken. Dat is (in elk geval) in de SE-RL nader uitgewerkt door de drempelvoorschriften; in zekere zin zou daaraan echter ook het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid bij inperkingsbeslissingen mogen worden ontleend. De IW schrijft voor de onder b. beschreven situatie een gekwalificeerde meerderheid voor (zie art. 3:2 lid 4) en zocht daarmee aansluiting bij de speciale stemregel van art. 3 lid 4 SE-RL ingeval van inperking van medezeggenschap. Een zelfde gekwalificeerde meerderheid schrijft art. 2:8 lid 3 voor als de BOG via een overeenkomst akkoord wil gaan met inperking van medezeggenschap. Dat artikel spitst zich (net als de desbetreffende bepaling in de SE-RL) toe op de situatie waarin de medezeggenschapdrempels zijn overschreden. De onder a. beschreven situatie wordt daar niet genoemd. De IW is dus ten aanzien van de vereiste meerderheid voor inperkingsbesluiten iets consistenter door (althans bij één van de twee besproken situaties) een gekwalificeerde meerderheidseis te stellen. De IW gaat echter daarbij wel verder dan uit de strikte formulering van de (standaard-) SE-RL voortvloeit (zij het met als effect: een grotere bescherming tegen inperking, iets wat ook de SE-RL voorstaat).[262]

---

261 Zo ook bijvoorbeeld E.E.G. Gepken-Jager in Actualiteiten, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 340; L. Timmerman, De medezeggenschap van de Europese vennootschap; een eerste verkenning vanuit Nederlands gezichtspunt, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 200.

262 Ik betwijfel of juist is de opvatting van R.H. van het Kaar die in "de Europese vennootschap en de medezeggenschap", *Sociaal Recht* 2003, p. 183 verdedigt dat voor een besluit om drempelonderschrijdende medezeggenschap die bestaat bij een van de oprichters niet te laten gelden bij de SE (= het standpunt om geen besluit te nemen) een versterkte meerderheid vereist.

Besluitvormingsregels: een voorbeeld

Figuur 1

A (10)			X (10)	Z (450)
B (30)	C (150)	D (150)	Y (200)	

- voorgenomen SE-oprichting via fusie; A, X en Z zijn de deelnemende vennootschappen
- totaal aantal "betrokken werknemers" 1000;
- de A-staak is een Nederlandse structuurvennootschap met aanbevelings- en bezwaarrecht;
- de X-staak is een Duitse vennootschap met benoemingsrechten voor eenderde in de Aufsichtsrat;
- Z is een Spaanse vennootschap zonder medezeggenschap;
- de drempel (25%) wordt niet gehaald (slechts 20 van de 470 werknemers worden bij de deelnemende vennootschappen door medezeggenschap bestreken);
- de SE wordt in Nederland gevestigd;
- de A-staak krijgt 4 BOG-leden, de X-staak 3 en Z 5; totaal 12 BOG-leden.

Stel dat Z niet wil onderhandelen maar A en X wel. Z "haalt" niet de vereiste tweederde. Er moet dus worden onderhandeld. A en X hebben (en vertegenwoordigen) de volstrekte meerderheid en kunnen een overeenkomst aan Z "opleggen", ook als deze mede omvat de (niet door Z gewenste) invoering van het aanbevelings- en bezwaarrecht bij de SE (dit is immers de, getalsmatig, meest geavanceerde vorm). Als A en X het daarover niet eens zijn (bijvoorbeeld omdat X de Duitse vorm wil, een inperking in de zin van de SE-RL dus) en door de impasse de onderhandelingstermijn verstrijkt is er geen overeenkomst. Art. 7 lid 2 SE-RL komt in het vizier. X wint Z voor zijn standpunt. Daarmee zijn 8 BOG-leden voor de Duitse vorm (= twee derde) en zij vertegenwoordigen 660 werknemers (dat is net geen twee derde). De A-staak kan – aannemende dat X liever iets dan niets heeft – "zijn vorm" laten gelden. Als X ook B voor zijn standpunt weet te winnen (bijvoorbeeld omdat B een benoemingsrecht veel mooier vindt) dan is er twee derde van de BOG-leden en van de door hen vertegenwoordigde werknemers (immers 690) voor en gaat de ingeperkte medezeggenschapsvorm gelden. Als de A-staak bij de aanwijzing van de BOG-leden heeft bepaald dat B (waar geen

OR is) slechts 5 werknemers vertegenwoordigt en de overige 25 door A worden vertegenwoordigd dan kan de A-staak de Duitse vorm alsnog tegenhouden en zijn eigen vorm laten gelden. Ik geef toe: het is oneigenlijk zo met de aanwijzing te marchanderen maar de regeling sluit het op zich zelf niet uit (zie daarover paragraaf 7.2.1).[263]

Omzetting

Besluitvormingsvrijheid van de BOG in het geval van SE-oprichting via omzetting (mits er medezeggenschap is bij de om te zetten vennootschap) is afwezig. Dat hangt samen met het vereiste dat in die situatie (dwingend) alle elementen van de rol van werknemers in de SE moeten terugkeren.

Stemregels en dynamische representativiteit

In paragraaf 7.2.3 kwam het principe van de dynamische representativiteit aan de orde. Dat punt heeft ook betekenis voor de besluitvorming binnen de BOG. Kort gezegd komt het hierop neer: doen zich mutaties in het personeelsbestand voor die tot een andere verdeling moeten leiden van de zetels in de BOG dan wordt er – vooruitlopend op de wijziging van de samenstelling – voor wat betreft de besluitvorming al gehandeld als ware de samenstelling gewijzigd. De BOG-leden uit de verschillende daarin vertegenwoordigde lidstaten hebben dan gezamenlijk evenzoveel stemmen als hen zouden toekomen in de nieuw te creëren samenstelling. De BOG-leden uit de betreffende lidstaat mogen in dat geval onderling bepalen hoe ieders stem daarbij dan vervolgens moet worden "gewogen". Zou de mutatie tot gevolg hebben dat een lidstaat – bijvoorbeeld door het afhaken van de daaruit afkomstige betrokken ondernemingen – niet langer in de BOG vertegenwoordigd kan zijn (andersom geldt het ook in het geval van toetredende ondernemingen uit een nog niet vertegenwoordigde lidstaat) dan moet eerst de samenstelling daarop worden aangepast. Zolang dat niet gebeurd is, kan de BOG geen besluiten nemen (zie art. 2:3 leden 7 en 8 IW).

7.6 *De rol van de nationale medezeggenschap bij de SE-vorming*

7.6.1 De WOR

Een niet onbelangrijke aspect bij de SE-vorming betreft de vraag of er – naast de rol van de in de BOG vertegenwoordigde werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochter(s) – een rol is wegge-

263 Zie voor soortgelijke voorbeelden Davies' paper (noot 253) en P.L. Davies "Workers on the board of the European Company?" *Industrial Journal*, vol. 32, no 2, June 2003, p. 93/94.

legd voor de nationale medezeggenschapsorganen op grond van de nationale wet- en regelgeving. De nationale medezeggenschapsorganen kunnen, zo lijkt mij, in veel gevallen op eigen titel invloed uitoefenen op de besluitvorming van "zijn deelnemende vennootschap" (of op de besluitvorming in de groep waartoe de deelnemende vennootschap behoort), gericht op deelneming in de SE. Art. 13 lid 2 SE-RL – laat ik dat vooropstellen – houdt dat niet tegen. Daar gaat het over "medezeggenschap" in de zin van de SE-RL en medezeggenschap ingevolge bijvoorbeeld art. 25 WOR valt daar niet onder. Bovendien beschermt art. 13 lid 2 de SE tegen bepaalde aspecten van nationale medezeggenschap; hier gaat het echter om een fase waarin ondernemers voorbereidingen treffen en een besluit gaan nemen met het oog op de totstandbrenging van een SE. Voorts bepaalt art. 13 lid 3 SE-RL dat bestaande rechten die werknemers van de SE aan de nationale wetgeving kunnen ontlenen (behoudens als deze betreffen de medezeggenschap in de zin van de SE-RL) niet door de SE-RL geraakt worden.

Naar zijn aard kan een voorgenomen besluit tot rechtstreekse deelneming aan een SE onder diverse rubrieken uit de catalogus van art. 25 WOR vallen. Zo kan er sprake zijn van overdracht van zeggenschap en/of het tot stand brengen van een belangrijke, duurzame samenwerking met een andere ondernemer en/of een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming en/of de verdeling van de bevoegdheden. Op het moment waarop het initiatief wordt genomen tot het samenstellen van een BOG zal er – als regel – mijns inziens sprake zijn van een voorgenomen besluit om aan een SE te gaan deelnemen. De voorstellen, die met het oog op de SE-vorming openbaar gemaakt moeten worden (respectievelijk waarover al overeenstemming moet zijn bereikt) zullen immers een zodanige uitgekristalliseerde vorm hebben aangenomen dat deze als een voorgenomen besluit mogen worden gekwalificeerd. In elk geval is men in het besluitvormingsproces verder dan het stadium van een globaal voornemen dat nog te onvoldragen is om het als een besluit te kunnen aanmerken, ook al moet (de vormgeving van) de rol van de werknemers nog geheel worden ingekleurd. De deelnemende vennootschappen hebben in elk geval actieve betrokkenheid bij de besluitvorming alleen al om de reden dat zij, ingevolge de SE-RL, de verplichting hebben met de werknemers te overleggen over de invulling van hun rol. Dat maakt dat een deelnemende vennootschap al snel als de (voorgenomen) besluitnemende ondernemer zal kunnen worden aangemerkt. Een dergelijke deelnemende vennootschap zal in die hoedanigheid dan ook de verplichtingen hebben ingevolge art. 25 WOR. Het kan zo zijn dat ook anderen binnen de groep waarvan de deelnemende vennootschap deel uit maakt (bijvoorbeeld de moeder) actief bij de vorming van de SE betrokken zijn, ja zelfs daarbij het voortouw hebben. Onder omstandigheden zouden die anderen uit eigen hoofde verplichtingen op grond van art. 25 WOR kunnen hebben. Dat

zou kunnen berusten op de doctrine van het "*mede-ondernemerschap*"; het bestaan daarvan mag evenwel – na de uitspraak van de Hoge Raad[264] – niet (te) snel worden aangenomen. De "buitenlandclausule" (art. 25 lid 1 slotalinea WOR) zou het adviesrecht van de Nederlandse OR terzijde kunnen schuiven als het voorgenomen besluit deel te nemen aan een SE (slechts) onder de rubriek "het aangaan van een belangrijke duurzame samenwerking" zou kunnen worden gebracht (en bijvoorbeeld niet tevens onder enige andere rubriek van de art. 25-catalogus). Al met al: het is waarschijnlijk dat in veel gevallen de Nederlandse (C)OR adviesrecht kan claimen ten aanzien van het voornemen in een SE te stappen. Bij en als gevolg van de SE-vorming zal in de regel de beslissingsmacht binnen de groep verschuiven in de zin dat deze op grotere afstand komt te liggen ten opzichte van de Nederlandse staak en daarnaast een meer internationale dimensie krijgt. Dit aspect (in samenhang met de beperktere rol die onder omstandigheden voor met name de werknemers van de "betrokken dochters" kan voortvloeien uit de SE-vorming) kan met zich brengen dat de Nederlandse (C)OR niet gelukkig is met het voorgenomen besluit. Hij kan in dat geval op twee manieren trachten het besluitvormingsproces te beïnvloeden: via de BOG en/of via zijn eigen rechten op grond van art. 25 (en 26) WOR. De combinatie van de twee wegen kan de nodige impact hebben (op het resultaat van) het overleg tussen de oprichters en de BOG. Dat veronderstelt wel dat de BOG zich in zekere zin voor het karretje van de (C)OR laat spannen (of om andere redenen meent deze dimensie in onderhandelingen te moeten of te kunnen uitspelen). Het veronderstelt (ook) dat de oprichters "gedoe" met de Nederlandse (C)OR zullen willen vermijden of niet willen riskeren. In zekere zin zou een parallel met de Douwe Egberts-zaak kunnen worden getrokken.[265] Daar ging het kort gezegd om dreigende inperking van de medezeggenschapspositie van de COR als gevolg van een onderbrenging van de Nederlandse tak van het concern onder een Nederlandse subholding. Douwe Egberts/Sara Lee compenseerde het dreigend verlies van invloed van de COR op bepaalde concernbesluiten door middel van een convenant waarbij de COR (ruwweg) bepaalde bovenwettelijke bevoegdheden verkreeg. Daarmee kon het besluit van de toets van de OK doorstaan. Mogelijk zou het besluit kennelijk onredelijk zijn geoordeeld, indien er bij een aantoonbare, significante inperking van bevoegdheden geen compensatie zou zijn geboden. De situatie ligt in het kader van de SE-vorming wel iets anders. Tegenover een (mogelijke) inperking van positie van de Nederlandse medezeggenschapsorganen staat dat op SE niveau de rol van werknemers moet

264 Vgl. in het bijzonder HR 26 januari 2000, *JOR* 2000/55 m.n. Van het Kaar *(Haagse grenscorrecties)*; zie over toerekening en medeondernemerschap voorts de recente publicatie van G.N.H. Kemperink, a.w. noot 242, p.11 e.v.

265 OK 16 februari 1989, *NJ* 1990, 693.

worden ingevuld. Die gaat (gelet op de onderwerpen zoals de SE-RL die regelt) minder ver dan de WOR, maar er is in elk geval iets. Voorts rijst de vraag of uiteindelijk de bescherming en het behoud van een in een Nederlandse setting verkregen positie een doorslaggevend argument zal zijn waarmee de vorming van een communautaire setting met een zekere rol voor de werknemers (die gedeeld moet worden met werknemers uit andere lidstaten) kan worden tegengehouden. Niettemin: met de WOR-implicaties moet over en weer (door oprichters, BOG en uiteraard de Nederlandse medezeggenschapsorganen) terdege rekening worden gehouden in het onderhandelings- en besluitvormingsproces naar de SE.

7.6.2 Art. 13 lid 4 SE-RL; samenloop SE-OR/(C)OR

Nog een punt in dit verband: ik noemde al dat art. 13 lid 3 SE-RL de bestaande rechten inzake de rol van werknemers (in de zin van de SE-RL) overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk van de werknemers van de SE en haar dochters beschermt. Hetzelfde geldt, zo zegt de SE-RL, voor de rechten inzake medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) bij de dochters van de SE. Art 13 lid 4 SE-RL voegt daar iets cryptisch aan toe: met het oog op de bescherming van de hier bedoelde rechten kunnen de lidstaten het nodige doen om ervoor te zorgen dat de structuren van werknemersvertegenwoordiging in deelnemende vennootschappen die na de inschrijving van de SE als afzonderlijke rechtspersoon zullen ophouden te bestaan, behouden blijven. De IW implementeert wel art. 13 lid 3 maar doet niets met het vierde lid. De MvT zwijgt er (ook) over. Wat zou hier bedoeld zijn? Is aan de waarborgplicht voldaan doordat de verdwijnende structuur van werknemersvertegenwoordiging bij de verdwijnende deelnemende vennootschap vervangen wordt door een regeling ter uitvoering van de SE-RL? Die kan echter sterk daarvan afwijken. Of is bedoeld dat een bij de onderneming(en) van een deelnemende vennootschap bestaande (C)OR-structuur moet blijven voortbestaan, zij het opgehangen aan een andere ondernemer (de SE?) als en zodra de deelnemende vennootschap is verdwenen? Ik heb het antwoord op deze vragen (nog) niet nader kunnen traceren.

Van belang daarbij is nog het volgende. Het verdwijnen van deelnemende vennootschappen betekent niet dat daarmee automatisch ook de bestaande, en aan de onderneming van de deelnemende vennootschap verbonden, medezeggenschapsstructuur verdwijnt. Zolang de ondernemings(structuur) voortbestaat blijft ook de medezeggenschapsstuctuur (in beginsel) in stand. Dat kan samenloop tussen de rechten van de Nederlandse (C)OR en de SE-OR tot gevolg hebben. Zo'n samenloop kan zich ook voordoen buiten het geval van verdwijnende deelnemende vennootschappen. De SE-RL holt de positie van de nationale medezeggenschapsorganen niet uit behoudens (en in

bepaalde omstandigheden) als het gaat om medezeggenschap in de zin van de SE-RL. Indirect zou echter de rol van de SE-OR ten aanzien van de besluitvorming van de SE "de manoeuvreerruimte" van de (C)OR ten aanzien van dezelfde besluiten van de SE, of de – ter opvolging daarvan – door de (Nederlandse) dochter te nemen besluiten kunnen beïnvloeden (beperken). Kan bijvoorbeeld een (C)OR nog dwars gaan liggen bij een sanering die de Nederlandse staak betreft, als op SE-niveau het (principe-) besluit is genomen met instemming van de SE-OR? Mij lijkt dat de instemming van de SE-OR de (C)OR niet vleugellam maakt (maar wel een factor is die bij de toetsing gewicht in de schaal legt). Mij lijkt evenzeer dat de beslissing van de SE de Nederlandse dochter niet ontslaat van haar eigen verantwoordelijkheid en van de verplichting om onder een zelfstandige afweging een besluit te nemen; bij de toetsing van dat besluit zullen de opvattingen van de concerntop één van de in aanmerking te nemen factoren zijn. Dat laatste ligt in de lijn van de jurisprudentie.[266]

7.6.3 FUSIEGEDRAGSREGELS

Onder omstandigheden zal de SE-vorming ook onder het bereik van de Fusiegedragsregels vallen. Er zal veelal sprake zijn van (in-)directe verkrijging of overdracht van zeggenschap. De werkingssfeerbepalingen (art. 2 lid 3) kunnen zich echter tegen de toepasselijkheid van deze regels verzetten. Dat is (de situatie van de zogenaamde bagatel-fusie weggedacht) het geval als de operatie zich "intra-concern" voltrekt en/of niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort. Het laatste wordt bepaald door de vraag of uitsluitend buitenlandse partijen aan de wieg staan van de SE (dan geldt de "alleen of hoofdzaak-regel"; die zal zich in casu niet zo snel voordoen) dan wel of de SE-vorming significante effecten zal teweegbrengen voor juist de Nederlandse staak. Ik laat dit verder onbesproken. Ik volsta met de constatering dat als ook de Fusiegedragsregels van toepassing zijn de onderhandelingspositie van de BOG daardoor sterker zou kunnen worden.

---

266 Zie bijvoorbeeld: OK 29 augustus 1985, *NJ* 1986, 578 (*Howson Algraphy*); OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571 (*Hyster*); OK 23 oktober 1997, *ROR* 1997, 21 (*Nedlin Groep*); zie over deze materie (in EOR-verband) ook Lamers, a.w. noot 225 die niet zo beducht is voor het risico van uitholling van de bevoegdheid en positie van de (C)OR en Koning die daar meer risico's ziet, bijvoorbeeld F. Koning, de Europese ondernemingsraad, de COR en de structuurregeling, de *NV* 73/mei 1995 p. 100 e.v.

8. De overeenkomst/de referentievoorschriften

8.1 De overeenkomst

De SE-RL geeft partijen grote autonomie bij de bepaling van de inhoud van de overeenkomst. Dit is slechts anders in het geval van omzetting. In dat geval moet de overeenkomst tenminste in dezelfde mate voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als gold bij de om te zetten vennootschap (art. 4 lid 4). Dat geldt zelfs ook als de BOG zou willen instemmen met een terzijdestelling van bestaande medezeggenschap.[267] Het Brussels Coördinatieoverleg acht toelaatbaar dat niet alle bestanddelen in precies dezelfde vorm en inhoud terugkeren; het totaalpakket moet kwalitatief van hetzelfde niveau zijn. Is dat niet het geval, dan is de overeenkomst nietig en gelden de referentievoorschriften.[268] Ik betwijfel of deze verstrekkende conclusie verenigbaar is met de SE-RL (die niets zegt over nietigheid). Ik laat verder onbesproken of en hoe deze (gemakkelijk opgeschreven) conclusie in de praktijk kan worden geëffectueerd. De IW heeft de nietigheidsbepaling niet opgenomen. Het is niet waarschijnlijk dat de oprichter(s) en/of de BOG zich zullen beroepen op de nietigheid van een overeenkomst die slechts met hun beider instemming tot stand kan komen. Een ander (mits een belanghebbende in de zin van art. 1:5 IW) zou onder omstandigheden zich mogelijk echter wel op de nietigheid willen beroepen.

De aanhef van art. 4 lid 2 SE-RL luidt "onverminderd de partijautonomie...wordt in de overeenkomst het volgende bepaald"; dan volgt een opsomming met onderwerpen zoals de werkingssfeer, de instelling van een SE-OR of een alternatieve informatie- en raadplegingsprocedure, de bevoegdheden, eventuele afspraken over medezeggenschap, looptijd, de gevallen waarin heronderhandeld moet worden, de procedure voor heronderhandelingen etc. De geciteerde aanhef kan op twee manieren worden gelezen: de autonomie prevaleert, ook ten aanzien van de vraag of de genoemde onderwerpen wel of niet zullen worden geregeld (men kan dat dus ook achterwege laten); of: de genoemde onderwerpen moeten allen worden opgenomen in de overeenkomst maar partijen zijn overigens geheel vrij bij hun afspraken over de inhoud daarvan. De laatste uitleg is mijns inziens de juiste (want het meest passend bij de SE-RL-bepalingen in hun onderlinge samenhang bezien) en overigens ook de meest redelijke. Ook het Brussels Coördinatieoverleg huldigt die opvatting *("The list is (...) indicative (...) all elements which are mentioned in the list should however be treated in the*

---

[267] Davies merkt in dat verband op: *"...this perhaps shows little confidence in employees' ability to judge what is best for them"*, zie a.w. noot 194, p. 92.

[268] Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003, pt. 16.

agreement"). In dezelfde zin ook het Engelse Consultative Document dat spreekt over "*the minimum requirements (...) as to what the voluntary agreement must contain*".[269] De IW gaat echter uit van de eerstgenoemde opvatting. De MvT zegt dat partijen ervoor kunnen kiezen een of meer onderwerpen uit de lijst niet te regelen. Art. 2:13 gaat uit van een situatie dat de overeenkomst geen regeling bevat over heronderhandelen. Die situatie kan en mag zich echter – gegeven het voorschrift van de SE-RL – niet voordoen. De IW zou mijns inziens op dit punt moeten worden aangepast.

De IW sluit voor het overige (in art. 2:12) aan bij de SE-RL en bij een soortgelijke bepaling (art. 11 lid 3) van de WEOR. Verwarrend is dat de IW de overeenkomst en het reglement voor de SE-OR (dat bij overeenkomst moet worden vastgesteld, tenzij partijen anders besluiten) door elkaar haalt. Het reglement van de SE-OR zou (anders dan uit art. 2:12 IW lijkt te volgen) niet het document moeten zijn waarin de uitkomsten van het overleg worden vastgelegd. Het reglement is immers (net zoals in de WOR) veeleer een zaak van de SE-OR, waarvan de inhoud niet afhankelijk is van de instemming van de oprichters of van de SE. Het reglement kan evenwel geen zaken dwingend opleggen ten aanzien van punten waarover bij overeenkomst afspraken zijn gemaakt, bijvoorbeeld faciliteiten, kosten, etc. Ik zou menen dat de IW de verwarring op dit punt moet wegnemen. Interessant is de manier waarop de IW in de regeling ten aanzien van de overeenkomst het zogenaamde "voor- en nabeginsel" en de anti-misbruik-opdracht (art. 11 SE-RL) heeft uitgewerkt. Ik behandel dit nader in paragraaf 9.4. Mij lijkt dat – zolang de overeenkomst binnen het kader van de rol van werknemers blijft – de verdere inrichting van de structuur en de statuten van de SE de overeenkomst zullen moeten volgen.[270]

8.2 De referentievoorschriften

Lidstaten moeten op grond van art. 7 SE-RL referentievoorschriften overeenkomstig de bijlage bij de SE-RL vaststellen. Deze referentievoorschriften gaan over de rol van werknemers. Ze zijn van toepassing indien – kort gezegd – dat bij overeenkomst is afgesproken, dan wel indien niet binnen de onderhandelingstermijn een overeenkomst tot stand is gekomen. De referentievoorschriften bestaan uit drie delen. Deel 1 (inzake de SE-OR) en deel 2 (inzake informatie en raadpleging) zijn in dat geval altijd van toepassing. Deel 3 (inzake medezeggenschap) is slechts onder omstandigheden van toe-

269 Consultative document of the Department of Trade and Industry October 2003 p. 38 en ook p. 50; www.3.dti.gov.uk/cld/contact.htm.

270 Mogelijk anders L. Timmerman, Schijnmedezeggenschap, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 243.

passing (zie paragraaf 7.4.4). Ik bespreek in dit hoofdstuk de delen 1 en 3. Deel 2 is grotendeels al behandeld in paragraaf 5.2 en 5.3.

8.2.1 De SE-OR (deel 1 van de referentievoorschriften)

De regels inzake de samenstelling en aanwijzing stemmen grotendeels overeen met hetgeen daarover is bepaald voor de BOG. Het vereiste van de dynamische representativiteit is bij de SE-OR expliciet voorgeschreven. De IW schrijft (net als bij de BOG) voor dat – zolang de samenstelling van de SE-OR nog niet is aangepast – de stemverhoudingen in de SE-OR bij anticipatie, op de nieuwe samenstelling worden afgestemd. Het valt op dat de IW daarbij geen regeling geeft voor het geval de mutaties ertoe leiden dat ondernemingen uit een bepaalde lidstaat niet meer, of juist wel, in de SE-OR vertegenwoordigd kunnen, of moeten, zijn. Ten aanzien van de BOG bepaalt de IW (art. 2:3 lid 8) dat in die situatie er geen besluiten kunnen worden genomen zolang de samenstelling niet is aangepast.
Voor de leden van een SE-OR geldt een zittingsduur van vier jaren.
Van belang is de bepaling over evaluatie en nieuwe onderhandelingen (art. 3:6 IW ter uitwerking van deel 1 sub g SE-RL). De SE-OR moet uiterlijk 4 jaren na zijn instelling een besluit nemen over de wenselijkheid met de SE in onderhandeling te treden over een overeenkomst (in de zin van de SE-RL). Langs die weg kan de SE-OR slechts éénmaal dergelijke onderhandelingen afdwingen. Besluit de SE-OR tot heronderhandeling, dan gelden voor het onderhandelingssproces en de uitkomsten in grote lijnen dezelfde regels als wat daaromtrent is bepaald voor de oprichtingsfase van de SE. Er zijn enkele verschillen. Deze houden deels verband met het feit dat ten tijde van de onderhandelingen de rol van de werknemers bij de dan al bestaande SE is geregeld (namelijk op basis van de referentievoorschriften). Resulteren de onderhandelingen niet binnen zes (verlengbaar tot twaalf) maanden in een overeenkomst, dan blijven de referentievoorschriften gewoon van kracht zoals ze bij en vanaf de inschrijving van de SE zijn gaan gelden.
Er gelden enkele specifieke regels voor de besluiten van de SE-OR in het kader van de onderhandelingen.

De SE-OR kan, na aangevangen onderhandelingen, besluiten deze te beëindigen. De SE-RL bepaalt dat art. 3 lid 6 van overeenkomstige toepassing is. Daarin staat dat er voor zo'n besluit een gekwalificeerde meerderheid vereist is (ditmaal dus van de SE-OR), en dat – als zo'n besluit is genomen – de referentievoorschriften niet van toepassing zijn. Dat alles zou kunnen betekenen dat als de SE-OR een dergelijk besluit neemt de reeds geldende referentievoorschriften terzijde geschoven worden. Ik betwijfel of dat de bedoeling van de SE-RL is geweest. De IW bevat geen bepaling over een (eventueel) besluit van de SE-OR van het hier bedoelde type. Dat neemt niet weg

dat de SE-OR zo'n besluit wel kan nemen en vermoedelijk – bij het ontbreken van een andersluidende bepaling – met volstrekte meerderheid. De IW laat (ook) ongeregeld of zo'n besluit dan resulteert in terzijde stelling van de bij de SE reeds geldende referentievoorschriften. Waar in de oprichtingsfase nog een gekwalificeerde meerderheid vereist is om in het geheel geen inhoud te geven aan de rol van werknemers bij de SE, zou een aldaar ingevoerde rol met een volstrekte meerderheid van de SE-OR ongedaan gemaakt kunnen worden. In de praktijk zal dit punt wellicht niet zo snel gaan spelen. Er zit echter wel een gat tussen IW en SE-RL.

Voor goedkeuring door de SE-OR van een overeenkomst volstaat volgens de SE-RL en art. 3:4 lid 4 IW een volstrekte meerderheid. De SE-OR kan evenwel op grond van het laatstgenoemd artikel bepalen dat er voor zijn besluiten (en dus ook het besluit tot goedkeuring van een overeenkomst) een versterkte meerderheid is vereist.
Wordt bij overeenkomst bepaald dat de referentievoorschriften, zoals die op dat moment gelden, niet meer van toepassing zullen zijn, dan schrijft de IW een gekwalificeerde meerderheid (twee derde van het aantal leden, etc.) voor. Hetzelfde geldt als de overeenkomst een inperking (in de zin van de SE-RL) van op dat moment bij de SE bestaande medezeggenschap behelst. Het laatste is begrijpelijk en in lijn met de SE-RL. Het eerste daarentegen zou een strengere eis kunnen zijn dan wat volgt uit de SE-RL en zou – daarmee – een mijns inziens niet-toegestane afwijking kunnen zijn. Wanneer een afspraak om de op dat moment geldende referentievoorschriften niet langer toe te passen tevens zou impliceren dat daarmee de bestaande medezeggenschap verdwijnt, dan is het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid op zijn plaats. Strikt genomen en in het licht van de SE-RL kan men zo'n drempel echter niet opwerpen als de SE-OR (alsnog) een overeenkomst wil en kan afsluiten over de rol van werknemers die in de plaats komt van de op dat moment geldende referentievoorschriften. Ook niet als de overeenkomst zou inhouden dat de rol van werknemers – anders dan via inperking van medezeggenschap – aan betekenis inboet. Ook voor een BOG-overeenkomst volstaat (hoofdregel) een volstrekte meerderheid. De IW is echter blijkbaar ervan uitgegaan dat een overeenkomst in dat stadium altijd de positie van de werknemers doet verslechteren en heeft kennelijk daartegen een dam willen opwerpen.

8.2.2 Medezeggenschap (deel 3 van de referentievoorschriften)

Deel 3 geeft nadere bepalingen over de manier waarop de medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) gestalte moet krijgen. Ik vind dit het meest obscure onderdeel van de SE-RL. De formulering is slordig, inconsistent, onvolledig en daardoor haast onbegrijpelijk. Dat is niet een kwestie van vertaling;

de Engelse tekst is bijvoorbeeld net zo warrig. Ook de exegese van het Brussels Coördinatieoverleg brengt geen helderheid. Integendeel, deze onderstreept hoezeer men deel 3 verschillend kan uitleggen. Het is curieus dat juist ten aanzien van dit onderwerp (een novum) de Europese regelgeving zo krakkemikkig is. Het zal de populariteit van de medezeggenschap niet vergroten.
Duidelijk is wel dat als er bij de deelnemende vennootschap(pen) geen relevante medezeggenschap bestond er ook bij de SE geen medezeggenschap hoeft te komen. Duidelijk is ook nog wel dat ingeval van oprichting van een SE via omzetting alle elementen van medezeggenschap moeten terugkeren bij de SE. De MvT IW stelt nog eens nadrukkelijk dat die regel ziet op de vorm (en niet op de met de vorm verbonden andere elementen van invloed van werknemers) en ook geldt als de SE een ander bestuursmodel heeft dan "past" bij de medezeggenschapsvorm. Maar dan beginnen de "problemen". Ik breng de belangrijkste incongruenties in beeld.

Wie hebben welke rechten? De SE-RL zegt dat de werknemers van de SE en haar dochters "en/of" hun vertegenwoordigingsorgaan het recht uitoefenen. Met "vertegenwoordigingsorgaan" is hier kennelijk niet de SE-OR bedoeld maar het vertegenwoordigingsorgaan dat bestaat voor de betrokken werknemers in de verschillende lidstaten.[271] Zij oefenen de rechten (benoeming, aanbeveling, etc.) uit. De IW heeft dat (art. 3:12 lid 2) ook zo opgevat. Daar wordt de term "hun vertegenwoordigingsorgaan" gebruikt ter onderscheiding van de SE-OR, die ingevolge art. 3:13 een (andere) rol vervult bij de uitoefening van de hier bedoelde rechten.
Dat brengt dan tevens met zich dat volgens de regels van elke afzonderlijke lidstaat wordt bepaald wie de rechten uitoefent (de op haar grondgebied werkzame betrokken werknemers of hun vertegenwoordigingorgaan) en hoe dat gebeurt. Dat lijkt ook de bedoeling van de SE-RL te zijn.

De SE-RL spreekt bij de hoofdregel ten aanzien van het recht over de werknemers van de SE én haar dochters. In de uitwerking laat de SE-RL laatstbedoelde toevoeging weg. Ik houd het erop – net als ook de IW – dat het steeds gaat om de werknemers van de SE én haar dochters.

De rol van SE-OR betreft de allocatie van de zetels in het toezichthoudend, dan wel het bestuursorgaan ten aanzien waarvan de medezeggenschapsrechten kunnen worden uitgeoefend. Die zetels krijgen als het ware een "nationaliteit" toegekend. Zij worden gealloceerd in de verhouding van het aantal

[271] Vgl. ook SER-advies, noot 224, p. 71 waar, terecht, wordt gesignaleerd dat de SE-RL het gedefinieerd begrip "vertegenwoordigingsorgaan" soms ook gebruikt ter aanduiding van het nationale medezeggenschapsorgaan.

betrokken werknemers in een lidstaat ten opzichte van het totaal aantal werknemers van de SE en haar dochters. Is als gevolg van die proportioneel bepaalde allocatie niet elke lidstaat-geleding vertegenwoordigd, dan wijst de SE-OR aan een niet-vertegenwoordigde geleding het recht ten aanzien van invloed op de benoeming bij een bepaalde zetel in het relevante orgaan toe. De lidstaat-geleding van het land waar de SE haar statutaire zetel heeft, gaat – als deze bij de proportionele verdeling nog niet in de prijzen is gevallen – daarbij voor. De SE-RL spreekt daarbij niet over toewijzing maar over "benoeming". Als dat letterlijk moet worden genomen, dan is dat een inbreuk op de regel dat elke lidstaat zelf bepaalt door wie en hoe het recht wordt uitgeoefend. Ik denk dat de IW hier terecht "benoeming door de SE-OR" verstaat als "toewijzing van het recht". Het allocatievoorschrift van de SE-RL kan op allerlei verschillende manieren worden gelezen. Doen een Duitse en een Nederlandse vennootschap waar 65% respectievelijk 35% van het betrokken personeel werkzaam is, mee aan de vorming van een Duitse SE en geldt er het benoemingsrecht voor drie leden van het toezichthoudend orgaan, dan benoemen de Duitsers in de SE-OR 2 leden en de Nederlanders 1 lid. Gaat het om een Duitse SE gevormd door een Duitse (50% van de werknemers), een Nederlandse (20%), een Franse (20%) en een Belgische vennootschap(10%) dan is bij het te "verdelen" benoemingsrecht uit het voorbeeld zoveel zeker dat de Duitsers in ieder geval één lid mogen benoemen. Krijgen de Nederlanders en de Fransen dan vervolgens ieder één? Zouden de Belgen dan – als enige niet-vertegenwoordigde geleding – het recht van benoeming van één lid kunnen claimen? Is het "offer" van bijvoorbeeld de grotere Franse fractie ten faveure van de kleinste fractie (de Belgen) waarbij overigens de Fransen ineens de niet-vertegenwoordigde geleding zijn geworden, een redelijke uitkomst? Wat de juiste uitleg is, is gewoon niet vast te stellen. Het proportionaliteitsprincipe (kennelijk de hoofdregel) is – onder omstandigheden – moeilijk te verenigen met de andere regel die inhoudt dat aan de niet-vertegenwoordigde fractie (of zelfs: fracties?) het recht van invloed op de benoeming van één lid wordt toegewezen. De IW (art. 3:13 IW) doet het als volgt: is bij de proportionele verdeling niet elke lidstaat in de prijzen gevallen, dan wordt de eerste zetel toegewezen aan de grootste lidstaat-geleding. De volgende aan de Nederlandse fractie, als de SE in Nederland is gevestigd en de Nederlandse fractie nog niet vertegenwoordigd is. De derde en de volgende zetel wordt toegewezen aan de andere nog niet vertegenwoordigde lidstaten. Bij dat laatste zal vermoedelijk de volgorde van toewijzing worden bepaald door de relatieve omvang van de betrokken ondernemingen (maar dat staat nergens). Zie ik het goed, dan "wint" in de IW het principe dat – na de grootste – elke andere niet-vertegenwoordigde lidstaat-geleding zoveel mogelijk een eigen recht krijgt het van het proportionaliteitsprincipe.

De SE-RL spreekt over een besluit inzake de "verdeling van zetels (in de relevante organen)" en een besluit "over de wijze waarop het aanbevelings- en bezwaarrecht" kan worden uitgeoefend. Gaat het om verschillende type besluiten? Ik ga daar niet van uit. Aangenomen mag worden dat het in beide gevallen gaat om de verdeling van de zetels (ten aanzien waarvan invloed op de benoeming bestaat) over de lidstaat-geledingen.
Ik zou ook willen aannemen dat de toewijzing van het versterkt aanbevelingsrecht (als dat straks met de wijziging van de structuurregeling wordt ingevoerd) aan die lidstaat-geledingen op dezelfde manier (art. 3:13 IW) geschiedt.

Een hoop narigheid die in het systeem van de SE-RL is ingebakken, had voorkomen kunnen worden wanneer zou zijn bepaald dat de SE-OR (zelf) – en niet de lidstaat-geledingen – de medezeggenschapsrechten van deel 3 van de referentievoorschriften zouden uitoefenen. Het nu gekozen systeem zou wel eens een rem kunnen zijn voor de ontwikkeling van de SE-OR tot een volwassen en betekenisvol instituut.

9. Aankleding van de SE-RL; de Nederlandse jas

9.1 Inleiding

In paragraaf 3.2 is een aantal uitgangspunten en doelstellingen van de SE-RL beschreven. Het veiligstellen van verworven rechten van werknemers betreffende hun rol in de besluitvorming is een centrale doelstelling. De voor oprichting bestaande rechten zijn mede het uitgangspunt voor de inrichting van de rol van de werknemers bij de SE en dat uitgangspunt heeft ook te gelden bij structurele veranderingen rond de SE na haar oprichting. Lidstaten moeten bovendien maatregelen nemen om te voorkomen dat de oprichting van de SE wordt gebruikt om werknemers hun rol te ontzeggen of te ontnemen (misbruik). In dit hoofdstuk onderzoek ik of en hoe de Nederlandse wetgever deze (in de SE-RL niet of niet eenduidig uitgewerkte) principes heeft betrokken in de IW en de UitvW. Ik neem daarvoor als uitgangspunt de situatie waarin medezeggenschap bij de SE gaat gelden als gevolg van het feit dat de referentievoorschriften verplichten om een bij de deelnemende vennootschap bestaande medezeggenschapsvorm in te voeren bij de SE (al dan niet na een daartoe – buiten het geval van een overeenkomst – door de BOG genomen besluit). Ik heb het hier niet over de omzettingsmodaliteit en ook niet over het geval waarin de medezeggenschap is geregeld in een overeenkomst tussen de BOG en de oprichters. In de eerste situatie geldt op grond van de SE-RL dat alle voorheen bij de relevante deelnemende vennootschappen bestaande medezeggenschapselementen moeten terugkeren bij de SE; in de tweede situatie geldt dat partijen de uitwerking van de mede-

zeggenschapsvorm nader kunnen (en eigenlijk zouden moeten) regelen binnen de ruimte die de regelgeving daartoe biedt. In paragraaf 9.2 gaat het – onderscheiden naar verschillende situaties – over de wijze waarop (in de IW) nader gestalte is gegeven aan de inhoud en procedure als eenmaal is komen vast te staan welke medezeggenschapsvorm bij de SE moet gaan gelden. In paragraaf 9.3 bespreek ik de vraag of en hoe de UitvW is omgesprongen met de ruimte die de SE-VO biedt om de medezeggenschapsvorm in de nationale regelgeving meer inhoudelijk te normeren. Ik doe dat in het bijzonder ten aanzien van het aanbevelings- en bezwaarrecht; ik zoek daarbij aansluiting bij de vraag of de SE onder de structuurregeling kan/moet vallen. In paragraaf 9.4 gaat het over de manier waarop de Nederlandse wetgever invulling geeft aan het "voor- en nabeginsel" en het anti-misbruik-voorschrift.

9.2 De procedurele inkleuring van de medezeggenschapsvorm

Ik onderscheid de volgende drie situaties:

a. er is geen overeenkomst, wel een drempeloverschrijdende medezeggenschapsvorm; de referentievoorschriften zijn automatisch van toepassing;

b. er is geen overeenkomst, er is drempelonderschrijdende medezeggenschap bij (een van) de deelnemende vennootschap(pen) of er gelden meerdere (al dan niet drempeloverschrijdende) medezeggenschapsvormen en de BOG wijst bij besluit een medezeggenschapsvorm aan, die bij de SE moet gaan gelden;

c. er is geen overeenkomst, er bestaan meerdere medezeggenschapsvormen bij de deelnemende vennootschappen; de BOG heeft niet een onder b. bedoeld besluit genomen.

De SE-RL zelf zegt niets over de inhoud en procedure die zullen gelden als eenmaal vaststaat dat en welke medezeggenschapsvorm bij de SE moet worden geïnstalleerd. Het zou wenselijk zijn dat er op dit punt duidelijkheid is. De IW regelt dit voor het onder c. en gedeeltelijk voor het onder b. genoemde geval (art. 3:2 IW).

De situatie onder b.
Als er bij de deelnemende vennootschappen meerdere medezeggenschapsvormen bestaan, kan de BOG besluiten welke zal moeten gaan gelden bij de SE. De deelnemende vennootschappen zullen zich aan een dergelijk besluit moeten conformeren. Zo'n BOG-besluit moet een feitelijke beschrijving geven van de inhoud van de medezeggenschapsvorm (art. 3:2 lid 4 IW). Dit artikel regelt echter niet het geval waarin er bij de deelnemende vennoot-

schappen slechts één vorm van medezeggenschap voorkomt die niet de door de SE-RL voorgeschreven drempel overschrijdt. Ook in zo'n geval kan de BOG besluiten die vorm van medezeggenschap bij de SE te laten gelden.[272] Ook ten aanzien van een dergelijk besluit zou de IW derhalve moeten voorschrijven dat het een feitelijke omschrijving geeft van de inhoud van de medezeggenschapsvorm. De ratio van het voorschrift van de IW omtrent de feitelijke beschrijving is dat men niet kan volstaan met de simpele aanwijzing van de vorm. Er moet duidelijkheid zijn over inhoud en de procedure ten aanzien van de uitoefening van het recht. De feitelijke beschrijving van het recht moet, zo zegt de MvT, dan in de statuten nader worden vastgelegd, en wel overeenkomstig de beschrijving van het recht in het BOG-besluit. Dat lijkt me juist. Zo ontstaat immers niet alleen duidelijkheid maar ook gebondenheid van de SE aan de door de BOG aangewezen medezeggenschapsvorm. De BOG moet bij de feitelijke beschrijving van het recht mijns inziens blijven binnen de procedurele kaders waarin het recht bij de deelnemende vennootschap van waaruit het afkomstig is, gestalte heeft gekregen. Bovendien kunnen er geen nieuwe materiële aspecten worden toegevoegd. Zo acht ik niet toelaatbaar dat de BOG bij een besluit het aanbevelings- en bezwaarrecht te laten gelden in de feitelijke beschrijving van dat recht stipuleert dat de werknemersvertegenwoordigers eenzijdig een profielschets voor een aan te bevelen kandidaat kunnen opstellen waaraan de SE gebonden is. Of de BOG de (procedurele) voorschriften zou mogen verlichten is de vraag. Mag de BOG bijvoorbeeld aangeven dat het versterkt aanbevelingsrecht slechts een vijfde van het aantal leden betreft in plaats van een derde, zoals het bij een van de deelnemende vennootschappen was? De MvT gaat uit van de feitelijke situatie zoals die bestond bij de betreffende deelnemende vennootschappen. Dan zou zo'n verlichting niet mogelijk zijn. Men kan hier echter ook kiezen voor respectering van een verlichting die de BOG kennelijk zelf wil.

De situatie onder c.

Als er bij het bestaan van meerdere medezeggenschapsvormen bij de deelnemende vennootschappen geen BOG-besluit wordt genomen tot aanwijzing van een van de twee, dan geldt art. 3:2 lid 5 IW. Daarin is bepaald dat voor de in Nederland te vestigen SE het aanbevelings- en bezwaarrecht van toepassing wordt waarbij het volgende van belang is. Art. 3:2 lid 5 ziet slechts op de situatie waarin een Nederlandse structuurvennootschap aan de SE-oprichting deelneemt. Het is inderdaad niet goed voorstelbaar dat het aanbevelings- en bezwaarrecht bij een SE (anders dan via een overeenkomst tussen de BOG en de oprichters) zou gaan gelden als er niet een structuur-

[272] Art. 7 lid 2 onder b en c SE-RL en art. 3:2 leden 2 en 3 IW.

vennootschap deelneemt. Is het aanbevelings- en bezwaarrecht ingevolge art. 3:2 lid 5 van toepassing, dan gelden alle (procedurele) voorschriften ten aanzien van de inhoud van dat recht (lees: de voorschriften die de structuurregeling op dat punt geeft). Daartoe behoren ook zaken als benoemingscriteria, de geschiktheid, het "naar behoren samengesteld"-vereiste, de (straks) geldende regels omtrent de profielschets, de bezwaarmogelijkheid van het toezichthoudend orgaan tegen versterkt aanbevolen kandidaten, de toetsingsmogelijkheid door de OK, de verwerpingsmogelijkheid van de AvA, etc. Strikt genomen kan men zich afvragen of er wel een rechtsbasis is om die voorschriften te koppelen aan en voor te schrijven voor de medezeggenschapsvorm. De genoemde voorschriften zijn nauw gerelateerd aan de vorm, maar berusten op specifieke Nederlandse regelgeving die niet strekt tot uitvoering van de SE-RL. Art. 13 lid 2 SE-RL zou zich dan mogelijk verzetten tegen het van toepassing doen zijn, het voorschrijven van die nationale regels. Tegenover deze strikte benadering staat echter dat men zonder aanvullende regelgeving per lidstaat eigenlijk niet zou weten waar men aan toe is nadat eenmaal is vastgesteld dat het aanbevelings- en bezwaarrecht van toepassing zal worden op de SE. De in de IW gekozen benadering is zo gek nog niet. Wel zou art. 3:2 lid 5 IW mijns inziens iets moet worden aangevuld. Net als dat ook geldt voor de feitelijke beschrijving van de medezeggenschapsvorm volgens een BOG-besluit (de situatie onder b.), zou moeten gelden dat beslissend voor de inhoud en de procedure van het aanbevelings- en bezwaarrecht is de wijze waarop dat feitelijk in de deelnemende Nederlandse structuurvennootschap (van waaruit het afkomstig is) vorm heeft gekregen. Gold aldaar bijvoorbeeld de "bovenwettelijke" afspraak dat benoeming steeds geschiedt op basis van een met de OR overeen te komen profielschets dan zou dat ook moeten gelden op het SE-niveau waar deze medezeggenschapsvorm wordt geïntroduceerd.

Wat nu als er meerdere medezeggenschapsvormen bestaan, er geen BOG-besluit (keuze) is, er geen structuurvennootschap bij de oprichting is betrokken en er een medezeggenschapsvorm gaat gelden die wij in de Nederlandse regelgeving niet kennen? Art. 3:2 lid 6 IW regelt die situatie. Kort gezegd geldt dan – met in achtneming van de zogenaamde "hoogste aantal-doctrine" – dat de bij de SE in te voeren medezeggenschapsvorm wordt gemodelleerd naar de wijze waarop dat recht was ingericht bij de deelnemende vennootschap(pen) van waaruit het afkomstig is. Dat lijkt mij een juiste oplossing.

De situatie onder a.
Die is in de IW niet geregeld. Art. 3:2 leden 4, 5 en 6 gaan daar niet over; die gaan over de situatie van meerdere bestaande medezeggenschapsvormen. Art. 3:13 IW regelt slechts wie namens de werknemers de rechten van de toepasselijke medezeggenschapsvorm uitoefenen. Daar zijn de inhoud en de procedure die bij de uitoefening van het recht gelden verder niet geregeld. Ik zou menen dat ook voor deze situatie een wettelijke bepaling gewenst is. De inhoud zou – qua strekking – gelijk kunnen zijn aan de systematiek van art. 3:2 leden 4 en 5. Dat wil zeggen: inhoud en procedure zijn dan in overeenstemming met de medezeggenschapsvorm zoals die gold bij de deelnemende vennootschap(pen) van waaruit deze afkomstig is. Een en ander zou moeten worden vastgelegd bij gelegenheid van de te deponeren verklaring van de oprichters dat zij ermee instemmen de referentievoorschriften van toepassing te doen zijn op de SE.

Wat doen andere lidstaten op dit punt?

Een interessante vraag is hierbij nog wel hoe andere lidstaten dit onderwerp gaan aanpakken. Idealiter zou het overal op dezelfde manier en volgens hetzelfde principe moeten gebeuren. Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat voor een in Griekenland te vestigen SE, waar het aanbevelings- en bezwaarrecht (afkomstig uit een deelnemende Nederlandse structuurvennootschap) van toepassing wordt, de inhoud en procedure in overeenstemming zouden moeten zijn met wat terzake gold bij de Nederlandse deelnemende vennootschap. Dat moet Griekenland dan wel zo regelen. Griekenland zal er dan ook in moeten voorzien dat er een juridische infrastructuur is, waarin bijvoorbeeld het bezwaar tegen een voor de SE-OR aangedragen kandidaat kan worden getoetst (ook nog eens zoveel mogelijk met inachtneming van de normen zoals die zich daaromtrent hebben ontwikkeld). Het is zeer de vraag of dit ook zal gebeuren. Omgekeerd zou de Nederlandse infrastructuur ook er op ingesteld moeten zijn dat een "vreemde" medezeggenschapsvorm qua inhoud en procedure in Nederland tot zijn recht kan komen. Gebeurt dat alles niet, dan is het gevolg dat de medezeggenschapsvorm die een lidstaat "importeert" (ook wat betreft de inhoud en de procedure) een andere lading krijgt dan de vorm had in de deelnemende vennootschappen waar deze gold. Die omstandigheid relativeert wel het effect en de betekenis van een medezeggenschapsvorm die ingevolge de SE-RL bij SE's kan gaan gelden.
Zou voor een uniforme aanpak worden gekozen en zou daarbij gekozen worden voor de Nederlandse manier van uitwerking dan hoeft dat mijns inziens niet te betekenen dat SE's, gevestigd in een bepaalde lidstaat, gedwongen kunnen worden de in die lidstaat niet-gekende medezeggenschapsvormen (met de daarbij behorende inhoud en procedure) toe te passen. Als zij dat niet willen, kunnen zij dat bijvoorbeeld voorkomen door afsluiting van een

overeenkomst met de BOG en, in het uiterste geval, zouden zij van SE-vorming (in die lidstaat of in de oorspronkelijk voorgenomen vorm) kunnen afzien.
Wat wel gebeurt is dat lidstaten in hun eigen domein (uitgewerkte) medezeggenschapsvormen zullen (kunnen) gaan zien van een type dat zij zelf niet kennen. Maar ja, dat is ook al het geval door de simpele noodzaak uitvoering te geven aan de SE-RL. Of het tot een voor alle lidstaten uniforme uitwerking van de vorm komt is op dit moment niet bekend. De Europese regelgever had dit punt eigenlijk moeten oplossen, maar heeft kennelijk zijn vingers daar niet aan willen branden.

Concluderende observaties

Het is verstandig dat de IW regels geeft voor de wijze waarop de twee medezeggenschapsvormen – qua inhoud en procedure – bij een in Nederland te vestigen SE verder gestalte moeten krijgen. Daarmee wordt een gat in de SE-RL gedicht. De manier waarop de IW dit punt heeft aangepakt lijkt mij in grote lijnen een juiste. Op drie punten is een aanvulling van art. 3:2 IW gewenst (zie hierboven). Idealiter moet er ten aanzien van de bepaling van de inhoud en procedure van de medezeggenschapsvormen een uniforme uitwerking in alle lidstaten plaatshebben. Die zou zoveel mogelijk recht moeten doen aan de inhoud en procedure die de medezeggenschapsvorm had bij de deelnemende vennootschap van waaruit hij afkomstig is. Ik betwijfel sterk of het daarvan gaat komen. De introductie van "vreemde" medezeggenschapsvormen in een lidstaat, zeker als dat gepaard gaat met een uniforme implementatie (zoals hiervoor bedoeld) in alle lidstaten kan in de lidstaten een zekere reflexwerking op hun "eigen" medezeggenschap teweegbrengen.

9.3 De inhoudelijke inkleuring van de medezeggenschapsvorm

In de paragrafen 3.2 en 9.1 stipte ik de uitgangspunten en de centrale doelstellingen van de SE-RL aan. Deze kunnen met zich brengen dat men mogelijk niet kan volstaan met een simpele aanwijzing van twee mogelijke medezeggenschapsvormen zonder deze, naar vorm en/of inhoud, nader uit te werken. Moet daarbij dan rekening worden gehouden met de andere medezeggenschapselementen die aan de respectieve vormen verbonden zijn? Dat zou immers nodig kunnen zijn ter bescherming van de verworven rechten waarop de preambule van de SE-RL doelt. Het kan, los daarvan, ook zo zijn dat de inherente verknooptheid van invloed op de benoeming van leden van organen met andere medezeggenschapselementen rechtvaardigt dat de invloed op de gang van zaken in de onderneming (en daar is het blijkens de definitie van medezeggenschap in de SE-RL om te doen) juist wel verder

wordt genormeerd. Daarover gaat het in deze paragraaf. Ik bespreek de vraag of de aan de medezeggenschapsvorm verbonden andere elementen van medezeggenschap al dan niet tot gelding moeten en kunnen komen. Ik richt me daarbij in het bijzonder op het aanbevelings- en bezwaarrecht in het dualistisch model. Dat recht kennen wij in feite alleen bij de structuurvennootschap. Praktisch gesproken zal dat recht bij een SE slechts kunnen gaan gelden als een Nederlandse structuurvennootschap rechtstreeks aan de oprichting deelneemt. Men kan de vraag dus ook anders formuleren: kan en/of moet een in Nederland gevestigde SE die het aanbevelings-en bezwaarrecht hanteert en die aan de structuurcriteria voldoet onder het bereik van de structuurregeling vallen? En is dat in te passen zonder in strijd te komen met de SE-VO? We betreden daarmee het domein van de UitvW.

9.3.1 SE ONDER DE STRUCTUURREGELING?

Een in Nederland te vestigen of gevestigde SE kan (al dan niet tezamen met haar dochters) voldoen aan de criteria voor toepassing van de structuurregeling. Dat is in elk geval van belang voor een structuurvennootschap die middels omzetting een SE wordt. Ook kan het zijn dat al in de oprichtingsfase duidelijk is dat een SE die langs andere weg wordt opgericht, reeds vanaf oprichting voldoet aan de criteria. Ook kan een SE na oprichting op enig moment kwalificeren. De in Nederland gevestigde SE kan het structuurregime ook vrijwillig aanvaarden. Het meest pregnant is dit punt bij de omzetting van een structuurvennootschap in een SE. Daar moeten alle elementen van de voorheen bij de oprichter bestaande medezeggenschap terugkeren. Mij lijkt dat dat met zich brengt – met name in het licht van de geformuleerde doelstellingen van de SE-RL – dat de structuurregeling zoals die feitelijk gold bij de zich omzettende vennootschap van toepassing zou moeten blijven na omzetting in een SE. Helemaal zeker is die uitleg niet: de SE-RL beschermt in art. 4 lid 4 (de situatie van een overeenkomst) – in het geval van omzetting – "de rol van werknemers" en in deel 3 van de bijlage (de situatie van de referentievoorschriften) "alle elementen van werknemersmedezeggenschap", een – strikt genomen – beperkter begrip. Is hetzelfde bedoeld en valt onder het ruimere begrip ("de rol van de werknemers") het hele complex van aan de vorm gekoppelde rechten? Ik zou menen dat dat de bedoeling van de SE-RL is.
In de andere situaties zou pas op termijn, na oprichting van de SE, toepasselijkheid van de structuurregeling aan de orde kunnen komen. Eerst zal immers de driejarige inlooptermijn moeten zijn verstreken. De SE die direct bij oprichting aan de criteria voldoet zou dit, zoals dat ook geldt voor de Nederlandse NV die aan de criteria voldoet, direct moeten inschrijven in het Handelsregister. Voordat zo'n aantekening kan worden gemaakt zal de SE eerst als zodanig moeten zijn ingeschreven. Dat vereist dat de rol van werk-

nemers overeenkomstig de SE-RL is geregeld. Ik ga er hier van uit dat bij of na oprichting van deze SE het aanbevelings- en bezwaarrecht is gaan gelden. Zou dat niet het geval zijn dan verhindert mijns inziens art. 13 lid 2 SE-RL dat dat recht alsnog (automatisch en slechts op grond van nationale wetgeving) op de SE van toepassing wordt, zodra deze aan de structuurcriteria voldoet. Is de structuurregeling in de hiervoor genoemde gevallen (bij de SE geldt het aanbevelings- en bezwaarrecht en zij voldoet, of gaat op enig moment na oprichting, voldoen aan de structuurcriteria) van toepassing of houdt de SE-VO respectievelijk Nederlandse regelgeving dat tegen? Als de structuurregeling van toepassing is of wordt dan zou deze regeling na verloop van tijd bij de SE moeten worden geïmplementeerd in een fase die ruimschoots ligt na het moment van oprichting. Daarmee zou mogelijk het bereik van de SE-RL worden opgerekt (dat bereik strekt zich immers slechts uit tot de fase van oprichting). Dat zou voor mij geen doorslaggevend argument zijn. Maakt de SE de inlooptermijn niet vol dan kan de rol van werknemers blijven gelden zoals bij invoering. Maakt de SE de termijn wel vol dan is het niet per definitie onredelijk aanpassingen (waarmee men bij oprichting rekening heeft kunnen houden) te verlangen.

Het aanbevelings- en bezwaarrecht in de structuurregeling

Het aanbevelings- en bezwaarrecht is ontwikkeld in het kader van de structuurregeling. De structuurregeling neemt in het Nederlandse medezeggenschapsrecht een belangrijke plaats in. Naast de regeling van het aanbevelings- en bezwaarrecht kent de structuurregeling een aantal andere bijzondere elementen, te weten het coöptatiebeginsel, de beperkte ontslagmogelijkheden van structuurcommissarissen en de "bijzondere bevoegdheden" van de RvC. De "bijzondere bevoegdheden" betreffen: de benoeming en het ontslag van de leden van (in termen van de SE-RL) het leidinggevend orgaan, de goedkeuring van "majeure besluiten" en de vaststelling van de jaarrekening. Er bestaat aldus een verknooptheid, een inherente samenhang tussen het aanbevelings- en bezwaarrecht en de genoemde andere elementen. Het samenhangend (verknoopte) geheel maakt de structuurregeling tot een medezeggenschapsinstrument. De structuurregeling staat op de helling. De al eerder genoemde, door de Tweede Kamer op 9 september 2003 aanvaarde wijziging van de structuurregeling[273] bevat ingrijpende wijzigingen: afschaffing van het coöptatiemodel en het bezwaarrecht van de AvA en de OR (de AvA krijgt de bevoegdheid de structuurcommissarissen te benoemen) en toekenning van een versterkt aanbevelingsrecht aan de OR (met de mogelijkheid van bezwaar door de RvC), van een verwerpingsmogelijkheid

[273] Zie noot 218.

van de AvA ten aanzien van aanbevolen kandidaten, van een collectief heenzendingsrecht van de AvA voor de RvC (die het onmiddellijk ontslag van alle structuurcommissarissen tot gevolg heeft) en van het recht van de AvA om de jaarrekening vast te stellen.[274] De in zijn onlosmakelijke samenhang te beschouwen trits (invloed van de OR op de benoeming van de structuurcommissarissen via het (versterkt) aanbevelingsrecht, de beperkingen ten aanzien van ontslagmogelijkheden van structuurcommissarissen, en de speciale bevoegdheden van de RvC) blijft – in een iets gewijzigde opzet – evenwel ook in de nieuwe structuurwet gehandhaafd. Het gaat om een uitgebalanceerd pakket van met elkaar samenhangende regels. Zou men een van de bestanddelen uit dit fragiele bouwwerk wegnemen, dan valt dit concept – als medezeggenschapsinstrument – in duigen.

De SE-RL ziet het aanbevelings- en bezwaarrecht ook als een medezeggenschapsmiddel: het is een vorm die bedoeld is om werknemers invloed op de gang van zaken in de onderneming te verschaffen. Die vorm werkt eigenlijk alleen als medezeggenschapsinstrument door de aanvullende regels die zijn of worden gesteld: regels ten aanzien van de positie, de taken en de bevoegdheden van het orgaan ten aanzien waarvan het aanbevelings- en bezwaarrecht geldt.

Ik meen dat (ook) uit de preambule kan worden afgeleid dat de inherent aan de vorm verbonden elementen van medezeggenschap (ongeacht welk van de twee) zoals die bestaan bij de oprichter(s) niet verloren mogen gaan bij de inrichting van de SE (let wel: tenzij bij oprichting tussen werknemers en oprichters anders wordt overeengekomen, waartoe de SE-RL de ruimte biedt). De, naar ik aanneem, welbewust gekozen formuleringen van de preambuletekst die ik in paragraaf 3.2 aanhaalde, geven steun aan die stelling. Er is dan ook iets te zeggen voor de stelling dat de inherent aan de vorm verbonden elementen verankerd moeten worden bij de implementatie van de SE-VO en SE-RL in de lidstaten, behoudens voorzover SE-VO en SE-RL zich daartegen zouden verzetten.

De vraag is vervolgens of de SE-VO (en de Nederlandse wetgeving) zich daartegen verzet(ten), respectievelijk een dergelijke verankering technisch uitvoerbaar is. In feite komt dat neer op de vraag of het concept van de structuurregeling inpasbaar is in de regelgeving (met name genormeerd door de SE-VO) voor de SE. Ik bespreek die vraag zowel naar de situatie waarin gekozen is voor het dualistisch model als naar de situatie met een monistisch model.

---

[274] Vgl. mijn artikel, genoemd in noot 244, enigszins achterhaald door recente wijzigingen in het wetsvoorstel.

In het dualistisch model

De SE-VO regelt over de hiervoor bedoelde (samenhangende) trits niets behalve op het punt van de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan. Met de introductie van het aanbevelings- en bezwaarrecht bij de SE wordt een aan de structuurregeling identieke regeling niet automatisch van toepassing. Of de andere bestanddelen uit de trits gaan gelden bij een SE die het aanbevelings- en bezwaarrecht kent, hangt af van het recht van de lidstaat waar de SE gevestigd is (art. 9 SE-VO). Men moet dan kijken naar de regels die de wet van die lidstaat voorschrijft voor de NV. De MvT UitvW kiest als uitgangspunt dat daarbij gekeken moet worden naar de "gewone" NV. Het merendeel van de schrijvers gaat tot dusverre daar ook van uit.[275] Mij lijkt echter verdedigbaar – onder meer uit het oogpunt van gelijkheid – de stelling dat op een in Nederland gevestigde SE die voldoet aan de structuurcriteria van toepassing zijn de wettelijke regels voor een Nederlandse naamloze vennootschap die voldoet aan diezelfde criteria. Daarmee zou een kwalificerende SE onder de structuurregeling vallen.

Een regeling volgens het model van de structuurregeling (ook volgens het concept van het ontwerp zoals dat in september 2003 door de Tweede Kamer is aanvaard), is "compatible" (te maken) met de SE-VO. Het vereist kort gezegd een (ingenieus) pakket van wettelijke voorzieningen waartoe de SE-VO de ruimte laat. Het gaat daarbij met name om de wettelijke verankering van bepaalde (minimum-) bevoegdheden van en ten aanzien van het toezichthoudend orgaan met (aanvullend) de bepaling dat daarvan statutair (naar boven en beneden) mag worden afgeweken als werknemers en oprichters/SE zulks zijn overeengekomen.[276] De SE-VO verklaart, net als de nieuwe structuurwet, de AvA bevoegd tot benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan. Over het ontslag regelt de SE-VO niets, dus daar zouden dan gelden de zeer beperkte mogelijkheden die de structuurregeling daartoe biedt, thans uitgebreid met het collectief heenzendrecht. Art. 40 lid 3 SE-VO laat toe dat een lidstaat een bij wet bepaald minimum stelt aan het aantal leden van het toezichthoudend orgaan. Zo'n voorschrift kennen wij bij de structuur-RvC. De hoofdregel van de SE-VO is dat leden van het leidinggevend orgaan worden benoemd en ontslagen door het toezichthoudend orgaan, net zoals in de structuurregeling. Nederland zou dan voor dit type SE moeten afzien van een wettelijke regeling die het mogelijk maakt in de

---

275 Onder wie D.C. Buijs, Gevolgen van de SE voor het structuurregime, noot 231; SER-advies 03/08, noot 224, p. 46; J.W. Winter, de Europese vennootschap: besturen en toezicht houden in rangen en standen, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 197; Bartman/Dorresteijn, a.w. noot 238 p. 99.

276 Voor de goede orde: afwijking "naar beneden" bij de omzettingsmodaliteit is niet mogelijk.

statuten de AvA aan te wijzen als de instantie die het leidinggevend orgaan benoemt (een afwijking waartoe art. 39 lid 2 SE-VO de mogelijkheid biedt). Art. 48 lid 2 SE-VO laat toe dat de lidstaat wettelijk kan vastleggen welke categorieën van handelingen in elk geval aan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan moeten worden onderworpen. Daarbij kan Nederland aansluiting zoeken bij de speciale bevoegdheden die aan een Nederlandse structuur-RvC toekomen onder de (gewijzigde) structuurwet. Het verschil in de benoemingstermijn (SE-VO 6 jaar, Nederland 4 jaar) is een oplosbaar detail.

De Nederlandse wetgever is echter niet van plan een dergelijke structuur/verankering voor te schrijven voor een SE van het hier besproken type. De wetgever acht één element van medezeggenschap dat verbonden is aan het aanbevelings- en bezwaarrecht onverenigbaar met de SE-VO: de benoemingstermijn. Wettelijke verankering voor de SE van andere medezeggenschapsonderdelen acht de wetgever "niet-opportuun".[277] Men voelt hier de tijdgeest. Het regelen van de taken en bevoegdheden van (in dit geval het toezichthoudend orgaan) moet maar een zaak zijn voor de statuten, voor de aandeelhouder. Geen verdere normering door de wetgever ofschoon de SE-VO die ruimte uitdrukkelijk biedt. Die benadering sluit aan op het inmiddels aanzwellend geluid dat de structuurregeling maar beter in zijn geheel kan worden afgeschaft.[278] Vanuit medezeggenschapsoogpunt is de benadering in de UitvW (en overigens ook de roep om afschaffing van de structuurregeling) een ongunstige ontwikkeling. Een wettelijk te verankeren volwaardig aanbevelings- en bezwaarrecht (lees: met alle toeters en bellen) op het niveau van een SE van het hier besproken type zou alleszins in de rede liggen. Trouwens niet alleen vanuit medezeggenschapsoogpunt; zoiets zou zeker ook ten goede kunnen komen aan een goede inrichting van het bestuur en toezicht binnen de onderneming. Blijft zo'n verankering uit dan zou het cafetariamodel van de SE-RL (er zijn twee medezeggenschapsvormen) erop kunnen neerkomen dat als het aanbevelings- en bezwaarrecht bij de SE van toepassing wordt, er een Hollands kroketje wordt geserveerd ontdaan van al het smakelijke vlees. Overigens zou zoiets ook als een aanvullend argument gebruikt kunnen worden voor een versnelde afbraak van de structuurregeling (omgekeerde reflex), hetgeen mijns inziens moeten worden voorkomen.

---

[277] MvT UitvW p.5

[278] Ook de Commissie Tabaksblat betoonde zich zeer kritisch over de (nieuwe) structuurregeling (Rapport, zie noot 220, p. 59); andere geluiden zijn er ook. Zo wees P.F. van der Heijden, Medezeggenschap: onderbenut, overbelast en indirect, *NJB* 2003, p. 2137 erop dat bij het opeisen van meer macht door de aandeelhouders er aandacht moet zijn voor de countervailing power waarbij de medezeggenschap een belangrijke rol zou kunnen/moeten spelen.

Gaat bij of na oprichting het aanbevelings- en bezwaarsysteem gelden bij een SE van het hier besproken type dan kan de zaak technisch dus zo worden geregeld dat deze de structuurregeling integraal kan toepassen. Art. 4:3 IW anticipeert reeds op het van kracht worden van de nieuwe structuurwet. Het bezwaarrecht van de OR tegen voorgenomen benoemingen verdwijnt in de nieuwe structuurregeling. Dat betekent mijns inziens niet dat de medezeggenschap volgens de nieuwe structuurregeling niet meer een medezeggenschapsvorm is in de zin van de SE-RL. Over hoe mijns inziens de omschrijving in de SE-RL van het recht om aanbevelingen te doen of bezwaar te maken moet worden verstaan verwijs ik kortheidshalve naar paragraaf 5.4 eerste alinea. Bovendien kan er ook in de nieuwe structuurregeling bezwaar gemaakt worden, zij het dat dat meer het karakter zal hebben van een protest, en niet meer de rechtsgevolgen zal hebben die de eerdere structuurregeling daaraan verbond. Het feit dat de RvC in de nieuwe structuurregeling bezwaar kan maken tegen de kandidaat die de OR aandraagt en de AvA die kandidaat kan verwerpen is niet terzake; dat alles doet immers niet af het (effectief) uitoefenen van het aanbevelingsrecht.

Eenzijdige vrijwillige aanvaarding van het structuurregime door een SE is onder de oorspronkelijke structuurregeling niet mogelijk. De SE-VO bepaalt immers uitdrukkelijk als hoofdregel dat de leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd door de AvA. De SE-VO laat afwijking wel toe maar die moet dan berusten op een afspraak tussen de BOG en de oprichters; de oprichters kunnen er niet eenzijdig toe besluiten. In de nieuwe structuurregeling kan eenzijdige vrijwillige aanvaarding wel. Daarin is immers de AvA, net als volgens de hoofdregel van de SE-VO, de benoemende instantie. In elk geval theoretisch is denkbaar dat een in Nederland te vestigen SE kiest voor vrijwillige aanvaarding. Dat zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen in de situatie waarin anders – bij gebreke van een acceptabele overeenkomst met de BOG – een door de oprichters ongewenst geachte medezeggenschapsvorm (bijvoorbeeld rechtstreekse benoeming in het toezichthoudend orgaan) zou kunnen gaan gelden. (Ook) in dat geval is er iets voor te zeggen dat de SE met een vrijwillig aanvaard structuurregime de regels inzake de bijzondere positie en bevoegdheden van een RvC/toezichthoudend orgaan gaat toepassen.

In het monistisch model

Hoe moet dit alles beoordeeld worden als de Nederlandse SE die aan de structuurcriteria voldoet een monistisch model wil toepassen? Die keuze moet aan de oprichters worden gelaten en aldus rijst de vraag of die keuzevrijheid met zich brengt dat een medezeggenschapsmodel volgens de structuurregeling in een monistisch model (waarop het niet is toegesneden) uit-

gesloten moet worden geacht. Dit speelt in het bijzonder in de situatie van oprichting van zo'n SE via omzetting van een structuurvennootschap. De SE-RL laat niet toe dat bij omzetting bestaande elementen van de rol van werknemers niet terugkeren bij de SE. Zou die bepaling zo moeten worden uitgelegd dat daaronder ook vallen alle aan de vorm verbonden "toeters en bellen" die die vorm tot een medezeggenschapsvehikel maken dan lijkt me dat bij omzetting de SE wel het dualistisch model móet aannemen. Dat zou in feite de door de SE-VO gelaten keuze onmogelijk maken. Zouden de oprichters het monistisch model wensen (UitvW en IW gaan ervan uit dat dat kan) dan is het voorschrift van de SE-RL bij omzetting slechts te bereiken als de rol van de werknemers wordt ingericht analoog aan de stuctuurregeling. Technisch is dat wellicht nog wel uitvoerbaar, bijvoorbeeld door wettelijk vast te leggen dat ten aanzien van aangelegenheden waar structuurcommissarissen bijzondere bevoegdheden hebben een uitdrukkelijk besluit van het bestuursorgaan vereist is. Het regelen van de ontslagbeperkingen ten aanzien van (bepaalde) leden van het bestuursorgaan wordt al een stuk lastiger maar is mogelijk ook nog wel uitvoerbaar. Wel geldt dat het ontbreken van een organische scheiding tussen bestuur en toezicht met zich brengt dat zo'n verankering een andere dimensie krijgt dan wat geldt in onze structuurregeling. Gegeven evenwel enerzijds de door de SE-VO geboden keuzemogelijkheid (dualistisch/monistisch) en anderzijds het voorschrijft van de SE-RL (bij de omzettingsmodaliteit) lijkt het me dat de Nederlandse wetgever moet voorzien in bepalingen die ertoe strekken dat (in elk geval de zich omzettende) structuurvennootschap die het monistisch model aanneemt de structuurregeling blijft toepassen.

Concluderende observaties

Aanvaardt men de stelling dat een Nederlandse SE bij wie het aanbevelings- en bezwaarrecht van toepassing is, en die aan de structuurcriteria voldoet (of gaat voldoen) onderworpen is (moet zijn) aan de regels van de Nederlandse structuurvennootschap, dan geldt de structuurregeling. Dat kan dat maar beter nadrukkelijk in de wet worden verankerd. Naar mijn oordeel verzet de SE-VO of de SE-RL zich niet tegen zo'n verankering en technisch kan ik ook geen beletsel ontdekken. Ik spreek hier over een SE die een dualistisch stelsel heeft. Bij de verankering kan dan tevens worden voorzien in bepalingen die afgestemd zijn op het geval waarin – als gevolg van de keuze voor het bestuursmodel en/of de uitvoering van de SE-RL – onverkorte toepassing van de structuurregeling niet mogelijk is of door de partijen bij een overeenkomst in de zin van de SE-RL niet gewenst wordt. Verankering van een regeling analoog aan de structuurregeling zal voor het geval van een SE die kiest voor een monistisch model en het aanbevelings- en bezwaarrecht hanteert een (aanvullende) wettelijke regeling vereisen. Of een verankering

van toepasselijkheid van de structuurregeling op de SE ook zou moeten is een vraag van geheel andere orde. Vanuit medezeggenschapsoogpunt zou het een goede zaak zijn. Ook vanuit het oogpunt van een adequate vormgeving van de verhouding bestuur en toezicht zou er wel iets voor te zeggen zijn. De uitwerking van de SE met het aanbevelings- en bezwaarrecht in de Nederlandse regelgeving kan invloed hebben (naar twee kanten) op de Nederlandse discussie over de afschaffing of uitkleding van de structuurregeling. Voorstanders van afschaffing zullen tevreden zijn met het nu voorliggend voorstel volgens de UitvW; zij kunnen vervolgens zeggen dat er geen reden is een Nederlandse structuurvennootschap met een "zwaarder systeem" op te zadelen dan wat geldt voor een in Nederland gevestigde SE die overigens aan dezelfde (structuur-)criteria voldoet. Voorstanders van handhaving zullen minder tevreden zijn met de nu voorliggende UitvW; zij kunnen daar tegen in brengen dat de kersverse introductie van een nieuwe rechtsfiguur (de SE) die rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap kent (een kennelijk op Europees niveau aanvaarde trend) het toch lastig maakt een vergelijkbaar Nederlands systeem nu ineens geheel af te schaffen. Zij kunnen – in het verlengde daarvan – zeggen dat voor een SE van het hier besproken type de structuurregeling moet gelden zoals die ook geldt voor de Nederlandse structuurvennootschap. Ik zou me bij dit kamp willen aansluiten. Zou een wettelijke verankering zoals hiervoor aangegeven bezwaarlijk zijn? Ik vraag me dat af. Bedacht moet worden dat partijen bij oprichting altijd de mogelijkheid hebben een andere regeling (maatwerk) af te spreken. Daarmee kan worden ondervangen het mogelijk bezwaar dat oprichters onderworpen worden aan een keurslijf dat toepasselijkheidsverklaring van de structuurregeling op een SE van het hier besproken type met zich zou brengen.

Gaat voor een Nederlandse SE een niet in Nederland gekende medezeggenschapsvorm gelden dan zou het in de lijn van het voorafgaand betoog liggen om de inhoud van dat recht volledig binnen de Nederlandse verhoudingen te respecteren (en zo nodig te faciliteren). De begrenzing ligt mijns inziens daar waar de SE-VO dat tegenhoudt en/of de componenten van dat recht niet gerekend kunnen worden tot de rol van de werknemers.

9.3.2 Vrijstellingen (en verzwakt regime)

De regeling ten aanzien van vrijstellingen van het structuurregime heeft (ook) voor de medezeggenschap betekenis. Tegenover het feit dat een dochter die weliswaar aan de structuurcriteria voldoet (onder omstandigheden) is vrijgesteld, staat dat de werknemers van die dochter hun rechten ingevolge de structuurregeling (in)direct geldend kunnen maken op het niveau van de moeder. (Ik spreek hier uitsluitend over de zogenaamde dochtervrijstelling).

De vraag rijst of (en zo ja wanneer) de kwalificerende dochter van een SE onder de vrijstellingsregeling zou moeten/kunnen vallen. Velen zien de regeling van vrijstelling en verzwakt regime als een noodzakelijk element voor de structuurregeling als deze wordt toegepast in (internationaal) concernverband. Winter[279] pleit ervoor ook in SE-verband te voorzien in een regeling van vrijstellingen. Buys[280] acht de structuurregeling onbestaanbaar op het niveau van de SE, hetgeen zijns inziens tevens betekent dat een dochter van een SE niet van de dochtervrijstelling kan profiteren. De SER bleek op dit punt verdeeld.[281] De wetgever heeft de Gordiaanse knoop doorgehakt ten faveure van een vrijstellingsmogelijkheid uitsluitend in het geval de moeder (de SE) het volledige structuurregime (inclusief de toeters en de bellen) toepast. Elke andere regeling van de rol van de werknemers op SE-niveau, hoezeer die ook de structuurregeling zou benaderen, leidt niet tot een vrijstelling voor de kwalificerende dochter (zie de art. 23 en 24 UitvW en pag. 23 en 24 MvT).[282] Enkele kanttekeningen hierbij. In de eerste plaats erkent de wetgever hiermee dat bij een SE het volledige structuurregime kan gelden (en functioneren). In de tweede plaats bepaalt art. 13 lid 3 SE-RL dat de SE-RL onverlet laat de regels van medezeggenschap (in de zin van de SE-RL) bij dochters van de SE. Strikt genomen zou daaruit wellicht volgen dat "via een SE" een dochter niet een vrijstelling zou mogen verkrijgen. Daar staat echter tegenover dat bij de door de wetgever gekozen oplossing de ratio van de vrijstellingregeling grotendeels overeind blijft. De SE heeft de mogelijkheid ook de dochter in haar concernbeleid te betrekken; de werknemers van de dochter hebben (indirect) invloed op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan bij de moeder, de SE, die toezicht houdt op het (concern) beleid van de SE. Toch verandert er wel iets ten nadele van de betrokken werknemers. "Hun vennootschap" wordt vrijgesteld, terwijl mogelijk de rechten van de werknemers van een buitenlandse zuster (waar ook een medezeggenschapsvorm kan gelden) niet door een op Nederlandse leest geschoeide vrijstelling worden ingekort. De werknemers van de zuster behouden de rechten op het niveau van de eigen vennootschap en krijgen daarnaast rechten bij de samenstelling van het toezichthoudend orgaan bij de SE. De

---

[279] J.W. Winter, De Europese vennootschap als sluis voor in- en uitvoer van vennootschapsrecht, *NJB* 2002, p. 2040, stelt dat de structuurregeling op creatieve wijze rekening houdt met de realiteit van concernverhoudingen, waarmee die regeling over het algemeen flexibeler en beter in te passen is in concernstructuren dan het Duitse Mitbestimmungssyteem; dat kan juist bij de SE tot voordeel strekken.

[280] D.C. Buijs, Gevolgen van de SE voor het structuurregime, noot 231.

[281] SER-advies 03/08, noot 224, p. 48 e.v.

[282] Buijs vraagt zich af waarom een vrijstelling van de dochter niet overeengekomen zou mogen worden bij een afspraak om op SE-niveau medezeggenschap te laten gelden die gelijkwaardig is aan de structuurregeling; D.C. Buijs, "De Europese vennootschap, een Brussels virus voor het nationale medezeggenschapsrecht", *Ondernemingsrecht* 2001, p. 181.

Nederlandse werknemers-staak moet zijn rechten op SE niveau "delen" met werknemers van alle buitenlandse dochters van de SE, waarmee de (relatieve) invloed vermindert. Deze beide punten werden ook al gesignaleerd in het SER-advies. Het eerste punt zou eigenlijk om een uniforme regeling in alle lidstaten vragen. Het is twijfelachtig of die er komen gaat. Juist ook om die reden zou het standpunt van een deel van de SER (erop neerkomend dat voor de dochter van een SE, die zelf het structuurregime toepast, het verzwakt regime zou moeten gelden) nog niet zo gek zijn.

9.4 Voor- en nabeginsel/anti-misbruik

9.4.1 Inleiding

Door een samenloop van omstandigheden kunnen bestaande rechten van werknemers bij en na de oprichting van een SE worden uitgehold. De SE-RL hanteert een beperkt begrip van medezeggenschap, haar bereik is beperkt tot de oprichtingsfase, zij acht voor de medezeggenschap slechts de situatie bij de deelnemende vennootschappen (waaraan ook een beperkte uitleg wordt gegeven) relevant, zij legt het primaat bij een overeenkomst (in plaats van materiële regels te stellen), etc. Bij een cynische benadering zou men kunnen zeggen dat de introductie van de SE de mogelijkheid biedt om hier en daar bestaande (geavanceerde) medezeggenschapspraktijken buiten spel te zetten of te marginaliseren. In de literatuur zijn al diverse voorbeelden gegeven van situaties waarin via het "instrument" van de SE de bestaande rol van werknemers kan worden teruggedrongen.[283] Buijs[284] wees er daarbij al op dat een eenmaal medezeggenschapsvrije SE medezeggenschapsvrij blijft, ongeacht wat zich verder na de oprichting binnen SE-verband voordoet. Zo kan de SE allerlei drempels voor vermogen of personeelsomvang overschrijden, kan zij zich terugtrekken op puur nationale activiteiten en kan zij worden verkocht aan een niet-verbonden derde, maar de regels van de SE-RL gaan in al deze situaties niet ineens gelden. Of juist is de daarbij door Buijs betrokken stelling dat een SE zich onbeperkt via (medezeggenschapsvrije) dochter-SE's kan vermenigvuldigen, betwijfel ik. Zulke dochter-SE's zijn mijns inziens slechts in te schrijven als er duidelijkheid is dat en hoe de rol van de werknemers is geregeld; en zonder inschrijving kan de SE niet ontstaan (zie paragraaf 4.1). Een van medezeggenschap ontdane SE kan zich na verloop van tijd omzetten (al dan niet na grensoverschrijdende fusie/zetelverplaatsing) in een naamloze vennootschap naar het recht van de

283 Vgl. ondermeer Buijs, t.a.p noot 231; L. Timmerman a.w. (noot 256) en H.J. de Kluiver in deel I van dit preadvies.

284 D.C. Buijs, "de Europese vennootschap, een Brussels virus voor het nationale medezeggenschapsrecht", *Ondernemingsrecht* 2001, p.182.

lidstaat waar zij statutair gevestigd is. Dat maakt het voor een Nederlandse structuurvennootschap mogelijk om via de SE-route en de "terug-omzetting" (althans voor een paar jaar) van de structuurregeling af te komen.[285]

9.4.2 De SE-RL

De SE-RL onderkent het probleem van de dreigende uitholling. Deels geeft de SE-RL zelf voorschriften om een dergelijke uitholling tegen te gaan, zoals bijvoorbeeld de beschermende regels ten aanzien van de rol van werknemers in het geval van omzetting. Ook de referentievoorschriften, de besluitvormingsregels en het voorschrift van art. 13 lid 3, dat zegt dat de SE-RL bestaande rechten van de werknemers van de SE volgens de nationale wetgeving onverlet laat, beogen uitholling te voorkomen. Deels geeft de SE-RL een daartoe strekkende opdracht aan de lidstaten, zoals bijvoorbeeld art. 11, dat voorschrijft dat maatregelen moeten worden genomen om te voorkomen dat de oprichtingsprocedure van een SE wordt gebruikt om werknemersrechten te ontnemen (misbruik). Tenslotte formuleert de SE-RL enkele uitgangspunten (reeds hierboven in paragraaf 3.2 en 9.1 genoemd) zonder deze te vertalen in concrete regels. Met de laatstbedoelde en wat "abstractere" aanwijzingen brengt de SE-RL de lidstaten in een lastig parket. Iets wat de SE-RL zelf niet heeft kunnen (of willen?) regelen moet nu op het niveau van de lidstaat en ter uitvoering van een standaardrichtlijn worden opgelost. Hoe kan daaraan – zonder verdere normering in de SE-RL – een behoorlijke invulling worden gegeven? Wat moet worden verstaan onder "misbruik"? Wanneer kan misbruik wel en wanneer niet in verband gebracht worden met de oprichtingsprocedure? De SE-RL zwijgt over de aan misbruik te verbinden (rechts-) gevolgen. In het Brussels Coördinatieoverleg is geen overeenstemming bereikt over een gezamenlijke aanpak en een eensluidende implementatie in alle lidstaten. De nadere inkleding moet – zo was de conclusie – aan de lidstaten worden overgelaten. Wat nu als bijvoorbeeld de ene lidstaat "roomser dan de paus" wil zijn en de andere lidstaat een zo soepel mogelijke regeling opstelt (bijvoorbeeld om de aantrekkelijkheid als vestigingsland voor de SE te vergroten)? Het Brussels Coördinatieoverleg beveelt de lidstaten wel nadrukkelijk aan om in de bepalingen omtrent de (inhoud van een) overeenkomst die situaties te benoemen die – indien zij zich na de oprichting voordoen – tot aanpassing van de overeenkomst of tot heronderhandelingen zouden moeten leiden.[286]

---

[285] R.H. van het Kaar, "de Europese vennootschap en de medezeggenschap," *Sociaal Recht* 2003, p. 186 wees daar al op.

[286] Rapport van de Group of Experts SE van 30 april 2003 ptn. 16 en 18.

9.4.3 De IW

De concrete voorschriften die de SE-RL geeft ter voorkoming van uitholling van rechten in de oprichtingsfase zijn in eerdere hoofdstukken aan de orde geweest. Voor wat betreft de "abstractere" aanwijzingen ter voorkoming van uitholling ná de oprichting respectievelijk van anti-misbruik heeft de IW een ingenieus systeem ontwikkeld. De essentie daarvan is een preventieve aanpak en wel aldus dat de overeenkomst zou moeten voorzien in een heronderhandelingsmechanisme. Wanneer nieuwe onderhandelingen niet tot overeenstemming leiden, worden ofwel de referentievoorschriften van toepassing, dan wel blijft de oorspronkelijke overeenkomst van kracht, een en ander ter (uitsluitende) keuze van de SE-OR. Het staat partijen bij de onderhandeling over een overeenkomst echter vrij om van deze wettelijke regeling (een wettelijk vangnet) af te wijken. Die afwijkingsvrijheid houdt verband met de partijautonomie die de wetgever moet respecteren. Dit alles staat in de artt. 2:12 en 2:13 IW. In zijn bereik kan de regeling van de IW betrekking hebben op een periode die ver ligt na de oprichting van de SE. Dat hoeft mijns inziens niet strijdig geacht te worden met de SE-RL ook al ziet de SE-RL nu juist op de fase van oprichting. De IW geeft immers een richtsnoer dat bij de onderhandelingen kan worden gebruikt, maar legt dat niet dwingend op aan partijen.

De aanpak volgens de IW verdient nadere beschouwing. In de eerste plaats valt op dat de IW slechts een regeling geeft voor de situatie waarin er een overeenkomst wordt gesloten. De regeling geldt niet voor het geval de rol van werknemers bij de SE is ingevuld via de referentievoorschriften. In die situatie kan de SE-OR "slechts" via de informatie- en raadplegingsprocedure (die raadpleging voorschrijft ingeval van buitengewone omstandigheden met aanzienlijke gevolgen voor de belangen van de werknemers) proberen invloed uit te oefenen. Al aangenomen dat een dergelijke raadpleging kan worden afgedwongen, is het maar de vraag of het behoud van de verkregen rol langs die weg kan worden veiliggesteld. De "decision-makers" hoeven zich van het standpunt dat de werknemers bij de (herhaalde) raadpleging innemen niets aan te trekken. Denkbaar is ook nog dat de SE-OR de ophanden zijnde structurele veranderingen in de SE aangrijpt om nieuwe onderhandelingen te verlangen over een te sluiten overeenkomst op de voet van art. 3:6 IW (zie paragraaf 8.2.1). Dat kan de SE-OR echter slechts éénmaal vragen en wel uiterlijk vier jaar na zijn instelling. Ook hier geldt dat een overeenkomst, waarmee adequaat wordt ingespeeld op de structurele veranderingen, niet valt af te dwingen.

De BOG zal het heronderhandelingsmechanisme moeten bedingen. Is dat niet gebeurd dan kan de SE-OR slechts via de hiervoor genoemde weg van

art. 3:6 IW (éénmalig) heronderhandelingen afdwingen. Buiten die gevallen kan de SE-OR de SE niet dwingen nieuwe onderhandelingen te beginnen, ook al zouden drastische veranderingen in de SE dat rechtvaardigen. Nieuwe onderhandelingen kunnen in die situatie echter wel worden afgedwongen op verzoek van werknemers die – na de oprichting – tot de SE-groep zijn gaan behoren, voorzover er niet in voorzien is dat zij binnen twee jaar vertegenwoordigd zijn op SE-niveau. Zo'n verzoek om te onderhandelen moet worden gehonoreerd als het is ingediend door tenminste 100 nieuw toegetreden werknemers, die tenminste 20% van het totaal aantal betrokken werknemers vertegenwoordigen (een relatief hoge drempel).[287] Het is voor de werknemers derhalve van belang dat de eerste overeenkomst een heronderhandelingsmechanisme bevat.

Men moet het bij die eerste overeenkomst dan eens worden over de gevallen waarin over een aanpassing moet worden onderhandeld en bij voorkeur ook zoveel mogelijk over wat zal gelden als er geen overeenstemming over een aanpassing wordt bereikt. De IW laat dat geheel over aan partijen. Dat is principieel wellicht juist (immers partijautonomie), maar voor de praktijk lijkt enige sturing gewenst. Ik zou menen dat moet worden voorkomen dat partijen – onnodig – worden belast met een scala van heronderhandelingsverplichtingen. Wat kan worden voorzien moet in de overeenkomst worden ondervangen. Zo kan men in de overeenkomst al anticiperen op eventuele structurele veranderingen bij de SE die erin bestaan dat het totale personeelsbestand van de SE-groep sterk wordt uitgebreid, dat de zetel van de SE naar een andere lidstaat wordt verplaatst, of dat de Nederlandse SE-groep gaat voldoen aan de criteria van de structuurregeling. De gevolgen van dergelijke veranderingen in de SE kunnen in de eerste overeenkomst al worden geregeld, daar heeft men in beginsel geen nieuwe onderhandelingen voor nodig. Verder zou redelijkerwijs een heronderhandeling eerst aan de orde moeten kunnen zijn als de structurele veranderingen (zonder aanvullende voorziening) de verworven rol van de werknemers op SE-niveau ook werkelijk zouden kunnen reduceren. De BOG zou er verstandig aan doen de gevallen die tot heronderhandeling aanleiding kunnen geven niet (te) limitatief te omschrijven. Voor de deelnemende vennootschappen zal dit precies andersom liggen. Mij lijkt dat het verband tussen de structurele veranderingen en de (dreigende) reductie van de rol van werknemers gesteld (en aannemelijk gemaakt) moet worden door de partij die om heronderhandeling verzoekt. De overeenkomst zou er in moeten voorzien dat een weigering om aan het verzoek gevolg te geven in rechte kan worden getoetst. Daartoe kan worden verwezen naar art. 1:5 IW dat de OK bevoegd verklaart te oordelen over de

[287] Art. 2:13 lid 1 IW.

naleving van (o.a.) de overeenkomst. Vermeld moet nog worden dat overweging 18 van de SE-RL het bereik van het "voor- en nabeginsel" niet alleen wil laten gelden bij structurele veranderingen in een reeds opgerichte SE, maar ook "op de vennootschappen die door de gevolgen daarvan worden getroffen". Wat hier precies bedoeld is is niet duidelijk. Het zou ook verstandig zijn afspraken te maken over de procedure en de timing van te voeren onderhandelingen (waaronder ook in relatie tot het doorvoeren van de structurele veranderingen), etc.

Wanneer een heronderhandelingsmechanisme is afgesproken, kan men de gevolgen van het niet-bereiken van overeenstemming al dan niet te regelen. Doet men dat niet en komt er niet tijdig een nieuwe overeenkomst tot stand dan treedt de vangnetbepaling van art. 2:13 lid 2 in werking (zie hierna). Regelt men de gevolgen wel, dan ligt het in de meeste gevallen voor de hand de vangnetbepaling buiten toepassing te verklaren. De IW laat zo'n afspraak toe. Ook bij de regeling van de gevolgen van het niet-bereiken van overeenstemming lopen de posities van de partijen die over een overeenkomst onderhandelen (de BOG en de deelnemende vennootschappen) vermoedelijk uiteen. De BOG zou gebaat kunnen zijn bij een algemeen geformuleerde bepaling van de strekking dat de kwaliteit, het niveau en het bereik van de rol van de werknemers als gevolg van de structurele veranderingen niet zullen inboeten, dan wel dat daarvoor compensatie zal worden geboden. Deelnemende vennootschappen zullen zich vermoedelijk liever niet op zo'n blanco cheque willen vastleggen. Het kan nuttig zijn om iets af te spreken voor het geval van een impasse (bijvoorbeeld bemiddeling).

Heeft men de gevolgen van het niet-afsluiten van een nieuwe overeenkomst niet geregeld dan geldt het vangnet van art. 2:13 IW, tenzij uitdrukkelijk is afgesproken dat artikel buiten toepassing te verklaren. Dat is ook in die situatie mogelijk volgens de IW. De oorspronkelijke overeenkomst blijft dan van kracht of de referentievoorschriften gaan gelden (waarmee – dat zal de bedoeling van de IW zijn – de oorspronkelijke overeenkomst van rechtswege eindigt). Binnen de systematiek van de SE-RL is deze constructie nog niet zo gek. Of echter daarmee ook de reductie van de bestaande rol van de werknemers wordt tegengegaan is de vraag. De oorspronkelijke overeenkomst behoefde immers juist aanpassing vanwege de structurele veranderingen en die komt er dan niet. Hoe de IW daarnaast zich de toepasselijkheid van de referentievoorschriften voorstelt is niet duidelijk. Dat geldt met name ten aanzien van de medezeggenschap. Is de bij de SE ingevoerde medezeggenschapsvorm (op basis van de overeenkomst met de BOG) dan bepalend? En wat als er bij de SE geen medezeggenschap is gaan gelden, maar die wel bestond bij de deelnemende vennootschappen in de fase van de oprichting? Kan de SE-OR een besluit nemen om enige vorm van medezeggenschap die

vóór de oprichting heeft bestaan (ongeacht drempels) dan alsnog op te leggen aan de opgerichte SE? Of de constructie van de IW overeind kan blijven, zal in elk geval ook afhangen van de vraag of deze onduidelijkheden kunnen worden opgelost via een uitgewerkte regeling.

Men kan ook uitdrukkelijk de regeling van een heronderhandelingsmechanisme achterwege laten. Dan komt het vangnet van art. 2:13 IW niet in beeld.

De uitkomst van de onderhandelingen tussen de BOG en de deelnemende vennootschappen over het aanpassingsmechanisme zullen in belangrijke mate worden bepaald door de gevolgen van het uitblijven van een (eerste) overeenkomst met de BOG. Zouden de referentievoorschriften van toepassing worden (tegen de zin van de oprichters), dan zullen deze – ter wille van het bereiken van een overeenkomst; immers dan zijn de referentievoorschriften niet van toepassing – vermoedelijk meer concessies willen doen. Andersom geldt dit evenzeer.

9.4.4 Anti-misbruik en rechtsvermoedens

De IW ziet het in paragraaf 9.4.3 besproken mechanisme ook als een manier om inhoud te geven aan het voorschrift van de SE-RL om – kort gezegd – misbruik te voorkomen.[288] Het Brussels Coördinatieoverleg geeft (enigszins cryptisch) aan dat indien misbruik aan het licht treedt bij veranderingen die na de oprichting plaatshebben, er een verplichting zou moeten gelden om de onderhandelingen volgens de procedure van de artt. 3 t/m 7 van de SE-RL voort te zetten. Daarop volgt de aanbeveling: "*A presumption of misuse should be introduced when changes occur during the first year of the life of the SE*".[289] Het rechtsvermoeden zou ertoe leiden dat bij structurele veranderingen er onderhandeld moet worden, niet dat de structurele veranderingen niet zouden kunnen of mogen worden doorgezet. Evenmin wordt duidelijk hoe – zelfs in het geval er sprake zou zijn van aantoonbaar misbruik – reductie van de rol van werknemers wordt tegengehouden. Een afspraak daarover met een partij die nu juist de SE wil misbruiken om de rol van werknemers te reduceren zal er niet snel komen. De IW heeft de aanbeveling om bij dit onderwerp een rechtsvermoeden te introduceren niet overgenomen. Wat andere lidstaten gaan doen is (nog) niet duidelijk. Van Engeland is wel reeds bekend dat men voornemens is een weerlegbaar rechtsvermoeden van misbruik te laten gelden voor het eerste jaar na de oprichting van de SE. Werknemers kunnen bij verondersteld misbruik een klacht indienen bij de

[288] Zie MvT IW p. 15 en bij art. 2:12 lid 1.
[289] Rapport van de Group of Experts "SE" van 30 april 2003, pt. 18.

Central Arbitration Committee. Wordt de klacht gehonoreerd en wordt – bij een klacht in het eerste jaar – het rechtsvermoeden niet weerlegd, dan moet de SE een fikse boete betalen. Reductie van de werknemersrol wordt daarmee – ook in het geval van vastgesteld misbruik – niet tegengehouden; het kan alleen flink wat kosten.[290]

9.4.5 De nationale dimensie

Naar zijn aard en inhoud kunnen besluiten betreffende structurele veranderingen onder het bereik van art. 25 WOR vallen. Is er een (C)OR op het niveau van de besluitnemende (Nederlandse) SE dan zou er adviesrecht kunnen gelden. Voor soortgelijke besluiten van een Nederlandse groepsvennootschap – al dan niet op instigatie van hogerhand genomen – geldt hetzelfde. Ook hier geldt (net als wat is beschreven in paragraaf 7.6) dat de (C)OR mogelijk zelfstandig kan ageren om reductie van de werknemersrol tegen te gaan en voorts dat het bestaan van die mogelijkheid de positie van de SE-OR in nieuwe onderhandelingen kan versterken. Ik acht zelfs denkbaar dat een Nederlandse SE die – onder miskenning van de (verworven) rol van werknemers – bewust aanstuurt op een uitholling van die rol, geconfronteerd kan worden met het middel van de enquête ex art. 2:344 e.v. BW met alle consequenties van dien.[291] De middelen om uitholling van de rol van werknemers bij een Nederlandse SE-groep tegen te gaan, lijken daarmee iets verder te gaan dan het "instrumentarium" dat de IW – ter uitvoering van de SE-RL – heeft ontwikkeld.

10. Slotbeschouwing

Mijn belangrijkste observaties vat ik – ter afsluiting – samen als volgt.

1. De SE-RL draagt het karakter van een moeizaam bevochten compromis. De regeling is ingewikkeld. De praktijk zal het er niet makkelijk mee krijgen. De SE-RL is echter een gegeven. Aan de inhoud valt (vooralsnog) niks meer te veranderen. De SE-RL is bovendien een standaardrichtlijn. Afwijken mag niet, ook niet in voor de medezeggenschap gunstige zin. De SE-RL moet op 8 oktober 2004 in de nationale wetgeving zijn geïmplementeerd.

---

290 Consultative Document van de Department of Trade and Industry October 2003, pt. 4.23 en 4.63; zie noot 269.

291 Ook bijvoorbeeld Kiersch en Ter Huurne menen dat, gelet op art. 9 van de SE-VO, de Nederlandse SE onder het bereik van het enquêterecht kan vallen; zie hun "Het statuut van de Europese vennootschap", *Ondernemingsrecht* 2001, p. 187.

2. Men is er niet in geslaagd voor de nieuwe supranationale rechtsvorm van de SE een systeem te ontwerpen met eenduidige, voor alle lidstaten voorgeschreven materiële regels omtrent de rol van de werknemers bij de SE. Men heeft (vooralsnog) niet meer kunnen bereiken dan een zekere bescherming van de rol die de werknemers feitelijk hebben bij de besluitvorming binnen de vennootschappen die aan de oprichting van een SE deelnemen. Dat geldt met name op het punt van de medezeggenschap, een begrip dat slechts ziet op invloed van de werknemers op de benoeming van leden van bepaalde organen van de SE.
3. De SE-RL heeft slechts betrekking op de fase van oprichting van een SE. Wat er na oprichting gebeurt, al dan niet als gevolg van structurele veranderingen die effect hebben op de verkregen rol van werknemers bij de SE, wordt door de SE-RL niet bestreken.
4. De met de SE-RL geïntroduceerde regels voor transnationale informatie en raadpleging brengen niet veel nieuws. Ze lijken erg op de regels die we reeds kennen in het kader van de (W)EOR. Daarmee valt – gegeven de transnationale setting – te leven. De regels van de WOR zullen op een Nederlandse SE (die aan de instellingscriteria voldoet) van toepassing zijn. De SE (als nieuw beslissingscentrum) zal als regel wel verder verwijderd zijn van de Nederlandse (C)OR-structuur en zal daarnaast een internationale(re) dimensie hebben. Dat kan de wezenlijke invloed van werknemers op de SE via de WOR beperken. Dat is niet zozeer het gevolg van de SE-RL maar veeleer van het feit dat de WOR nu eenmaal beperkingen kent in een internationaal opererend concern waar de uiteindelijke beslissingsmacht veel hogerop ligt. De informatie- en raadplegingsbepalingen van de SE-RL en het bestaan van een SE-OR kunnen – onder omstandigheden – een nuttige en aanvullende werking hebben voor de Nederlandse medezeggenschapstructuur binnen SE-verband. Andersom geldt ten behoeve van de SE-OR evenzeer.
5. De SE-RL introduceert medezeggenschap en wel rechtspersonenrechtelijke medezeggenschap (een novum), die – onder omstandigheden – verplicht voor de SE kan gaan gelden. Een nadere uitwerking van de vorm en de inhoud van (de twee types van) het in de SE-RL geregelde medezeggenschapsrecht ontbreekt behoudens op twee punten. Ten eerste beval de SE-RL een uiterst obscure en krakkemikkige regeling (deel 3 van de referentievoorschriften) omtrent de uitoefening van het medezeggenschapsrecht; daarbij schrijft de SE-RL (helaas) voor dat de rechten worden verdeeld tussen de verschillende "lidstaat-geledingen", en niet dat zij door de SE-OR, als collectief, worden uitgeoefend. Ten tweede introduceert de SE-RL de zogenaamde "hoogste aantal-doctrine", waarmee de kennelijk beoogde bescherming van de meest geavanceerde medezeggenschapsvorm die bij een van de oprichters bestaat, uitsluitend kwantitatief is bepaald. Dat kan dus ten koste gaan van de vorm die kwa-

litatief (intrinsiek) als de meer (of meest) geavanceerde zou moeten worden aangemerkt.

6. Lidstaten kunnen – binnen de ruimte die de SE-VO en SE-RL daarvoor laten – het medezeggenschapsrecht naar vorm en inhoud verder inkleuren. Nederland is van plan dat wel te doen voor de vorm (IW) maar niet voor de inhoud (UitvW). Nadere invulling door het aanbevelings- en bezwaarrecht bij een SE die aan de criteria van de structuurwet voldoet is technisch mogelijk, waarbij de structuurregeling (de huidige maar ook de toekomstige) het richtsnoer kan zijn. Ik acht een nadere inkleuring langs die weg – vanuit medezeggenschapsperspectief – gewenst. Het zou ook goed passen in een adequaat vormgegeven inrichting van bestuur en toezicht. Dit alles geldt als de SE het dualistisch model hanteert. Gegeven de keuzemogelijkheid voor een monistisch model (die gerespecteerd moet worden) moet er voor de SE die (daar) het aanbevelings- en bezwaarrecht aanneemt (en onder de relevante criteria valt of gaat vallen) een wettelijke voorziening komen die op toepasselijkheid van het structuurregime is afgestemd.
7. Zonder nadere invulling is de betekenis van het met de SE-RL geïntroduceerde medezeggenschapsrecht veel beperkter dan de betekenis die de betreffende vorm van het recht in zijn nationale context heeft. Denkbaar is dat – zonder verdere inkleuring – het rechtstreeks benoemingsrecht (al dan niet met de daaraan verbonden elementen uit "vreemde rechtsstelsels") bij een Nederlandse SE voor werknemers interessanter wordt dan het aanbevelings- en bezwaarrecht. Persoonlijk betwijfel ik of een systeem met het rechtstreeks benoemingsrecht (wij zijn daarmee niet vertrouwd) "beter" is. Het introduceert de partij (werknemers-)commissaris, of mogelijk zelfs de "workers-director" en mede daardoor kan de rol van de (C)OR in zekere zin opschuiven naar die van (quasi-) medebeslisser. Dat lijkt mij niet wenselijk. Ook lijkt me de kans op impasses in besluitvorming binnen de vennootschapsorganen, bij een benoemingsrecht, groter en dat is geen goede zaak. Het niet-inkleuren van de inhoud van het medezeggenschapsrecht (ik doel in het bijzonder op de Nederlandse inkleuring van het aanbevelings- en bezwaarrecht) zal gemakkelijk (maar mijns inziens wat oneigenlijk) de discussie over (afschaffing van) het structuurregime kunnen beïnvloeden.
8. Nadere invulling van vorm en inhoud van het medezeggenschapsrecht zou de vangnetfunctie van de referentievoorschriften versterken. Partijen zouden zich daardoor meer en eerder geroepen kunnen voelen om – ter afwending van de toepasselijkheid van de referentievoorschriften – een overeenkomst te sluiten over de rol van de werknemers. Aldus beschouwd draagt een nadere invulling niet alleen bij aan de realisatie van het primaire doel van de SE-RL (een regeling via een overeenkomst)

maar ook faciliteert het de totstandbrenging van maatwerk, zelfregie, met een wezenlijke rol voor werknemers.

9. Het ontbreekt in de SE-RL niet alleen aan uniforme materiële regels; de SE-RL zou ook ertoe kunnen leiden dat de bestaande (of verworven) rol van werknemers, met name op het punt van medezeggenschap en al dan niet via "constructies" erodeert. De uitgangspunten die de SE-RL – ter afwering daarvan – formuleert zijn goed bedoeld, maar zullen (net als de regeling van het medezeggenschapsrecht) slechts praktische betekenis krijgen als de lidstaten zorgen voor nadere inhoudelijke regelingen. Een uniforme aanpak is daarbij gewenst. Ik vrees dat die er (vooralsnog) niet gaat komen. Het gevolg kan zijn een "race to the bottom" om via een zo soepel mogelijk nationaal recht de aantrekkelijkheid als vestigingsplaats van de SE te vergroten.
10. In verband met de SE en de SE-RL is elders al gesproken over "haarlemmerolie of levertraan"[292] en over een mogelijk Paard van Troje.[293] Ik voeg daaraan toe dat de met de SE-RL geïntroduceerde medezeggenschap ook de wolf in schaapskleren kan zijn.
11. Om het positief af te sluiten: de SE-RL is in zekere zin een doorbraak en een opstap naar volwassen transnationale medezeggenschap en niet per sé een misstap en afbraak van medezeggenschap. Het vereist echter wel dat "het concept" wordt "doorontwikkeld" en niet klakkeloos op tal van andere plaatsen in EU-regelgeving wordt gekopieerd.

(de tekst is afgesloten op 15 januari 2004)

[292] H.J. de Kluiver, de Verordening op de Europese vennootschap (SE): haarlemmerolie of levertraan? *WPNR* 02/6481, p. 246.
[293] J.W. Winter, *NJB* p. 2035 (noot 260).

Bijlage

Aanbevelingen en punten ter overdenking ten behoeve van de wetgever

1. Het is onwenselijk dat (transnationale) medezeggenschapsregelingen verspreid in de wetgeving worden opgenomen. Er ontstaat dan een lappendeken; men dreigt door de bomen het zicht op het bos te verliezen. Dat geldt te meer als in de verschillende regelingen dezelfde begrippen een verschillende inhoud en lading krijgen (paragraaf 3.1).

2. De rol van degene die in het kader van de inschrijving van de SE moet toetsen of adequaat uitvoering is gegeven aan de SE-RL moet worden verduidelijkt. De toetsing kan niet beperkt blijven tot controle op de "aanwezigheid van een regeling". Met name de rol van de notaris vraagt om verduidelijking en aanscherping (paragraaf 4.2).

3. Een verduidelijking is wenselijk ten aanzien van het tijdstip waarop "vennootschapsrechtelijke stukken" (agenda en afschriften van alle documenten die aan de AvA worden voorgelegd) moeten worden verstrekt aan de SE-OR. Geldt deze verplichting alleen ten behoeve van de periodieke (reguliere) vergadering tussen de SE en de SE-OR? Of ook "ad hoc" en in het kader van "buitengewone omstandigheden"? (paragraaf 5.2 commentaar).

4. De geheimhoudingsbepalingen van de IW passen in het systeem van de WOR en de WEOR, maar lijken verder te gaan (strikter te zijn) dan de SE-RL voorschrijft (paragraaf 5.2, geheimhouding, commentaar).

5. De ontzegging van de bevoegdheid van de OR ex art. 30 WOR (adviesrecht bij voorgenomen benoeming of ontslag van de bestuurder van een SE), zoals nu opgenomen in art. 1:6 IW, moet worden geschrapt. Voorts verdient de terminologie ("commissarissen en bestuurders") in art. 1:6 heroverweging (paragraaf 5.4 onder a).

6. Er moet duidelijkheid komen over de vraag of een SE die wordt opgericht door een bestaande SE kan worden ingeschreven zonder dat toepassing is gegeven aan hetgeen in de SE-RL is bepaald. Ik denk dat dat niet kan (paragraaf 6.1).

7. Het begrippenarsenaal ware al dan niet bij een toekomstige totale herziening van medezeggingenschapsregelingen in overeenstemming te brengen met de begrippen die in de Nederlandse (ondernemingsrechtelijke) verhoudingen worden gehanteerd (paragraaf 6.2).

8. De regels van aanwijzing van leden van de BOG verdienen overdenking. Moet wel onder alle omstandigheden de COR de aanwijzer zijn? Moet er – bij ontbreken van een (C)OR – niet ook voor werknemers zelf (naast vakverenigingen) het recht zijn kandidaten voor de BOG te stellen? (paragraaf 7.2.2, aanwijzing).

9. De verhouding tussen art. 2:2 lid 5 en 2:4 IW zou moeten worden verduidelijkt (paragraaf 7.2.2, vertegenwoordiging).

10. Overwogen moet worden het voorschrift te onderhandelen "in de geest van samenwerking" in de wet op te nemen (paragraaf 7.3).

11. Verduidelijkt moet worden hoe een al bestaande EOR-structuur terzijde wordt gesteld als er in de betreffende groep een SE komt, waar de rol van werknemers op basis van de SE-RL is geregeld (paragraaf 7.4.3).

12. Bepaalde regels ten aanzien van de vereiste (gekwalificeerde) meerderheid verdienen (strikt genomen) overdenking (paragraaf 7.5).

13. Een toelichting ten aanzien van de betekenis van art. 13 lid 4 SE-RL ware gewenst (paragraaf 7.6.2).

14. In de IW zou moeten worden opgenomen dat een overeenkomst regels moet bevatten omtrent heronderhandelingen. Het verwarrende gebruik van de term reglement bij de bepaling over de overeenkomst moet worden aangepast (paragraaf 8.1).

15. De stemregeling met het oog op (personeels)mutaties die effecten hebben voor de samenstelling van de SE-OR verdient op een punt heroverweging (synchronisering met de bepaling zoals die geldt bij de BOG?) (paragraaf 8.2.1).

16. De regels ten aanzien van besluitvorming van de SE-OR bij nieuwe onderhandelingen ex art. 3:6 verdienen vanuit het oogpunt van consistentie en volledigheid nadere overdenking (paragraaf 8.2.1).

17. De IW-regeling ten aanzien van de verdeling onder lidstaat-geledingen van rechten bij de benoeming van leden van SE-organen is mogelijk niet geheel in overeenstemming met het (overheersende) proportionaliteitscriterium (paragraaf 8.2.2).

18. De IW-regels ten aanzien van de nadere bepaling van inhoud en procedure bij geldende medezeggenschapsvormen moeten op enkele onderdelen worden aangevuld (paragraaf 9.2).

19. (Her)overwogen zou moeten worden of de medezeggenschapsvorm die geldt via de toepasselijkheid van de referentievoorschriften inhoudelijk moet worden aangekleed, in het bijzonder als de SE het aanbevelings- en bezwaarrecht kent en overigens voldoet of gaat voldoen aan de criteria van de structuurregeling (paragraaf 9.3).

20. Een zekere bescherming in het kader van het "voor- en nabeginsel" en tegen misbruik is in de IW voorzien in het geval in het geval de rol van werknemers is geregeld via een overeenkomst. Die regeling zou op onderdelen wat verduidelijkt kunnen worden. Bezien moet worden of er ook in het geval de rol van werknemers is geregeld op basis van de referentievoorschriften zo'n waarborg moet en kan worden gecreëerd (paragraaf 9.4).

DEEL IV - FISCALE ASPECTEN

'Natura non facit saltus'

(ook de natuur maakt geen grote sprongen)

Prof. mr. J.W. Bellingwout[294]

[294] Verbonden aan de Vrije Universiteit en aan Baker & McKenzie, Amsterdam.

1. Historie van de SE vanuit fiscaal perspectief[295]

1.1 Voorontwerp Sanders

Titel XII van het door prof. P. Sanders opgestelde Voorontwerp voor een statuut voor Europese naamloze vennootschappen uit 1966[296] bevatte een niet in bepalingen uitgewerkte toelichting op de fiscale aspecten van de SE en de daarbij te kiezen uitgangpunten. Sanders maakte daartoe een onderscheid tussen de oprichting, de zetelverplaatsing en het bestaan van de SE. Daarbij erkende hij – met vooruitziende blik – dat de meeste fiscale problemen zich ook bij gewone, locale vennootschappen voordoen, zodat slechts in uitzonderingsgevallen specifieke fiscale problemen door de SE zullen worden opgeroepen. Deze specifieke problemen dienden volgens Sanders in nauwe samenhang met het nationale belastingrecht te worden opgelost, met eerbiediging van het beginsel van non-discriminatie.
Voor wat betreft de *oprichting* door middel van een grensoverschrijdende fusie noemt Sanders het probleem van de belastingheffing over de tot dan toe opgebouwde maar nog niet belaste waardevermeerdering "welke belasting een lidstaat door de internationale fusie eventueel zou kunnen ontglippen". Een fiscale regeling voor deze situaties zou volgens Sanders niet alleen voor SE's maar ook voor andere belastingplichtige vennootschappen moeten openstaan (non-discriminatie).
Voor wat betreft *zetelverplaatsing* deed Sanders wel enkele concrete suggesties, namelijk "opschorting van de belastingplicht [JWB: tot aan het moment van realisatie van de waardevermeerdering] waardoor echter de kwestie van waarborgen aan de orde komt die dan nodig zouden zijn als waarborg voor de invordering op een later tijdstip" of afrekening bij de grens "waarvoor uitstel van betaling wordt verleend tegen borgstelling door de staat waarheen de zetel wordt verplaatst". Voorwaar een creatieve variant op de inmiddels breed ingezette techniek van de conserverende aanslag, waarbij echter niet de lidstaat van immigratie maar de belastingplichtige zelf de benodigde financiële zekerheid moet verschaffen om uitstel van belastingbetaling te krijgen[297].
En voor wat betreft de belastingheffing gedurende het *bestaan* van de SE merkt Sanders in de toelichting op dat het beginsel van de niet-discriminatie

---

[295] Een deel van de paragrafen 1 t/m 5 is ontleend aan J.W. Bellingwout en J.L. van de Streek, Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I), MBB 2003/11, blz. 337-350. Voorts zij opgemerkt dat in deze bijdrage niet wordt ingegaan op de fiscale aspecten van de SE voor wat betreft de overdrachtsbelasting en de omzetbelasting.

[296] Voorontwerp voor een statuut voor Europese naamloze vennootschappen, door prof. dr. Pieter Sanders, December 1966, Verzameling Studies, Serie Concurrentie nr. 6, Brussel 1967.

[297] Zie art. 25 Invorderingswet 1990.

moet worden toegepast: "De S.E. moet fiscaalrechtelijk niet in een betere, doch ook niet in een slechtere positie komen dan de naamloze vennootschappen naar nationaal recht van het land waarin zij haar zetel heeft". Actueel is ook de suggestie in de toelichting om op SE's "met vaste inrichtingen in verschillende lidstaten een enkele belastingaanslag vast te stellen ter plaatse waar de vennootschap haar zetel heeft en de geïnde belasting te verdelen volgens een overeengekomen verdeelsleutel". De toelichting van het voorontwerp uit 1966 besluit met de overweging dat de fiscale paragraaf van het statuut zich ook ertoe kan beperken "voorlopig slechts te verwijzen naar het nationale recht (...). Een definitieve oplossing kan alleen een 'algemene oplossing' zijn. Deze dient (...) een algemene oplossing te bieden van alle bestaande problemen op fiscaal terrein. Zij zou, indien mogelijk, tegelijkertijd met het Statuut van de S.E. in werking treden." Ook hier heeft Sanders derhalve het non-discriminatiebeginsel als leidraad genomen.

1.2 Ontwerp 1970

Ondanks de wijze woorden uit het voorontwerp van Sanders was in het eerste voorstel van de Europese Commissie (hierna: EC) uit 1970 titel XII nader uitgewerkt in een aantal specifieke fiscale bepalingen voor de SE[298]. Zo was bepaald dat bij oprichting van een holding-SE de uitreiking van aandelen aan de aandeelhouders van de oprichtende vennootschappen in beginsel niet zou leiden tot belastingheffing bij de aandeelhouders en voorts dat een SE fiscaal inwoner is van de lidstaat waar de werkelijke leiding zich bevindt, in combinatie met een *mutual agreement* procedure voor geschillen op dit vlak tussen de lidstaten. Ter zake van zetelverplaatsing was geregeld dat belastingheffing over meerwaarden achterwege blijft, voor zover deze meerwaarden achterblijven in een vaste inrichting van de SE in de staat van vertrek (in grote lijnen conform de techniek van de inmiddels voorgestelde nieuwe Titel IV bis van de EU Fusierichtlijn, welke titel specifiek ziet op zetelverplaatsing van de SE[299]). Titel XII bevatte daarnaast ook de bepaling dat vaste-inrichtingsverliezen van de SE in mindering konden komen op de belastbare winst van de SE in haar woonland (compleet met inhaalregeling), een verbod op discriminatie van vaste inrichtingen van SE's ten opzichte van locale vennootschappen, en zelfs een regeling op grond waarvan een SE de verliezen van haar buitenlandse dochtermaatschappijen (vanaf 50% deelne-

298 Voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad betreffende het Statuut voor Europese naamloze vennootschappen, Pb EG nr. C124, 10 oktober 1970.

299 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, Brussel 17.10.2003, COM (2003) 613 definitief.

ming) naar rato van haar deelname in mindering kon brengen op de belastbare winst in haar woonland. Niettegenstaande deze specifieke bepalingen stond (blijkens de preambule bij dit voorstel) voorop dat de SE onderworpen zou zijn aan de nationale belastingvoorschriften teneinde een fiscale bevoordeling van de SE te voorkomen.

1.3 Ontwerpen 1975, 1989 en 1991

Dit non-discriminatiestreven heeft de aparte fiscale paragraaf voor de SE uiteindelijk de das omgedaan. Aanvankelijk was deze fiscale paragraaf in het daaropvolgende gewijzigde voorstel van de EC uit 1975[300] nog gehandhaafd, maar in de daarop volgende, gewijzigde voorstellen uit 1989 en 1991[301] is de regeling teruggesnoeid tot slechts één artikel op grond waarvan verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen in mindering konden komen op de in het woonland van de SE te belasten winst. Veelzeggend is de defensieve overweging in de preambules bij de voorstellen uit 1989 en 1991 dat een dergelijke regeling ook voor andere ondernemingen van de lidstaten in het leven zou worden geroepen, teneinde een fiscaal gunstiger behandeling van de SE ten opzichte van deze andere ondernemingen te voorkomen. In latere versies van het ontwerp[302] is ook de fiscale bepaling ten aanzien van vaste-inrichtingsverliezen komen te vervallen. De enige verwijzing naar de fiscaliteit betreft dan nog de overweging in de preambule dat "op de door de verordening niet bestreken terreinen, zoals (...) het fiscaal recht (...), de wettelijke voorschriften van de Lid-Staten en de bepalingen van het Gemeenschapsrecht van toepassing zijn". Deze laatste overweging is, zij het in iets andere bewoordingen, gehandhaafd in de definitieve tekst van de preambule van de verordening zoals deze op 8 oktober 2001 is aangenomen[303].

2. Fiscale reikwijdte van de verordening

2.1 Preambule

Bovenstaande historie, waarvan alleen de tekst van de preambule nog getuigt, maakt duidelijk dat de fiscaliteit niet door de verordening wordt bestreken. De letterlijke tekst van de 20e overweging van de preambule luidt:

---

[300] Voorstel van 13 mei 1975, Bull. EG, Suppl. 4/75.

[301] Gewijzigd voorstel van 25 augustus 1989, Pb EG 16 oktober 1989, Nr. C263/41, en Gewijzigd voorstel van 16 mei 1991, Pb EG 8 juli 1991, nr. C 176/1.

[302] Reeds met ingang van het gewijzigde ontwerp van 5 februari 1993, doc. 4517/93, SE 1 (niet gepubliceerd).

[303] Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), hierna aangeduid als "Verordening".

"Deze verordening handelt niet over rechtsgebieden zoals het fiscaal recht (...). De wettelijke voorschriften van de lidstaten en de bepalingen van het Gemeenschapsrecht zijn bijgevolg van toepassing op deze en andere niet door deze verordening bestreken terreinen."

Toch is het voorbarig om op grond van deze overweging te concluderen dat de verordening volledig irrelevant is voor de fiscale behandeling van de SE. Twee bepalingen uit de verordening lijken namelijk wel van belang voor de fiscaliteit, namelijk de artikelen 9 en 10.

2.2 Art. 9 SE-VO

Art. 9 SE-VO, dat handelt over de op de SE van toepassing zijnde bepalingen, stelt in het eerste lid, onderdeel c, dat *"voor de aangelegenheden die niet bij deze verordening worden geregeld, of (...) voor de aspecten die niet onder deze verordening vallen"* op de SE van toepassing zijn *"de wettelijke voorschriften van de lidstaten welke zouden gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft"* (art. 9, eerste lid, onderdeel c, ten tweede). De tekst laat in het midden of met "aangelegenheden" alleen aangelegenheden zijn bedoeld die het vennootschapsstatuut van de SE betreffen, en laat evenzeer in het midden of met "wettelijke voorschriften" alleen vennootschapsrechtelijke voorschriften zijn bedoeld die deel uitmaken van het vennootschapsstatuut, dan wel "aangelegenheden" en "wettelijke voorschriften" in het algemeen. Ten faveure van dit laatste pleit dat de hierboven geciteerde passage uit paragraaf 20 van de preambule in identieke termen met betrekking tot de fiscale positie van de SE rept over "de wettelijke voorschriften" van de lidstaten, waarmee onmiskenbaar de *fiscale* wettelijke voorschriften zijn bedoeld. Een dergelijke ruime interpretatie zou betekenen dat ingevolge art. 9 SE-VO de SE ook onderworpen is aan "de fiscale wettelijke voorschriften van de lidstaten welke zouden gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waarde SE haar statutaire zetel heeft". Met andere woorden, de SE met statutaire zetel in Nederland zou in deze benadering op grond van art. 9 SE-VO onderworpen zijn aan dezelfde fiscale regels als een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap. De facto komt dit neer op een fiscale gelijkstelling van de SE met Nederlandse statutaire zetel met een naar Nederlands recht opgerichte NV. De staatssecretaris van Financiën betoont zich een aanhanger van deze toepassing van art. 9 SE-VO op de fiscaliteit, getuige de bijlage bij de memorie van toelichting, wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2004[304]:

---

304 Wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), TK 2002-2003, 29 035, nr. 3 (MvT), bijlage I, blz. 37-38.

"Voor een SE met haar statutaire zetel in Nederland is artikel 9, [eerste lid,] onderdeel c, sub ii, van de verordening van belang. Hierin is bepaald dat voor aangelegenheden die niet bij deze verordening worden geregeld (waaronder de fiscaliteit) de wettelijke voorschriften van de lidstaat van toepassing zijn welke (zouden) gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waarde SE haar statutaire zetel heeft. Nu de verordening niet (direct) ziet op de fiscaliteit maar de verordening wat betreft de fiscaliteit wel de nationale wetgeving voor N.V.s doet gelden, kan worden geconcludeerd dat er niets meer behoeft te worden geregeld. Via artikel 9 van de verordening zijn de fiscale regels inzake de N.V. van toepassing op SE's met hun statutaire zetel in Nederland."

Hoe juist het resultaat van deze benadering ook mag voorkomen, enige aarzeling ten aanzien van de juridische onderbouwing is wellicht gepast. Art. 9 SE-VO regelt welk recht op de SE van toepassing is. Het bijzondere van de SE is dat het op haar toepasselijke vennootschapsrecht voor een deel bestaat uit de bepalingen van de Verordening (waarin alleen de belangrijkste onderwerpen zoals oprichting, rechtspersoonlijkheid, het karakter van kapitaalvennootschap, plaats van statutaire zetel en hoofdbestuur, zetelverplaatsing, omzetting, en bestuur zijn geregeld – te beschouwen als het geraamte van deze rechtsvorm) en voor een belangrijk deel uit aanvullend nationaal vennootschapsrecht (het vlees op de botten van deze rechtsvorm). Art. 9 SE-VO vormt de basis voor dit hybride vennootschapsrechtelijke karakter van de SE. Daarmee is art. 9 een bijzonder belangrijke, fundamentele bepaling van de Verordening. Zonder al te uitgebreid in te gaan op art. 9, kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat deze bepaling bij uitstek gericht is op de invulling van het vennootschapsstatuut van de SE, de vennootschapsrechtelijke regels die het ontstaan en einde, de inrichting, de rechtsbevoegdheid en het intern en extern functioneren van de SE beheersen (de "lex societatis", vgl. art. 3 Wet conflictenrecht corporaties). Art. 9 SE-VO geeft een rangorde aan voor wat betreft het op de SE toepasselijke recht en noemt in dit verband: de bepalingen van de Verordening, de bepalingen van de statuten van de SE, voor niet of slechts deels bij de verordening geregelde onderwerpen de nationale wettelijke voorschriften die specifiek op SE's gericht zijn (waarbij met name valt te denken aan wetgeving ter uitvoering van de bepalingen in de verordening die uitdrukkelijk verwijzen naar aanvullend nationaal recht, of naar uitvoering van door de verordening geboden keuzemogelijkheden voor de lidstaten; vgl. voor Nederland het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap[305]), de wettelijke voorschriften welke zou-

[305] 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), TK 2003-2004, 29 309, nrs. 1-2.

den gelden voor locale NV's en de bepalingen van de statuten van de SE. Het betreft hier onmiskenbaar een opsomming van vennootschapsrechtelijke aard en gelet op deze context acht ik het allerminst uitgesloten dat de opstellers van art. 9 met de term "aangelegenheden die niet bij deze verordening worden geregeld" slechts aangelegenheden voor ogen stonden die behoren tot de lex societatis van de SE. Een ruimere lezing van art. 9, zoals aangehangen door de staatssecretaris, die daarbij overigens de Europese Commissie aan zijn zijde vindt[306], zou tot het kromme resultaat leiden dat enerzijds de preambule duidelijk maakt dat in de verordening niets wordt geregeld omtrent de fiscaliteit, terwijl art. 9 SE-VO vervolgens wel uitdrukkelijk zou voorschrijven welke nationale fiscale regels op de SE van toepassing zijn.

2.3 Art. 10 SE-VO

Een beter argument voor de fiscale gelijkstelling van de statutair in Nederland gevestigde SE met een naar Nederlands recht opgerichte NV biedt art. 10 SE-VO, dat voorschrijft dat, *"onverminderd de bepalingen van deze 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."* Art. 10 lijkt te zijn bedoeld als een algemene non-discriminatiebepaling, waarmee de Verordening duidelijk maakt dat de lidstaten niet de ruimte hebben om wettelijke voorschriften van toepassing te verklaren op SE's die in voor de SE gunstige dan wel nadelige zin afwijken van de wettelijke voorschriften die gelden voor gewone NV's[307]. In lijn met de ten aanzien van eerdere versies van het statuut geuite vrees dat de SE fiscaal gunstiger wordt behandeld dan locale ondernemingen van de lidstaten, ligt het – mede gelet op de ruime formulering van art. 10 ("onverminderd de bepalingen van deze verordening") – alleszins in de rede in art. 10 SE-VO ook voor fiscale doeleinden een gelijkstelling tussen SE's en locale naamloze vennootschappen te lezen.
De staatssecretaris vat art. 10 SE-VO op als een voorschrift om SE's met *buitenlandse* statutaire zetel hetzelfde te behandelen als een naamloze vennootschap uit dat land. De betreffende passage uit de bijlage bij de memorie van toelichting[308] luidt als volgt:

---

306 Zie par. 5.1 hieronder.

307 Zie ook de 5e overweging van de preambule, dat de lidstaten aanspoort de SE niet te discrimineren "als gevolg van ongefundeerd verschillende behandeling van Europese vennootschappen in vergelijking met naamloze vennootschappen", hetgeen eveneens een verbod op een ongerechtvaardigde verschillende behandeling inhoudt.

308 Wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), TK 2002-2003, 29 035, nr. 3, bijlage I, blz. 38.

"Wat betreft SE's met hun statutaire zetel in een van de andere lidstaten van de EU is artikel 10 van de verordening van belang. In artikel 10 van de verordening is bepaald dat een SE moet worden behandeld als een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de statutaire zetel van de SE is. Dit betekent bijvoorbeeld dat een SE met haar statutaire zetel in Duitsland in Nederland hetzelfde moet worden behandeld als een Aktiengesellschaft."

Door voor te schrijven dat de SE in "iedere lidstaat" moet worden behandeld als een naamloze vennootschap uit "de lidstaat" van de statutaire zetel, lijkt het non-discriminatievoorschrift van art. 10 inderdaad vooral te zijn geadresseerd aan de andere lidstaten dan die waar de SE statutair is gevestigd. Ik zie echter niet in waarom art. 10 niet ook een gelijke behandeling zou voorschrijven voor SE's met een *binnenlandse* statutaire zetel, dat wil zeggen in de lidstaat van de statutaire zetel zelf. In deze optiek vormt art. 10 SE-VO de juridische basis voor de opvatting dat een SE met binnenlandse statutaire zetel in Nederland moet worden behandeld als een naamloze vennootschap die is opgericht naar Nederlands recht.
Deze gelijkstelling van een statutair in Nederland gevestigde SE met een naar Nederlands recht opgerichte NV is uiteraard bijzonder belangrijk voor de fiscale behandeling van de SE in het Nederlandse belastingrecht. Immers, een dergelijke gelijkstelling betekent dat zo'n binnenlandse SE op dezelfde wijze moet worden belast als een binnenlandse NV en dat een buitenlandse SE op dezelfde wijze in Nederland moet worden belast als een naamloze vennootschap uit die lidstaat. Ook ligt het in de rede om de gelijke behandeling van de SE met een locale naamloze vennootschap door te trekken naar het niveau van de aandeelhouders. Het gevolg daarvan is dat de aandeelhouder van een SE op dezelfde wijze moet worden belast als een aandeelhouder van aan naamloze vennootschap uit de lidstaat waar de SE statutair gevestigd is[309]. Dit betekent dat de fiscale behandeling van de SE en haar aandeelhouders met name vragen zal oproepen ter zake van die aspecten waarin de SE zich onderscheidt van de locale naamloze vennootschap, zoals de mogelijkheid tot verplaatsing van de statutaire zetel op de voet van art. 8 SE-VO.

[309] Zie par. 4.1 hieronder.

3. Fiscale vestigingsplaats SE

3.1 Varianten

De SE is belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting indien zij kan worden aangemerkt als een in Nederland gevestigd belastingsubject in de zin van art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb '69), danwel als een niet in Nederland gevestigd belastingsubject met binnenlands inkomen in de zin van art. 3 Wet Vpb '69. Daarbij dienen zich de volgende situaties aan:

a) statutair in Nederland gevestigde SE met binnenlands hoofdbestuur
b) statutair in Nederland gevestigde SE met buitenlands hoofdbestuur
c) statutair in een andere lidstaat gevestigde SE met binnenlands hoofdbestuur
d) statutair in een andere lidstaat gevestigde SE met hoofdbestuur in die lidstaat

De vraag of de SE in deze vier varianten in Nederland of daarbuiten is gevestigd, moet worden beantwoord aan de hand van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 en voor die gevallen waarin de vestigingsplaatsfictie niet van toepassing is, aan de hand van art. 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). In dit laatste geval komt het erop aan of de plaats van het hoofdbestuur van art. 7 SE-VO maatgevend is voor de fiscale vestigingsplaats van de SE op de voet van art. 4 AWR. Tot slot is in geval van fiscale *dual residence* als gevolg van het uiteenvallen van statutaire zetel en hoofdbestuur van de SE van belang in hoeverre de plaats van het hoofdbestuur maatgevend is voor de "werkelijke leiding" van de SE, indien dit criterium bepalend is voor de toewijzing van de woonplaats in het betreffende belastingverdrag. Hieronder wordt nader ingegaan op deze aspecten (vestigingsplaatsfictie, hoofdbestuur en art. 4 AWR, hoofdbestuur en werkelijke leiding).

3.2 Vestigingsplaatsfictie

Aanpassing vestigingsplaatsfictie
Art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 bepaalt – in grote lijnen – dat een lichaam voor toepassing van de vennootschapsbelasting steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de oprichting van dat lichaam heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht. Kan van een SE met statutaire zetel in Nederland gezegd worden dat zij is opgericht naar Nederlands recht? De oprichting en het bestaan van de SE worden deels beheerst door (secundair) Europees recht (de verordening) en deels door Nederlands vennootschaps-

recht. De verordening geeft aan wie (rechtsvorm) een SE kan oprichten en in welke (grensoverschrijdende) situatie de oprichters zich moeten bevinden, de wijze van oprichting (fusie, holding, gezamenlijke dochter, omzetting) en de daaraan verbonden bescherming van derden, alsmede het tijdstip van de oprichting, terwijl het Nederlandse recht dit verder aanvult met voornamelijk formele bepalingen (verklaring van geen bezwaar, notariële akte, publicatie, etc.). Van een in Nederland, door een Nederlandse notaris opgerichte SE met statutaire zetel in Nederland, kan dus niet zonder meer worden gezegd dat deze is opgericht "naar Nederlands recht". De SE voldoet derhalve niet aan de letterlijke criteria van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69. Echter, de fiscale gelijkschakeling van een dergelijke SE met een naar Nederlands recht opgerichte NV op basis van art. 10 SE-VO – of, zo men wil, art. 9 SE-VO – zal ertoe leiden dat voor een SE met binnenlandse statutaire zetel de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid, Wet Vpb '69 evenzeer geldt als voor een naar Nederlands recht opgerichte NV.

Hoewel de wetgever de gelijkschakeling van een statutair in Nederland gevestigde SE met een NV eveneens als uitgangspunt hanteert[310], heeft de wetgever het toch nodig geacht de vestigingsplaatsfictie aan te passen met het oog op de SE[311]. Dientengevolge is met ingang van 1 januari 2004[312] aan art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 de volgende volzin toegevoegd: *"Een Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht."*[313] Een zelfde aanpassing is opgenomen in de vestigingsplaatsficties in de inkomstenbelasting (art. 4.35) en in de dividendbelasting (art. 1 lid 3)[314]. De aanpassing van de vestigingsplaatsficties ten aanzien van de SE gaat verder dan is toegestaan op grond van de verordening. Dit bezwaar kan worden weggenomen door in de drie vestigingsplaatsficties niet aan te knopen bij de oprichting van de SE naar Nederlands recht, maar bij de aanwezigheid van een Nederlandse statutaire zetel van de SE.

Rechtvaardiging opname SE in vestigingsplaatsfictie

De vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 bewerkstelligt dat een naar Nederlands recht opgericht lichaam altijd geacht wordt in

---

310 Overige fiscale maatregelen 2004, TK 2003-2004, 29 035, nr. 6 (NnavV), blz. 3.

311 Overige fiscale maatregelen 2004, EK 2003-2004, 29 035, C (NnavV), blz. 1.

312 Met dien verstande dat deze aanpassing van de vestigingsplaatsfictie voor het eerst toepassing vindt met ingang van 8 oktober 2004, aldus artikel XXII van de wijzigingswet Overige fiscale maatregelen 2004, Stbl. 2003, nr. 527.

313 Artikel VII, onderdeel A, wijzigingswet Overige fiscale maatregelen 2004, Stbl. 2003, nr. 527.

314 Artikel I, onderdeel O resp. artikel VIII, onderdeel A Wijzigingswet Overige fiscale maatregelen 2004, Stbl. 2003, nr. 527.

Nederland te zijn gevestigd, ongeacht waar de activiteiten van het lichaam worden uitgeoefend en vanuit welk land het lichaam wordt geleid en bestuurd. Denkbaar is derhalve dat de enige band van een lichaam met Nederland het historische gegeven van de oprichting naar Nederlands recht is en het daaruit voortvloeiende feit dat het lichaam gedurende zijn bestaan ook door dit Nederlandse recht wordt geregeerd. Deze onderworpenheid aan het Nederlandse (vennootschaps)recht – de vennootschapsrechtelijke Nederlandse "nationaliteit" – vormt een internationaal aanvaard aanknopingspunt voor binnenlandse belastingplicht over het wereldwijde inkomen van een dergelijk lichaam.
Van een SE met statutaire zetel in Nederland kan niet zonder meer gezegd worden dat zij is opgericht naar Nederlands recht en dat haar bestaan wordt geregeerd door Nederlands recht. Primair zijn op de SE de bepalingen van de verordening van toepassing, waarbij het Nederlandse deel van het vennootschapsstatuut vooral bestaat uit aanvullend recht. Aangezien, zoals hierboven uiteengezet, de verordening een aantal belangrijke aspecten van de SE regelt en veel belangrijke onderwerpen overlaat aan het recht van de lidstaat waar de statutaire zetel van de SE zich bevindt, kan niet zonder meer worden gezegd dat een SE een Nederlandse vennootschapsrechtelijke nationaliteit bezit, die opname van de SE in de vestigingsplaatsfictie op basis van het oprichtingscriterium rechtvaardigt. Dit spreekt des te meer indien de SE op de voet van art. 8 SE-VO haar statutaire zetel (en op grond van art. 7 SE-VO ook haar hoofdbestuur) en al haar activiteiten naar een andere lidstaat heeft verplaatst. De fictieve binnenlandse vestigingsplaats op basis van art. 2, vierde lid, Wet Vpb '69 blijft niettemin onverkort gehandhaafd. Met een dergelijk aanknopingspunt voor binnenlandse, onbeperkte belastingplicht gaat Nederland haar boekje te buiten voor wat betreft de internationaal aanvaarde afbakening van haar belastingsoevereiniteit. In feite leidt de onderwerping van de SE in die situatie tot een extraterritoriale belastingheffing van de SE. Het feit dat de werking van de vestigingsplaatsfictie in veel gevallen grotendeels[315] ongedaan zal worden gemaakt door de toepassing van het belastingverdrag met het nieuwe vestigingsland van de SE, neemt dit fundamentele bezwaar niet weg.

Vestigingsplaatsfictie SE met statutaire zetel in Nederland
Wat wel opname van de SE in de vestigingsplaatsficties rechtvaardigt, is de in de verordening opgenomen gelijkstelling van de SE met een locale naamloze vennootschap op grond van de eerder aangehaalde artikelen 9 en 10 van de verordening. Tegelijkertijd maakt deze gelijkstelling, zoals gezegd, aan-

315 Zo zal de SE ook na haar zetelverplaatsing nog steeds aangifte vennootschapsbelasting moeten doen in Nederland.

passing van de vestigingsplaatsfictie overbodig, maar er is uiteraard geen bezwaar tegen een aanpassing die de kenbaarheid van de wet ten goede komt en die discussies voorkomt omtrent de vraag of de gelijkstelling ook werkt voor bepalingen waarvan de letterlijke tekst zich niet leent voor onverkorte toepassing op een SE, in casu omdat een van een SE niet zonder meer kan worden gezegd dat zij een naar Nederlands recht opgericht lichaam is.
Toepassing van de vestigingsplaatsfictie op een SE met Nederlandse statutaire zetel is vooral van belang in situaties waarin niet duidelijk is waar zich de feitelijke leiding van de SE bevindt. Weliswaar dient het hoofdbestuur van de statutair in Nederland gevestigde SE zich in Nederland te bevinden, maar ten eerste is denkbaar dat het hoofdbestuur zich (tijdelijk) in een andere lidstaat bevindt en ten tweede is het niet uitgesloten dat de feitelijke leiding van de SE zich buiten Nederland bevindt terwijl het hoofdbestuur wel in Nederland is gelegen[316].
Belangrijk aspect van de verordening is dat een SE haar statutaire zetel van de lidstaat waarin zij oorspronkelijk was opgericht en gevestigd (bijv. Nederland) kan verplaatsten naar een andere lidstaat. Als gevolg van de daartoe in de verordening opgenomen regeling (art. 8 SE-VO) is het Nederlandse recht dan niet meer als aanvullend recht op de SE van toepassing, maar het recht van de lidstaat waarheen de SE haar statutaire zetel en hoofdbestuur heeft verplaatst.
Deze mogelijkheid van zetelverplaatsing is een belangrijk element van de verordening. In de Considerans wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat overdreven restricties voor de zetelverplaatsing van een SE niet zijn toegestaan. Door een SE die haar statutaire zetel (en hoofdbestuur) vanuit Nederland naar een andere lidstaat heeft verplaatst onverminderd als binnenlandse belastingplichtige aan te merken, komt de wet in strijd met doel en strekking van de verordening, zoals de Raad van State ook reeds heeft aangegeven[317]. Wetende dat de SE na de zetelverplaatsing in haar nieuwe lidstaat van vestiging ook als binnenlands belastingplichtige zal worden aangemerkt, creëert de wetgever met de voorgestelde aanpassing van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 willens en wetens een dubbele belastingplicht voor de SE in een dergelijke situatie. Het hangt dan vervolgens van de werking van belastingverdragen met de lidstaten (waaronder de toekomstige nieuwe lidstaten) af in hoe-

316 Zie voor de invulling van de term "hoofdbestuur" onderdeel 3.3 hierna. Op deze plaats zij reeds opgemerkt dat het volgens de memorie van toelichting, Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, TK 2003-2004, 29 309, nr. 3, blz. 7, aannemelijk is dat het hoofdbestuur zich in Nederland bevindt wanneer het bestuur van de vennootschap zijn bestuursvergaderingen houdt in Nederland en de algemene vergadering in Nederland wordt georganiseerd.

317 Overige fiscale maatregelen 2004, TK 2002-2003, nr. 29 035, B, blz. 1-2.

verre deze nadelige situatie wordt weggenomen. Ook de Raad van State heeft hierop gewezen[318].
De staatssecretaris wijst[319] op art. 9 SE-VO als rechtvaardiging voor de gelijke behandeling van de SE met de Nederlandse NV op het punt van de vestigingsplaatsfictie. De staatssecretaris ziet daarbij twee punten over het hoofd:

i) Artikel 9 SE-VO bepaalt dat het Nederlandse NV-recht van toepassing is op SE's waarvan de statutaire zetel zich in Nederland bevindt. Is deze zetel (met het hoofdbestuur) eenmaal verplaatst, dan is het Nederlandse NV-recht niet meer op die SE van toepassing en kan art. 9 – nog afgezien van de vraag of deze bepaling ook ziet op fiscale wettelijke voorschriften – niet meer worden aangevoerd als argument voor opname van de SE in de vestigingsplaatsfictie.

ii) Uit artikel 10 SE-VO volgt dat een SE met statutaire zetel in Nederland moet worden behandeld als een Nederlandse NV. Is eenmaal de statutaire zetel van de SE naar een andere lidstaat verplaatst, dan vormt ook art. 10 SE-VO geen basis meer voor opname van de SE in de vestigingsplaatsfictie. Van groter belang is voorts dat uit art. 10 SE-VO ook voortvloeit dat een SE met statutaire zetel in Duitsland door Nederland moet worden behandeld als een Duitse AG[320]. Een naar Duits recht opgerichte AG kan nimmer onder de reikwijdte vallen van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69[321]. Door ondanks de zetelverplaatsing (van bijvoorbeeld Nederland naar Duitsland) de SE nog als inwoner aan te merken louter op grond van haar oprichting die destijds mede heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht, handelt Nederland in strijd met dit dwingende voorschrift van artikel 10 om de SE na de zetelverplaatsing te behandelen als (bij voorbeeld) een Duitse AG. Desgevraagd erkent de staatssecretaris met zoveel woorden de strijdigheid van deze wetswijziging met de verordening, maar hij bagatelliseert dit door te wijzen op de werking van belastingverdragen die in geval van *dual residence* doorgaans de heffingsbevoegdheid zullen toewijzen aan de lidstaat van de nieuwe statutaire zetel van de SE. De staatssecretaris merkt namelijk naar aanleiding van vragen in de Eerste Kamer op:

---

318 Overige fiscale maatregelen, TK 2002-2003, 29 035, B, blz. 1 (overigens baseert de Raad de strijdigheid op art. 7 SE-VO).

319 TK 2002–2003, 29 035, nr. 3 (MvT), blz. 38, resp. TK 2003-2004, 29 035, nr. 6 (NnavV), blz. 3.

320 Voorbeeld ontleend aan de memorie van toelichting, wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen, TK 2002-2003, nr. 29 035, nr. 3 (MvT), blz. 38.

321 En uiteraard net zo min onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsficties van art. 4.35 Wet IB 2001 en art. 1, derde lid Wet Div.bel. 1965.

"Voorzover er spanning zou zijn met (...) de verordening, is de feitelijke betekenis daarvan gering. In normale situaties van zetelverplaatsing door een SE wordt namelijk de werking van vestigingsplaatsfictie als gevolg van de werking van verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing beperkt."[322] Voorwaar niet de Koninklijke weg, met inachtneming van het feit dat de nadelige gevolgen slechts gedeeltelijk zullen worden weggenomen (denk onder andere aan de aangifteplicht van de verplaatste SE), het feit dat Nederland op 8 oktober 2004 niet met alle andere lidstaten een belastingverdrag heeft[323] en het feit dat niet alle (toekomstige) lidstaten waarmee Nederland wèl een verdrag heeft een woonplaatsbepaling bevatten die een oplossing biedt voor gevallen van *dual residence* (derhalve geen bepaling bevatten conform art. 4, derde lid OESO-Modelverdrag)[324].

Tot slot nog een tekstueel kritiekpunt. Kennelijk was de aanpassing van de vestigingsplaatsfictie nodig omdat van de SE niet kan worden gezegd dat zij een lichaam is waarvan de oprichting heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht (de "oude" tekst van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69). Maar als dat zo is en gegeven het feit dat een SE een "lichaam" is in de zin van art. 2 AWR, kan zij dan wel worden aangemerkt als een lichaam dat "bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht" (de uitbreiding van deze bepaling voor de SE)? Wat is hier het subtiele verschil tussen "opgericht naar Nederlands recht" en "oprichting beheerst door Nederlands recht"? Het antwoord kan naar ik aanneem worden gevonden in art. 15, eerste lid SE-VO, dat bepaalt dat, *"behoudens het bepaalde in deze verordening"*, de oprichting van een SE wordt *"beheerst door het recht dat in de staat waar de SE haar statutaire zetel heeft, op naamloze vennootschappen van toepassing is"*. De term "beheerst" wordt derhalve gesauveerd door deze bepaling. Mijns inziens zou echter "mede beheerst" meer recht hebben gedaan aan het feit dat de oprichting van een SE primair wordt beheerst door de bepalingen van de verordening.

Alternatieve vestigingsplaatsfictie SE met statutaire zetel in Nederland
Deze strijdigheid met doel en strekking van de verordening alsmede met art. 10 SE-VO kan eenvoudig worden weggenomen door in de vestigingsplaatsfictie de verwijzing naar de oprichting van de SE te vervangen door een verwijzing naar de binnenlandse statutaire zetel van de SE. De aanvulling van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 had derhalve beter als volgt kunnen luiden:

---

[322] Overige fiscale maatregelen, EK 2003-2004, 29 035, C, blz. 1.
[323] Met Cyprus en met Slovenië heeft Nederland nog geen belastingverdrag.
[324] Dit is o.a. het geval in de verdragen met Estland en Letland.

"Een Europese naamloze vennootschap waarvan de statutaire zetel zich in Nederland bevindt wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht."

Het is niet duidelijk welk belang gediend is met de te ruime formulering van de aanpassing van de vestigingsplaatsfictie. Bijkomend voordeel van de hier voorgestelde alternatieve formulering is dat ook SE's die in een andere lidstaat zijn opgericht maar die hun statutaire zetel naar Nederland verplaatsen onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie worden gebracht.[325]

3.3 Hoofdbestuur en art. 4 AWR

Feitelijke vestigingsplaats art. 4 AWR

Aangezien de SE kwalificeert als een lichaam in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel b AWR 1959[326], geldt het feitelijke vestigingsplaatscriterium van art. 4 AWR ook voor de SE.

Art. 4 AWR bepaalt dat, onder andere, de vestigingsplaats van een lichaam wordt beoordeeld "naar de omstandigheden". Hoewel ter zake van de "omstandigheden" in de fiscale jurisprudentie een aantal criteria nader is uitgewerkt, is verreweg het belangrijkste criterium de plaats van de feitelijke of werkelijke leiding van de vennootschap. In lijn met constante jurisprudentie is in HR 23 september 1992, *BNB* 1993/193 dit primaire criterium als volgt uitgewerkt: *"Bij de beoordeling naar de omstandigheden van de vestigingsplaats van een lichaam moet in het algemeen ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent."*

Het vestigingsplaatscriterium van art. 4 AWR is van belang voor die gevallen waarin de SE niet onder de reikwijdte valt van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69. Op basis van de aangepaste tekst van de vestigingsplaatsfictie zal dit – in de optiek van de wetgever – alleen het geval zijn indien de oprichting van de SE niet (mede) werd beheerst door Nederlands recht. Dit omvat zowel de situatie dat de SE vanaf het moment

---

325 De staatssecretaris is voor deze argumenten – die eerder in het commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) van 8 oktober 2003 op dit wetsvoorstel naar voren zijn gebracht – echter niet ontvankelijk gebleken, getuige de Nota naar aanleiding van het verslag, TK 2003-2004, 29 035, nr. 6, blz. 2-3. Zie voor het commentaar van de NOB: www.nob.net.

326 Overige fiscale maatregelen, TK 2002–2003, 29 035, nr. 3 (MvT), blz. 38.

van haar oprichting statutair in een andere lidstaat is gevestigd, als de situatie dat de SE op enig moment na haar oprichting haar statutaire zetel naar Nederland heeft verplaatst op de voet van art. 8 SE-VO. (Mijns inziens zou in dit laatste geval de vestigingsplaatsfictie wel toepassing moeten vinden, gelet op de fiscale gelijkstelling van een statutair in Nederland gevestigde SE met een naar Nederlands recht opgerichte NV ex art. 10 SE-VO, maar kennelijk is de wetgever, zoals hiervoor is besproken, een andere mening toegedaan.)

"Hoofdbestuur"

Art. 7 SE-VO stelt dat de statutaire zetel van de SE binnen de Gemeenschap gelegen moet zijn in dezelfde lidstaat als het hoofdbestuur. Het begrip "hoofdbestuur" is ontleend aan art. 48 EG-Verdrag en wordt door de Verordening niet nader ingevuld.[327] Art. 48 EG-Verdrag geeft vennootschappen toegang tot het recht van vrije vestiging (art. 43 EG-Verdrag) indien zij in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en ofwel hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben. De term "hoofdbestuur" – die in de Duitse, Franse en Engelse tekst wordt aangeduid als "Hauptverwaltung", "administration centrale" en "central administration" – verwijst volgens Troberg[328] naar de plaats waar de centrale ondernemingsleiding zich bevindt. A-G Darmon heeft in punt 4-5 van zijn conclusie bij het Daily Mail arrest[329] het hoofdbestuur (de centrale bestuurszetel) aangeduid als *"de feitelijke zetel en de hoofdvestiging van de vennootschap, als de plaats van waaruit de vennootschap daadwerkelijk wordt geleid en de plaats waar het hoofdbestuur van de vennootschap zich bevindt, dat wil zeggen de plaats waar de beslissingen worden genomen die betrekking hebben op de zelfstandige activiteit [van de vennootschap] en van waar zij haar impulsen krijgt"*.

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap sluit zich hierbij aan, getuige de opmerking dat voor de invulling van het begrip "hoofdbestuur" van belang is vanuit welke staat de vennootschap wordt aangestuurd[330]. De memorie van toelichting vervolgt met een nadere, vrij grove maar praktische invulling: *"Dit vereist een interpretatie van de feitelijke omstandigheden. Wanneer het bestuur van de vennootschap zijn bestuursvergaderingen houdt in Nederland en de algemene vergadering in Nederland wordt georganiseerd, is aannemelijk dat het*

---

[327] Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, TK 2003-2004, 29 309, nr 3 (MvT), blz. 7.

[328] In: H. von der Groeben, J. Thiesen, en C.-D. Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. neubearbeitete Aufl., Baden-Baden 1991, blz. 1027.

[329] HvJEG 27 september 1988, Zaak 81/87.

[330] Zie noot 326.

hoofdbestuur zich in Nederland bevindt".[331] Zie omtrent het begrip "hoofdbestuur" ook Deel I, par. 5.1 van dit preadvies.

Vergelijking "hoofdbestuur" en art. 4 AWR
Aan beide criteria, "hoofdbestuur" ex art. 7 SE-VO en "feitelijke leiding" ex art. 4 AWR lijkt hetzelfde uitgangspunt ten grondslag te liggen, namelijk de centrale leiding van de vennootschap. In de meeste gevallen zal de aanwezigheid van een binnenlands "hoofdbestuur" dan ook gepaard gaan met een binnenlandse feitelijke vestigingsplaats in de zin van art. 4 AWR[332]. Uit de hierboven aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, wordt echter duidelijk dat in de praktische toepassing van beide criteria verschillen kunnen optreden. Indien een SE met buitenlandse statutaire zetel er inderdaad op mag vertrouwen dat haar hoofdbestuur zich niet in Nederland bevindt zolang de bestuursvergaderingen en de aandeelhoudersvergaderingen in dat andere land plaatsvinden, sluit dat niet uit dat toch de beslissingen feitelijk in Nederland worden genomen, bij voorbeeld omdat het bestuur bestaat uit (werknemers van) een trustkantoor dat volledig handelt op instructie van een in Nederland woonachtige of gevestigde aandeelhouder. Conform het hierboven aangehaalde arrest HR 23 september 1992, *BNB* 1993/193, kan zich immers de situatie voordoen dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, in welk geval er aanleiding kan zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent. Het is nog maar de vraag of deze "substance over form" benadering in de fiscale jurisprudentie op exact dezelfde wijze wordt gevolgd in eventuele jurisprudentie van de burgerlijke rechter (en uiteindelijk het Europese Hof van Justitie), indien deze wordt gevraagd nadere invulling te geven aan het begrip "hoofdbestuur". Civielrechtelijke jurisprudentie omtrent dit begrip zou kunnen ontstaan als gevolg van de in art. 64, derde lid SE-VO opgenomen waarborg dat voor de SE rechtsmiddelen moeten openstaan indien zij op de voet van art. 64, tweede lid SE-VO (vgl. art. 18 van de voorgestelde uitvoeringswet[333]), dreigt te worden ontbonden omdat, in strijd met het voorschrift van art. 7 SE-VO, haar hoofdbestuur zich in een andere lidstaat bevindt dan de lidstaat waar zij statutair is gevestigd. Het is daarbij niet uitgesloten dat de burgerlijke rechter ter wille van de rechtszekerheid een meer formele benadering zal volgen dan de fiscale rechter. Voor de ontwikkeling in de fiscale rechtspraak kan daarentegen juist een verdergaande accentverschuiving naar de achterliggende "uiteinde-

331 Zie noot 326.
332 Volgens de wetgever zullen het hoofdbestuur en de hoofdleiding normaliter samenvallen; zie TK 2002–2003, 29 035, nr. 3, (MvT) blz. 38.
333 Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, TK 2003-2004, 29 309, nrs. 1-2.

lijke beslisser" worden verwacht, als gevolg van de ontwikkelingen in de OESO ter zake van de inhoud van het begrip "place of effective management" van art. 4, derde lid, OESO-modelverdrag[334].
Derhalve dient bij SE's die niet onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie vallen van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69, zowel in de situatie dat het hoofdbestuur van de SE zich in Nederland bevindt als in de situatie dat het hoofdbestuur van de SE zich in een andere lidstaat bevindt, steeds zelfstandig te worden beoordeeld of de SE feitelijk in Nederland is gevestigd in de zin van art. 4 AWR.

"Hoofdbestuur" en "place of effective management"
In een enkel geval kan het voorkomen dat – in strijd met het voorschrift van art. 7 SE-VO – het hoofdbestuur van een SE zich in een andere lidstaat bevindt dan de lidstaat van de statutaire zetel. Weliswaar zal deze situatie – gelet op het voorschrift van art. 64 SE-VO – slechts van tijdelijke aard zijn, feit is dat gedurende die periode wellicht de SE in beide landen als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. Indien de woonplaatsbepaling van het belastingverdrag tussen de betreffende lidstaten overeenkomt met art. 4 OESO-Modelverdrag, wordt als woonland aangewezen het land waar zich de werkelijke leiding (de *place of effective management*) van de SE bevindt. Uit een recent discussiestuk[335] van een werkgroep van de OESO over de betekenis van dit begrip komt naar voren dat wellicht meer aandacht moet worden besteed aan de mogelijkheid dat anderen dan het formele bestuur van de vennootschap daadwerkelijk het beleid van de vennootschap bepalen. Het rapport wijst zowel op de situatie dat een *"controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) (...) effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business"*, als op de situatie dat *"[w]here a board of directors routinely approves the commercial and strategic decisions made by the executive officers, the place where the executive officers perform their functions would be important in determining the place of effective management of the entity"*. Evenals hierboven is geconcludeerd ten aanzien van art. 4 AWR, hoeft derhalve de lidstaat van het hoofdbestuur van de SE niet altijd de lidstaat te zijn waar –conform het criterium van art. 4, derde lid OESO-Modelverdrag – zich de *place of effective management* van de SE bevindt.

---

[334] Zie: The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie breaker rule, OECD, www.oecd.org/dataoecd/24/17/2956428.pdf.
[335] Idem.

4. Plaats van de SE in de Nederlandse belastingwet

4.1 Vennootschapsbelasting

Varianten statutaire zetel en feitelijke vestigingsplaats
Voor wat betreft de Wet Vpb '69 kan een onderscheid worden gemaakt tussen de volgende categorieën:

a) SE met binnenlandse statutaire zetel vanaf de oprichting[336];
b) SE met naar Nederland verplaatste statutaire zetel en binnenlandse feitelijke vestigingsplaats;
c) SE met naar Nederland verplaatste statutaire zetel en buitenlandse feitelijke vestigingsplaats;
d) SE met buitenlandse statutaire zetel en binnenlandse feitelijke vestigingsplaats[337];
e) SE met buitenlandse statutaire zetel en buitenlandse feitelijke vestigingsplaats[338].

In de gevallen (a), (b) en (d) is de SE binnenlands belastingplichtig; in de gevallen (c) en (e) is sprake van buitenlandse belastingplicht[339] indien de SE binnenlands inkomen geniet. Situatie (c) wekt enige bevreemding, omdat de binnenlandse statutaire zetel van de SE ertoe zou moeten leiden dat de SE fiscaal wordt gelijkgesteld met een naar Nederlands recht opgerichte NV (die immers op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 altijd binnenlands belastingplichtig is). De formulering van de vestigingsplaatsfictie zoals die met het oog op de SE is gewijzigd, alsmede de daartoe door de wetgever aangedragen argumenten, laten echter geen andere conclusie toe dan dat de wetgever er vanuit gaat dat de SE in situatie (c) niet fiscaal in Nederland gevestigd is voor toepassing van de Wet Vpb '69[340]. Voor het overige is een duidelijk onderscheid aanwezig tussen binnenlands belastingplichtige SE's die wel statutair in Nederland gevestigd zijn – situatie (a) en (b) – en de binnenlands belastingplichtige SE die niet statutair in Nederland is gevestigd, situatie (d), althans, ervan uitgaande dat art. 10 SE-

---

336 In dat geval zal de oprichting van de SE, naast de toepasselijke bepalingen uit de verordening, mede zijn beheerst door Nederlands recht.

337 Met dien verstande dat de SE vanaf haar oprichting statutair in het buitenland is gevestigd, derhalve niet oorspronkelijk in Nederland is opgericht.

338 Idem.

339 Op grond van haar rechtspersoonlijkheid kan de buitenlandse belastingplicht van de SE worden gestoeld op art. 3, onderdeel a Wet Vpb '69.

340 Zie hieromtrent par. 3.2 hierboven. In het onderstaande volg ik – zij het *contre coeur* – dit kennelijke uitgangspunt van de wetgever dat de SE waarvan de oprichting niet "beheerst" werd door Nederlands recht, maar die inmiddels statutair in Nederland gevestigd is, niet onder de reikwijdte valt van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69.

VO – of, zo men wil, art. 9 SE-VO – ertoe dwingt de statutair in Nederland gevestigde SE gelijk te behandelen met een naar Nederlands recht opgerichte NV.

Invloed statutaire zetel op grondslag binnenlandse belastingplicht
Deze fiscaal gelijke behandeling van een statutair in Nederland gevestigde SE (situaties a en b) leidt ertoe dat de binnenlandse belastingplicht van een dergelijke SE stoelt op de vermelding van "naamloze vennootschappen" in art. 2, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb '69. De binnenlandse belastingplicht van een SE met buitenlandse statutaire zetel die op de voet van art. 4 AWR feitelijk in Nederland is gevestigd (situatie d), kan daarentegen niet op de fiscale gelijkstelling met de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap worden gestoeld. Dergelijke SE's moeten op grond van art. 10 SE-VO worden behandeld als een naamloze vennootschap uit de lidstaat van de statutaire zetel van de SE en kunnen uit dien hoofde worden gerangschikt onder de categorie "andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" van art. 2, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb '69. Bovendien, gelet op (i) het karakter van de SE als kapitaalvennootschap, (ii) haar rechtspersoonlijkheid en (iii) de beperkte aansprakelijkheid van haar aandeelhouders, acht ik het niet voor twijfel vatbaar dat de SE met buitenlandse statutaire zetel en binnenlandse feitelijke vestigingsplaats ook daadwerkelijk thuishoort in deze categorie.

Overige bepalingen Wet Vpb '69
Voor toepassing van de overige bepalingen van de Wet Vpb '69 is het onderscheid tussen SE's met binnenlandse statutaire zetel (en de daaraan gekoppelde gelijkstelling met binnenlandse NV's) en SE's met buitenlandse statutaire zetel slechts van belang indien de desbetreffende bepaling niet in het algemeen rept over "de belastingplichtige"[341], "lichaam"[342], of over "een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld"[343], maar specifiek de rechtsvorm van de naamloze vennootschap vermeldt, zoals het geval is in de artikelen 14c (geruisloze terugkeer), 15 (fiscale eenheid) en 28 Wet Vpb '69 (beleggingsinstelling). In laatstgenoemde gevallen kan de niet statutair in Nederland gevestigde SE, ook indien zij wel binnenlands belastingplichtig is, geen beroep doen op de fiscale gelijkstelling met de naar Nederlands recht opgerichte NV. Hieronder ga ik kort op deze drie voorbeelden in.

---

[341] Bijv. art. 13, tweede lid, aanhef Wet Vpb '69.
[342] Bijv. art. 8b wet Vpb '69.
[343] Bijv. art. 13, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb '69.

Geruisloze terugkeer. De geruisloze-terugkeerregeling van art. 14c Wet VPB 1969 is van toepassing op (naar Nederlands recht opgerichte[344]) naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met uitsluitend natuurlijke personen als aandeelhouder. De faciliteit staat ingevolge art. 14c, achtste lid Wet Vpb '69 ook open voor naar vreemd recht opgerichte vennootschappen. De statutair in Nederland gevestigde SE zal rechtstreeks een beroep kunnen doen op deze faciliteit, op dezelfde voet als een naar Nederlands recht opgerichte NV. Voor de statutair in het buitenland gevestigde SE ligt dit anders, ook indien op grond van een binnenlandse feitelijke vestigingsplaats wel sprake is van binnenlandse belastingplicht (situatie d). Een dergelijke SE heeft slechts toegang tot art. 14c Wet Vpb '69 op grond van het achtste lid van deze bepaling. Van de SE kan echter, als gevolg van haar hybride, deels Europeesrechtelijke en deels nationaalrechtelijke vennootschapsstatuut, niet zonder meer worden gezegd dat zij "is opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba, een lidstaat van de Europese Unie of een staat in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag (...) van toepassing is"[345]. Echter, op grond van art. 10 SE-VO moet de SE worden behandeld als een naamloze vennootschap van de lidstaat waarin zij statutair gevestigd is. Derhalve heeft de SE toegang tot deze faciliteit, ongeacht de vraag of van een SE kan worden gezegd dat zij is opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie.

Fiscale eenheid. Hetzelfde geldt voor art. 15 Wet Vpb '69. Indien de in art. 15, derde lid, onderdelen d en e Wet Vpb '69 genoemde "naamloze vennootschap", zoals naar aanleiding van HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191 en de tekst van deze bepalingen (waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen naar Nederlands recht en naar buitenlands recht opgerichte rechtsvormen) mag worden verondersteld, uitsluitend ziet op de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap, zal toepassing van art. 15 Wet Vpb '69 op een moeder-SE met statutaire zetel in Nederland gebaseerd kunnen worden op de in de verordening vastgelegde gelijkstelling van statutair in Nederland gevestigde SE's met locale NV's[346]. Voor wat betreft de SE met buitenlandse statutaire zetel en binnenlandse feitelijke leiding (situatie d) is relevant dat art. 15, derde lid onderdeel d Wet Vpb '69 uitdrukkelijk ook buitenlandse rechtsvormen toelaat tot de fiscale eenheid, mits de SE kan worden aangemerkt als een lichaam "dat is opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba, een lidstaat van de Europese Unie of een staat in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag (...) van toepas-

344 Analoge toepassing van HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191c* ligt aan deze opvatting ten grondslag.

345 Art. 14c, achtste lid, onderdeel a Wet Vpb '69.

346 Art. 9, eerste lid, onderdeel c, ten tweede en art. 10 van de verordening, alsmede preambule, vijfde overweging.

sing is (...)". Ook hier is op grond van het hybride vennootschapsstatuut van de SE weliswaar niet duidelijk of zij aan deze omschrijving voldoet, maar zal de gelijkstelling van de SE met een naamloze vennootschap ertoe leiden dat zij moet worden behandeld als een lichaam dat is opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie.

De opname van (een in Nederland gelegen vaste inrichting van) de SE als buitenlands belastingplichtige op basis van art. 15, vierde lid, Wet Vpb '69, zal doorgaans mogelijk zijn omdat de SE veelal zal voldoen aan de in art. 3 Besluit fiscale eenheid 2003 opgenomen criteria, aan de hand waarvan moet worden bepaald of een buitenlandse rechtsvorm "naar aard en inrichting vergelijkbaar"[347] is met een Nederlandse NV. Aan deze eisen zal doorgaans zijn voldaan, omdat de SE op grond van art. 10 SE-VO moet worden gelijkgesteld met een naamloze vennootschap uit haar vestigingsland. Voor de buitenlands belastingplichtige SE stelt art. 15 Wet Vpb '69 in het vierde lid overigens geen eisen aan het oprichtingsrecht, aangezien de criteria van art. 15, derde lid, onderdeel d en e Wet Vpb '69 mijns inziens niet gelden voor de buitenlands belastingplichtige die op de voet van het vierde lid deel wil uitmaken van de fiscale eenheid.[348]

Beleggingsinstelling. Alleen naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en fondsen voor gemene rekening kunnen het regime van art. 28 Wet Vpb '69 deelachtig worden. Wederom ervan uitgaand dat met "naamloze vennootschappen" in art. 28, tweede lid, eerste volzin Wet Vpb '69 uitsluitend de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschappen worden bedoeld, zal ook hier de fiscale gelijkschakeling van statutair in Nederland gevestigde SE's met naar Nederlands recht opgerichte NV's ertoe leiden dat voor de toepassing van deze bepaling de SE wordt aangemerkt als naamloze vennootschap in de zin van art. 28, tweede lid Wet Vpb '69.[349] Voor de statutair in het buitenland maar feitelijk in Nederland gevestigde binnenlands belastingplichtige SE is strikt genomen een beroep op art. 28 Wet Vpb '69 niet mogelijk. Dit is slechts een bezwaar in de zeldzame situatie dat de binnenlandse feitelijke vestigingsplaats voor de SE geen schending inhoudt van het voorschrift van art. 7 SE-VO op grond waarvan het hoofdbestuur en de statutaire zetel zich in dezelfde lidstaat moeten bevinden.[350]

---

347 Zie art. 15, vierde lid, onderdeel b, slot Wet VPB 1969 juncto art. 3 Besluit Fiscale eenheid 2003.

348 Zie voor een nadere uiteenzetting het verslag van mijn bijdrage aan de fiscale conferentie 'Herziening regime fiscale eenheid', Weekblad voor Fiscaal Recht 2003/6520, blz. 424.

349 Zie ook de nota naar aanleiding van het verslag, TK 2003-2004, 29 035, nr. 6, blz. 3.

350 Op grond van art. 10 SE-VO in combinatie met de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 20 oktober 1995, V-N 1995, blz. 3876, lijkt overigens art. 28 Wet Vpb '69 wel te kunnen worden toegepast. In deze brief keurt de staatssecretaris goed dat een naar Antilliaans recht opgerichte NV, mits deze feitelijk in Nederland is gevestigd, in aanmerking komt voor de toepassing van art. 28 Wet Vpb '69.

4.2 *Dividendbelasting*

Vestigingsplaats

De positie van de SE in de dividendbelasting verschilt niet wezenlijk van die in de vennootschapsbelasting. De SE is alleen aan dividendbelasting onderworpen indien zij in Nederland is gevestigd. De vestigingsplaatsfictie van art. 1, derde lid, Wet Div.bel. '65 is met het oog op de SE op exact dezelfde wijze uitgebreid als de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69[351]. In dit verband heeft de wetgever overigens specifiek aangegeven dat de vestigingsplaatsfictie van belang is omdat de Wet Div. bel. 1965 – anders dan de Wet Vpb '69 – géén eindafrekeningsbepaling kent (zie nader onderdeel 6.1).[352] Vanwege de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie is voor de heffing van dividendbelasting de SE in Nederland gevestigd in de volgende gevallen:

- SE met binnenlandse statutaire zetel vanaf de oprichting[353] (situatie (a) hierboven);
- SE met naar Nederland verplaatste statutaire zetel en binnenlandse feitelijke vestigingsplaats (situatie (b) hierboven);
- SE met buitenlandse statutaire zetel en binnenlandse feitelijke vestigingsplaats (situatie (d) hierboven).

Niet aan de Nederlandse dividendbelasting zijn onderworpen:

- de SE met naar Nederland verplaatste statutaire zetel en buitenlandse feitelijke vestigingsplaats[354] (situatie (c) hierboven); en
- de SE met buitenlandse statutaire zetel en buitenlandse feitelijke vestigingsplaats[355] (situatie (e) hierboven).

Inhoudingsplicht

Dividendbelasting wordt ingevolge art. 1, eerste lid, Wet Div.bel. '65, onder andere, geheven van "degenen, die (...) gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in (...) in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen (...) en andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld". Evenals in het kader van subjectieve belastingplicht voor de heffing van vennootschapsbelasting, doet zich hier de vraag voor of de SE

---

351 Artikel VIII, onderdeel A van de Wet van 18 december 2003 tot wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), Stbl. 2003, nr. 527.

352 Nota naar aanleiding van het verslag, EK 2003-2004, 29 035, C, blz. 1.

353 In dat geval zal de oprichting van de SE, naast de toepasselijke bepalingen uit de verordening, mede zijn beheerst door Nederlands recht.

354 Met dien verstande dat de SE vanaf haar oprichting statutair in het buitenland is gevestigd, derhalve niet oorspronkelijk in Nederland is opgericht.

355 Met dien verstande dat de SE vanaf haar oprichting statutair in het buitenland is gevestigd, derhalve niet oorspronkelijk in Nederland is opgericht.

is te beschouwen als een "naamloze vennootschap" dan wel als een "andere vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld". Omdat het hier een andere heffingswet betreft dan de wet op de vennootschapsbelasting, kan de overweging van HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191 dat met "naamloze vennootschap" in art. 2, eerste lid, onderdeel a Wet Vpb '69 is bedoeld de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap, niet zonder meer worden losgelaten op de dividendbelasting. Gelet op de identieke formulering van art. 2, eerste lid, Wet Vpb '69 en art. 1, eerste lid Wet Div.bel. '65, met name omdat in deze laatste bepaling eveneens de categorie "andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal" is opgenomen, acht ik het overigens aannemelijk dat HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/191 op dit punt ook geldt voor de heffing van dividendbelasting. In dat geval zal via de omweg van de in de verordening voorgeschreven gelijkstelling van een statutair in Nederland gevestigde SE (situaties (a) en (b)) met een naar Nederlands recht opgerichte NV een dergelijke SE ook onder deze term moeten worden begrepen. Indien daarentegen onder "naamloze vennootschap" in art. 1, eerste lid Wet Div.bel. 1965 ook de naar vreemd recht opgerichte naamloze vennootschap kan worden begrepen, valt de SE rechtstreeks onder deze generieke term, nu de SE in de verordening wordt bestempeld als een naamloze vennootschap en ook overigens vergelijkbaar is met de Nederlandse NV.
De statutair in het buitenland gevestigde SE met binnenlandse feitelijke vestigingsplaats kan niet op grond van de verordening worden gelijkgesteld met een naar Nederlands recht opgerichte NV; de inhoudingsplicht van de SE in deze situatie (situatie (d) hierboven) kan worden gebaseerd op de vermelding van "andere vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" in art. 1, eerste lid Wet Div.bel. '65.

Vaststelling erkend kapitaal
De vraag of een SE als "naamloze vennootschap" kan worden aangemerkt, is voor het overige slechts relevant voor art. 13 Wet Div.bel. 1965 (op verzoek vaststelling door inspecteur van erkend gemiddeld gestort kapitaal). Deze bepaling ziet op het gestorte kapitaal van "een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een naamloze vennootschap". De categorie "andere kapitaalvennootschappen" wordt hier niet genoemd. Voor de statutair in Nederland gevestigde SE vormt dit geen bezwaar, gelet op de fiscale gelijkstelling van een statutair in Nederland gevestigde SE met een naar Nederlands recht opgerichte NV, op grond van art. 10 SE-VO, of, zo men wil, art. 9 SE-VO. Ook ter zake van een SE met statutaire zetel in Nederland zal derhalve kunnen worden verzocht om vaststelling van het fiscaal erkende kapitaal. Voor de feitelijk in Nederland gevestigde SE met buitenlandse statutaire zetel zal echter in alle scherpte de vraag aan de orde komen of met hier met "naamloze vennootschap" uitsluitend de naar Nederlands recht

opgerichte NV is bedoeld of naamloze vennootschappen in het algemeen. De positie van de SE verschilt in deze situatie overigens niet wezenlijk ten opzichte van de situatie van bij voorbeeld een Britse Plc. die feitelijk in Nederland is gevestigd.

4.3 Inkomstenbelasting

De limitatieve opsomming van de oprichtingsvarianten in art. 2 van de Verordening maakt het onmogelijk dat een natuurlijk persoon naar de notaris stapt om een SE op te richten. Wel kan een natuurlijk persoon aandelen in de SE verkrijgen, bij voorbeeld ingeval van oprichting van een SE door fusie of ingeval van oprichting van een holding-SE. Voorts verzet niets zich ertegen de aandelen van een SE na haar oprichting over te dragen aan een natuurlijk persoon, ook niet indien deze daarmee alle aandelen in de SE verwerft.
Het aandeelhouderschap van een SE roept voor de inkomstenbelasting geen bijzondere problemen op. Voor een aandeelhouder maakt het in beginsel niet uit of hij aandelen bezit in een SE of in een naamloze vennootschap (al dan niet opgericht naar Nederlands recht). Drie aspecten vragen echter om bijzondere aandacht.

Fiscale gelijkstelling SE met NV
Geldt de fiscale gelijkstelling tussen SE's en locale naamloze vennootschappen op grond van art. 10 SE-VO ook voor de aandeelhouders van de SE? Met andere woorden, dient een aandeelhouder van een SE met statutaire zetel in Nederland te worden behandeld als een aandeelhouder van een naar Nederlands recht opgerichte NV, c.q. dient een aandeelhouder van een SE met statutaire zetel in een andere lidstaat te worden behandeld als een aandeelhouder van een naamloze vennootschap uit die lidstaat? Art. 10 SE-VO bevat slechts een voorschrift voor een behandeling van de SE zelf. Echter, indien het lidstaten vrij zou staan de aandeelhouder van een SE te discrimineren ten opzichte van de aandeelhouder van een naamloze vennootschap, zou dit indirect neerkomen op een nadeliger behandeling van de SE. Ik acht het verdedigbaar dat het non-discriminatievoorschrift van art. 10 SE-VO zich ook uitstrekt tot de (fiscale) behandeling van de aandeelhouders van de SE.

Vestigingsplaatsfictie art. 4.35
Het aanmerkelijk-belangregime zal gewoon van toepassing zijn op natuurlijke personen met een kwalificerend belang in een SE, omdat de SE kan worden aangemerkt als "een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld", als bedoeld in art. 4.6 Wet IB '01. In dit verband zij gewezen op de aanpassing van de vestigingsplaatsfictie van art.

4.35 Wet IB '01, welke fictie in de wet is opgenomen ten behoeve van de passantenregeling van art. 4.18 Wet IB '01[356]. De passantenregeling maakt een uitzondering op de emigratieheffing voor winst uit aanmerkelijk belang indien de emigrerende aandeelhouder slechts een bepaalde periode in Nederland heeft gewoond en bovendien het aandelenbezit betrekking heeft op een niet in Nederland gevestigde vennootschap. Art. 4.35 IB '01 bepaalt met het oog hierop dat een naar Nederlands recht opgericht lichaam steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Met andere woorden, iemand die tijdelijk in Nederland heeft gewoond en weer uit Nederland vertrekt kan geen gebruik maken van art. 4.18 Wet IB '01 indien hij aandelen bezit in een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, ook niet indien die vennootschap feitelijk in een ander land is gevestigd. Art. 4.35 Wet IB '01 is met het oog op de SE op exact dezelfde wijze aangepast als het geval is bij de hierboven behandelde vestigingsplaatsficties uit de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting ("Een Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht"). De hierboven in paragraaf 3.2 geuite kritiek op de tekst van de aanpassing van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 geldt ook voor de aanpassing van art. 4.35 Wet IB '01. Een verschil met de vestigingsplaatsficties uit de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting betreft echter de hierboven besproken mogelijkheid dat de fiscale gelijkstelling van art. 10 SE-VO wellicht niet geldt voor de behandeling van de aandeelhouder van de SE, met als gevolg dat zonder wijziging van art. 4.35 IB '01 het wellicht niet duidelijk zou zijn geweest of ook een SE met statutaire zetel in Nederland op grond van deze bepaling voor toepassing van art. 4.18 IB '01 geacht zou worden in Nederland te zijn gevestigd. Blijft echter de kritiek dat van de SE niet kan worden gezegd – zoals de wet nu impliceert – dat haar oprichting wordt beheerst door Nederlands recht, alsmede het punt dat het beter zou zijn geweest om in de fictie aan te knopen bij de binnenlandse statutaire zetel van de SE dan bij haar oprichting.[357] Ik zie in de historische oprichting van de SE in Nederland geen rechtvaardiging om de passantenregeling van art. 4.18 IB '01 te onthouden aan degene die aandelen bezit in een SE die, na haar oprichting in Nederland, haar statutaire zetel en feitelijke leiding naar een andere lidstaat heeft verplaatst.

---

[356] Artikel I, onderdeel O van de Wet van 18 december 2003 tot wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), Stbl. 2003, nr. 527.

[357] Voor een verdere uitwerking van deze kritiek zij verwezen naar paragraaf 3.2 hierboven.

Fictieve vervreemding aanmerkelijk belang bij zetelverplaatsing
Art. 7.5, zevende lid, Wet IB '01 fingeert een vervreemding van de aandelen van een buitenlands belastingplichtige aanmerkelijk-belanghouder, indien de vennootschap haar werkelijke leiding vanuit Nederland naar een ander land verplaatst. Met andere woorden, de buitenlands belastingplichtige aanmerkelijk-belanghouder wordt belast voor inkomen uit aanmerkelijk belang indien de vennootschap haar werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst (met als gevolg dat de buitenlandse belastingplicht voor inkomen uit aanmerkelijk belang eindigt). Het voorstel voor aanpassing van de Europese fiscale fusierichtlijn[358] bevat een regeling op grond waarvan deze heffing niet is toegestaan. In de paragrafen 5 en 8 zal nader op deze wijziging van de fiscale fusierichtlijn worden ingegaan.

5. SE en Europese fiscale richtlijnen

5.1 Moeder-dochter richtlijn

Op grond van de Europese fiscale Moeder-dochter richtlijn[359] dienen winstuitkeringen van Europese dochtermaatschappijen aan hun Europese moedervennootschappen te worden vrijgesteld van dividendbelasting en dient de lidstaat van de moedermaatschappij ofwel af te zien van belastingheffing over deze winstuitkeringen bij de moedermaatschappij, ofwel verrekening te verlenen voor de onderliggende winstbelasting bij de dochtermaatschappij. De richtlijn is in de Nederlandse belastingwet geïmplementeerd in art. 13g Wet Vpb '69 voor wat betreft de moedermaatschappij en in art. 4a en 4b Wet Div.bel. '65 voor wat betreft de dochtermaatschappij[360].
Ingevolge art. 2, onderdeel a van de richtlijn is deze slechts van toepassing op vennootschappen die een van de in de bijlage bij de richtlijn genoemde rechtsvormen hebben. Conform deze eis verlangen ook de artikelen 13g Wet Vpb '69 en 4a Wet Div.bel. '65 expliciet dat de belastingplichtige "één van de in de bijlage bij de richtlijn opgenomen rechtsvormen" heeft (art. 13g, eerste lid, ten eerste Wet Vpb '69 en art. 4a, eerste lid, ten eerste Wet Div.bel. '65). Inmiddels is de SE in deze bijlage vermeld. Het is echter goed mogelijk dat de fiscale gelijkstelling van de statutair in Nederland gevestigde SE met de naar Nederlands recht opgerichte NV (deze wordt in de bijlage ook genoemd) op grond van (art. 9 en) art. 10 SE-VO ertoe leidt dat art. 13g Wet Vpb '69 en art. 4a Wet Div.bel. '65 van toepassing zijn op de SE, ook al zou

358 Proposal for a Council Directive (...) 17.10.2003, COM (2003), 613 Final, 2003/039 (CNS).
359 Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lidstaten, nr. 90/435/EEG, PbEG 1990, L 225. In werking getreden per 1 januari 1992.
360 Voorts zij voor een enkel specifiek geval nog gewezen op art. 4, derde lid AWR.

deze rechtsvorm niet uitdrukkelijk in de bijlage bij de richtlijn zijn opgenomen.
De Europese Commissie achtte kennelijk expliciete vermelding van de SE in de bijlage van de richtlijn nodig, want zij heeft op 29 juni 2003 een voorstel gepubliceerd voor aanpassing van de Moeder-dochter richtlijn[361], waaronder de uitbreiding van de lijst van kwalificerende vennootschappen met onder andere de SE. Opvallend is dat de SE afzonderlijk staat vermeld – derhalve niet telkens als rechtsvorm van de lidstaten – en wel als zesentwintigste categorie "z" (na de vijftien huidige lidstaten en de tien gereserveerde letters voor de per 1 mei 2004 nieuw toetredende lidstaten): *"De vennootschappen opgericht overeenkomstig Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) en 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 werknemers ".*
De uitbreiding van de bijlage bij de richtlijn met de SE wordt in de toelichting[362] gepresenteerd als noodzakelijk om de SE onder reikwijdte van de richtlijn te brengen:

"14. Zoals eerder al werd vermeld, werd onlangs het statuut van de SE vastgesteld. De werkingssfeer van de richtlijn zou zich moeten uitstrekken tot de ondernemingen die in de toekomst onder deze nieuwe rechtsvorm zullen opereren. De SE is daarom een van de rechtsvormen waarvan wordt voorgesteld dat hij wordt toegevoegd aan de lijst van vennootschappen die onder de richtlijn vallen."

Deze noodzaak tot uitbreiding van de bijlage is ook tot uitdrukking gebracht in de preambule, nr. 5, van de voorgestelde aanpassingsrichtlijn:

"Aangezien de Europese vennootschap (...) een naamloze vennootschap is, vergelijkbaar met andere rechtsvormen die al onder onder Richtlijn 90/435/EEG vallen, moet ook de SE aan de lijst in de bijlage bij Richtlijn 90/435/EEG worden toegevoegd."

---

[361] Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Brussel, 29.07.2003, COM(2003), 462 definitief.

[362] Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Brussel, 29.07.2003, COM(2003), 462 definitief, Toelichting, 1. Inleiding, punt 14.

Deze benadering sluit aan bij hetgeen Eurocommissaris Bolkestein eerder hieromtrent heeft opgemerkt[363]:

"The first thing to do now is to make sure that the creation of the European Company by businesses as from 8 October 2004 will not be hampered by tax problems. For this purposes it is essential that the SE will in future fall under the scope of the Tax Merger Directive. My Services are currently preparing a proposal for an amendment of this Directive. The European Company should of course be included in its scope so that businesses will be able to set up a European Company in a tax neutral way, without inappropriate taxation of capital gains. Similarly, the scope of the other tax directives and notably of the parent/subsidiary directive will have to be extended so as to include the SE".

Ditzelfde standpunt is gevolgd bij de voorgestelde uitbreiding van de bijlage bij de (hieronder in 5.2 behandelde) fiscale Fusierichtlijn[364]:

"Zoals al eerder werd vermeld, werden onlangs de statuten van de SE en de SCE vastgesteld. Willen zij een succes worden, dan moeten onder andere de voordelen van de fusierichtlijn op deze vennootschappen van toepassing zijn. De bijlage bij de richtlijn moet derhalve de bedrijven omvatten die in de toekomst onder deze nieuwe rechtsvormen zullen worden gevoerd. Daarom behoren de SE en de SCE tot de rechtsvormen die worden toegevoegd aan de lijst van vennootschappen die onder de richtlijn vallen."

Ook hier is deze noodzaak tot uitbreiding van de bijlage tot uitdrukking gebracht in de preambule (nr. 9) van de voorgestelde aanpassingsrichtlijn:

"Aangezien de SE een naamloze vennootschap is, en aangezien de SCE een coöperatieve vennootschap is, en beide vergelijkbaar zijn met andere rechtsvormen die al onder Richtlijn 90/434/EEG vallen, moeten de SE en de SCE worden toegevoegd aan de lijst in de bijlage bij Richtlijn 90/434/EEG".

Echter, bij het recentelijk gepubliceerde voorstel tot aanpassing van de Rente-royalty richtlijn, gooit de Europese Commissie het over een geheel andere boeg[365]:

---

363 Citaat uit een lezing van Bolkestein op 29 november 2002 in Leiden, ontleend aan Survey on the Societas Europaea, IBFD, September 2003, blz. 5.

364 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, Brussel, 17.10.2003, COM (2003) 613 definitief, Toelichting, 1. Inleiding, punt. 20.

"Furthermore, the Statute of the European Company (...) will enter into force on 8 October 2004 (...). While there are no provisions in the Statute of the European Company directed specifically at taxation, nevertheless, the instrument does require the SE to be subject to the provisions of Member States' law which would apply to a public-limited company formed in accordance with the law of the Member State in which the SE has its registered office.[366] *Such public-limited companies in the 15 Member States, which are listed in the annex to the SE statute, are also included in the list of companies annexed to the Interest and Royalty Directive. So, in practice, the SE already enjoys the benefits of the Interest and Royalty Directive because the Member State where it has its registered office is obliged to grant the same benefits as apply to the respective national type of public-limited company. However, both for purposes of clarification and to underpin the importance that the Commission attaches to it, the Commission proposes that the SE be specifically mentioned in the list of companies annexed to the Interest and Royalty Directive*[367]*".*

Voorts is in de preambule (nr. 3) bij de aanpassingsrichtlijn zelf vermeld:

"The European Company (...) is a public-limited liability company of similar nature to other legal types of companies already covered by Directive 2003/49/EC. For clarification purposes, the SE should be added to the list in the Annex to Directive 2003/49/EC."

Kennelijk is sprake van voortschrijdend inzicht bij de Europese Commissie, nu zij tot de conclusie komt dat de SE ook zonder aanpassing van de bijlagen reeds onder de reikwijdte van de drie richtlijnen valt, op grond van haar fiscale gelijkstelling met de wel in de bijlagen opgenomen nationale naamloze vennootschappen.[368] Dit standpunt is eerder ook ingenomen door de Nederlandse wetgever (zie hieronder). Eveneens opvallend is dat de Europese Commissie als grondslag voor deze gelijke behandeling, conform

---

[365] Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/49/EEC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, Brussels, 30.12.2003, COM(2003) 841 final, Explanatory Memorandum, 1. Introduction, punt 5.

[366] De bij deze zin opgenomen voetnoot verwijst naar art. 9, eerste lid, onderdeel c, ten tweede SE-VO.

[367] De bij deze zin opgenomen voetnoot stelt – mijns inziens enigszins bezijden de waarheid – dat dezelfde benadering is gevolgd bij de uitbreiding van de bijlage bij de Moeder-dochter richtlijn en de Fusierichtlijn.

[368] Zoals uit het voorgaande kan worden opgemaakt ben ik inmiddels ook de mening toegedaan dat expliciete vermelding van de SE in de bijlagen bij de drie richtlijnen niet nodig is; nog andersluidend: J.W. Bellingwout en J.L. van de Streek, Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I), MBB 2003/11, blz. 345, rk.

het standpunt van de Nederlandse wetgever, verwijst naar art. 9, eerste lid, onderdeel c, ten tweede SE-VO en niet naar art. 10 SE-VO. Ook op dit punt vindt de Nederlandse wetgever derhalve de Europese Commissie aan zijn zijde[369].

De voorgestelde wijzigingen van de richtlijn zijn aangenomen op 22 december 2003[370] en moeten uiterlijk op 31 december 2004 zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten. Dit heeft het gevolg dat, indien lidstaten eerst op de uiterste datum van 31 december 2004 de voorgestelde aanpassingen hebben geïmplementeerd, SE's in de periode van 8 oktober tot en met 31 december 2004 naar de letter niet onder de Moeder-dochter richtlijn vallen. De staatssecretaris van Financiën heeft echter, in overeenstemming met het hierboven aangehaalde standpunt van de Europese Commissie, aangegeven dat de gelijkstelling van de SE met de naamloze vennootschap van het land waar zich haar statutaire zetel bevindt, in zijn optiek ertoe leidt dat de SE met statutaire zetel in Nederland of in een andere lidstaat een beroep kan doen op de artikelen 13g Wet Vpb '69 en art. 4a Wet Div.bel. '65, aangezien alle NV-rechtsvormen van de lidstaten reeds in de bijlage bij de richtlijn zijn opgenomen[371]. De aanpassing van de bijlage van de richtlijn is zijns inziens slechts een verduidelijking, zonder enig rechtsgevolg.

5.2 Fusierichtlijn

De Europese fiscale Fusierichtlijn[372] bevat voorschriften omtrent een fiscale faciliteit voor de grensoverschrijdende juridische fusie, splitsing, inbreng van activa (bedrijfsfusies) en aandelenruil. Gegeven de veronderstelde onmogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische fusie of splitsing waarbij een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap is betrokken, is deze richtlijn voor Nederland tot nog toe vooral relevant voor wat betreft de grensoverschrijdende bedrijfsfusie en aandelenruil. De komst van de SE zal dit ingrijpend veranderen, nu de verordening in art. 2, eerste lid SE-VO, in het kader van de oprichting van een SE, voor het eerst een grensoverschrijdende fusie van een naar Nederlandse recht opgerichte naamloze vennootschap mogelijk maakt. Hieronder in par. 6 zal nader op de fiscale aspecten

369 Ik ben echter zo vrij vooralsnog te volharden in mijn kritiek op deze benadering, zoals uiteengezet in par. 2.2. en 2.3 hierboven.

370 Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003 amending Directive 90/435 EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, PbEG 13.1.2004, L 7/41.

371 TK 2003-2004, 29 035, nr. 6 (NnavV), blz. 4.

372 Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten.

van de oprichting door middel van grensoverschrijdende fusie worden ingegaan.
Recentelijk heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend tot aanpassing van de Fusierichtlijn[373]. De aanpassing betreft een groot aantal onderdelen van de richtlijn, waarvan er twee betrekking hebben op de SE. De ene aanpassing betreft de uitbreiding van de rechtsvormen vermeld in de bijlage met de SE. Net als bij de Moeder-dochter richtlijn bepaalt de Fusierichtlijn in art. 3 dat de richtlijn slechts geldt voor vennootschappen met een van de rechtsvormen genoemd in de bij de richtlijn opgenomen bijlage. Omtrent de ratio van deze aanpassing is hierboven in par. 5.1 reeds een en ander opgemerkt. De vermelding van de SE in de bijlage ziet op eenmaal opgerichte SE's die gebruik willen maken van de faciliteiten van de Fusierichtlijn zoals deze zijn geïmplementeerd in de belastingwetgeving van de lidstaten. Een SE met Nederlandse statutaire zetel kan bij voorbeeld niet alleen betrokken raken bij een grensoverschrijdende bedrijfsfusie of aandelenruil, maar ook bij de oprichting van een andere SE door middel van een grensoverschrijdende juridische fusie op de voet van art. 2, eerste lid jo. art. 3 SE-VO. De voorgestelde uitbreiding van de bijlage bij de Fusierichtlijn met de SE geschiedt op dezelfde wijze als de uitbreiding van de bijlage bij de Moeder-dochter richtlijn (zie par. 5.1).
De tweede aanpassing van de Fusierichtlijn met het oog op de SE betreft de fiscale behandeling van de zetelverplaatsing van de SE. Daartoe is een nieuwe titel in de Fusierichtlijn opgenomen, titel IV bis. Deze nieuwe titel bevat drie nieuwe bepalingen: de artikelen 10 bis, 10 ter en 10 quater. De eerste twee bepalingen zien op de fiscale positie van de verplaatste SE zelf, de laatste bepaling ziet op de belastingheffing van de aandeelhouders van de SE in het kader van haar zetelverplaatsing. In par. 8 zal nader op deze aspecten worden ingegaan.
De aanpassingen van de Fusierichtlijn dienen volgens art. 2 van het aanpassingsvoorstel uiterlijk op 1 januari 2005 in de nationale wetgeving van de lidstaten te zijn geïmplementeerd. De toezegging van de staatssecretaris van Financiën dat – op grond van de fiscale gelijkstelling van de SE met een NV – reeds vanaf 8 oktober 2004 door een SE een beroep kan worden gedaan op de Nederlandse fiscale regelingen die voortvloeien uit de richtlijnen, geldt ook voor de Fusierichtlijn[374]. Uiteraard kan de SE niet voor 1 januari 2005 gebruik maken van de nieuwe titel IV bis ten aanzien van zetelverplaatsing

---

[373] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, Brussel, 17.10.2003, COM (2003) 613 definitief.
[374] TK 2003-2004, 29 035, nr. 6 (NnavV), blz. 3-4.

van de SE, omdat deze regeling pas vanaf die datum in de Nederlandse wet behoeft te zijn geïmplementeerd.

5.3 Rente-royalty richtlijn

De Europese fiscale Rente-royalty richtlijn dateert van 3 juni 2003; de Nederlandse implementatiewetgeving is in werking getreden met ingang van 1 januari 2004[375].
Art. 3, onderdeel a van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn slechts van toepassing is op vennootschappen waarvan de rechtsvorm is vermeld in de bij de richtlijn opgenomen bijlage. Op 30 december is een voorstel tot aanpassing van de Rente-royalty richtlijn gepubliceerd[376]. Een van de aanpassingen betreft de uitbreiding van de bijlage met de expliciete vermelding van de SE. Hierboven in par. 5.1 is daaromtrent al een en ander opgemerkt. Uit hetgeen daarbij naar voren is gekomen mag ervan worden uitgegaan dat de SE reeds met ingang van 8 oktober 2004 een beroep kan doen op de nationale bepalingen die uitvoering geven aan de richtlijn, ook al zou op die datum de voorgestelde aanpassing van de bijlage nog niet van kracht zijn.

6. Fiscale aspecten oprichting SE[377]

6.1 Oprichting door middel van juridische fusie

Vanuit fiscaal oogpunt is de oprichting door (grensoverschrijdende) fusie de meest interessante oprichtingsvariant, omdat grensoverschrijdende fusie tot nog toe niet mogelijk was. Een aantal vragen die een dergelijke fusie oproept is derhalve nieuw voor de fiscale praktijk in Nederland.

Fusie door overname en fusie door oprichting
De oprichting door middel van juridische fusie ex art. 2, eerste lid SE-VO, kent blijkens art. 17, tweede lid SE-VO twee varianten, de fusie door overneming en de fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap. In het eerste geval neemt de overnemende vennootschap de rechtsvorm aan van een SE, in het tweede geval gaan de betrokken vennootschappen teniet en gaat

375 Wet van 18 december 2003, Stbl. 2003, 529.
376 Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/49/EEC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, Brussels, 30.12.2003, COM(2003) 841 final.
377 Het IBFD heeft in opdracht van de Europese Commissie een uitgebreid onderzoek gedaan naar de fiscale gevolgen van oprichting en zetelverplaatsing van een SE in alle vijftien lidstaten van de EU: Survey on the Societas Europaea, IBFD, September 2003, te vinden op http://europa.eu.int.comm/taxation_customs/taxation/company_tax/developments.htm.

het vermogen van beide vennootschappen onder algemene titel over op een nieuw opgerichte SE. Deze oprichtingsvariant staat alleen open voor naamloze vennootschappen. Uitgaand van twee fuserende vennootschappen, dienen beide vennootschappen elk onder het recht van een andere lidstaat te ressorteren. (Het is derhalve mogelijk dat twee, ieder naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschappen, fiscaal gevestigd zijn in Nederland en een SE via juridische fusie oprichten). Ingeval van fusie door oprichting (art. 17, tweede lid, onderdeel b SE-VO) kan de nieuw opgerichte SE zich in een derde land bevinden; ingeval van fusie door overneming is niet geheel duidelijk of de overnemende vennootschap die de rechtsvorm aanneemt van een SE statutair in haar eigen lidstaat gevestigd moet blijven of dat de overnemende vennootschap ook de rechtsvorm kan aannemen van een in een derde lidstaat gevestigde SE. Gemakshalve ga ik ervan uit dat dit laatste niet mogelijk is.

Varianten

Nederland kan derhalve – op het niveau van de vennootschap – op de volgende wijze betrokken zijn bij de oprichting van een SE door middel van fusie:

a) de verdwijnende vennootschap is een Nederlandse NV, waarbij het vermogen van de NV onder algemene titel overgaat naar de overnemende vennootschap, gevestigd in een andere lidstaat ("land O"),
b) de verdwijnende vennootschap is een Nederlandse NV, waarbij het vermogen van de NV overgaat naar een nieuw opgerichte SE die statutair gevestigd is in land O of in een derde lidstaat (land D);
c) de verkrijgende vennootschap is een Nederlandse NV, waarbij de NV de rechtsvorm aanneemt van een statutair in Nederland gevestigde SE;
d) de verkrijgende vennootschap is een nieuw opgerichte SE die statutair in Nederland is gevestigd en de verdwijnende vennootschappen zijn niet fiscaal in Nederland gevestigd (Nederland = land D);
e) in Nederland bevindt zich een vaste inrichting van een van de bij de fusie betrokken vennootschappen.

Fusierichtlijn

Deze varianten van oprichting op grond van art. 2, eerste lid SE-VO vallen in beginsel[378] onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn. Art. 2, eerste lid, onderdeel a Fusierichtlijn bevat een definitie van "fusie", welke definitie zowel ziet op de fusie door overneming als op de fusie door oprichting. De

[378] Ik abstraheer van de situatie dat het hoofdbestuur van de oprichter zich buiten de EU bevindt (art. 2 lid 5 SE-VO). Indien dit leidt tot verdragsinwonerschap van een derde land is de Fusierichtlijn niet van toepassing (art. 3, onderdeel b Fusierichtlijn).

Fusierichtlijn vermeldt nog als aparte categorie de fusie waarbij de dochter opgaat in de moeder, op welke wijze ook een SE kan worden opgericht (fusie door overneming, art. 17, tweede lid, onderdeel a jo. art. 31 SE-VO)[379].

Fiscale gevolgen verdwijnende vennootschap (varianten a en b)
Art. 14b Wet Vpb '69 regelt de fiscale gevolgen van fusie voor de betrokken vennootschap(pen) in de vennootschapsbelasting. Art. 14b Wet Vpb '69 is tevens een van de bepalingen in de Nederlandse belastingwet die uitvoering geeft aan de Fusierichtlijn. Indien de verdwijnende vennootschap een binnenlands belastingplichtige NV is, wordt zij op de voet van art. 14b, eerste lid Wet Vpb '69 geacht haar gehele vermogen te hebben vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer. Deze bepaling fingeert derhalve een overdracht van de onderneming van de verdwijnende vennootschap. Dit betekent dat zij in beginsel moet afrekenen over eventuele (nog niet geactiveerde) goodwill en alle stille en open fiscale reserves. De facto fungeert deze heffing voor de verdwijnende vennootschap derhalve als een "exit tax". Het tweede lid van art. 14b Wet Vpb '69 biedt de verdwijnende vennootschap de mogelijkheid om de goodwill, stille en open reserves zonder belastingheffing door te schuiven naar de overnemer, indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Een van die voorwaarden is dat de latere heffing is verzekerd. Nu de overnemende vennootschap niet in Nederland is gevestigd, leidt doorschuiven van de boekwaarden (en daarmee van de vennootschapsbelastingclaim) mogelijkerwijs tot claimverlies voor de Nederlandse fiscus. Derhalve is niet voldaan aan de eis dat latere heffing is verzekerd.
Op grond van het derde lid van art. 14b Wet Vpb '69 kan de inspecteur toch de doorschuiffaciliteit toekennen op door hem te stellen nadere voorwaarden. In het Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M, V-N 2001/8.3, is een voorwaarde opgenomen die specifiek ziet op de situatie dat de overnemer in het buitenland is gevestigd. Ondanks de onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fusie van een Nederlandse NV naar huidig recht, kan deze situatie zich nu reeds voordoen indien bij voorbeeld een naar vreemd recht opgerichte vennootschap die in Nederland belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting (als binnenlands of als buitenlands belastingplichtige), naar vreemd recht fuseert met een in het buitenland gevestigde overnemende vennootschap. Voorwaarde 6 van dit Besluit bepaalt:

379 Zie voor een uitgebreide beschouwing over de Fusierichtlijn, zij het vanuit het perspectief van de inbreng van activa en passiva: E. van den Brande-Boomsluiter, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, hoofdstuk 3, Fiscale Monografieën nr. 110, Kluwer-Deventer 2003.

"Voor zover tot de overgedragen onderneming vermogensbestanddelen behoren die na de overdracht niet meer aan de Nederlandse heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen, is de vrijstelling niet van toepassing op de overdrachtswinst die betrekking heeft op die vermogensbestanddelen."

De toelichting vermeldt dat zonder deze voorwaarde de latere heffing niet verzekerd is wanneer de overnemer de verkregen vermogensbestanddelen deels niet rekent tot een met behulp van een vaste inrichting in Nederland gedreven onderneming en dat daarom voorwaarde 6 bepaalt dat in een dergelijke geval de doorschuiffaciliteit van art. 14b, derde lid Wet Vpb '69 geen betrekking heeft op deze vermogensbestanddelen. Met andere woorden, de doorschuiffaciliteit kan slechts worden verkregen voor die activa en passiva die blijven behoren tot het vermogen van een binnenlandse onderneming over de resultaten waarvan Nederland bevoegd[380] blijft vennootschapsbelasting te heffen. Daarmee sluit deze regeling aan bij de Fusierichtlijn, die in art. 4 voorschrijft dat de fusie niet mag leiden tot belastingheffing over de meerwaarden van de overgedragen activa en passiva voor zover deze activa en passiva "metterdaad gaan behoren tot de vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap en bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag"[381]. Toepassing van de Fusierichtlijn vormt derhalve slechts een gedeeltelijke oplossing van het probleem dat de verdwijnende vennootschap moet afrekenen over fiscale reserves en voorzieningen, stille reserves en goodwill. De fiscaliteit vormt dus nog steeds een groot obstakel voor de oprichting van een SE door middel van fusie. In zijn algemeenheid kan echter niet worden gezegd dat deze obstakels altijd aan fusie in de weg zullen staan. De fiscale gevolgen van de fusie zullen van geval tot geval verschillen.

Verdwijnende vennootschap: verliescompensatie

Het Besluit staat toe, in samenhang met het Besluit van 19 december 2000, CPP2000/3148M, V-N 2001/8.5, dat fiscaal compensabele verliezen waarop de verdwijnende vennootschap ten tijde van de fusie recht heeft, overgaan op de (in Nederland achterblijvende vaste inrichting van de) overnemende vennootschap. Dit is in overeenstemming met art. 6 Fusierichtlijn. Vooralsnog is de overdracht van het recht op verliescompensatie niet beperkt tot de verlie-

---

[380] Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gezegd, mag er vanuit worden gegaan dat in deze voorwaarde tevens moet worden gelezen dat de overgedragen vermogensbestanddelen niet alleen aan de Nederlandse heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen, maar dat Nederland op grond van een eventueel toepasselijk belastingverdrag ook daadwerkelijk bevoegd blijft om die belastingheffing te effectueren.

[381] Dit citaat betreft de nieuw voorgestelde tekst van art. 4 Fusierichtlijn.

zen die afkomstig zijn uit de activiteiten die als gevolg van de fusie deel gaan uitmaken van de Nederlandse onderneming (vaste inrichting) van de overnemende vennootschap. Indien de buitenlandse overnemer reeds voor de fusie een vaste inrichting aanhield in Nederland, die als gevolg van de fusie wordt uitgebreid met de activiteiten en activa en passiva van de verdwijnende Nederlandse NV, zal op de voet van het Besluit winstsplitsing moeten plaatsvinden, hetgeen inhoudt dat de overgedragen verliezen slechts kunnen worden verrekend met winsten die afkomstig zijn uit activiteiten die afkomstig zijn van de opgeslorpte Nederlandse NV.

Verdwijnende vennootschap met vaste inrichting

Indien de naar Nederlands recht opgerichte, verdwijnende NV een vaste inrichting heeft in een andere lidstaat (in de lidstaat van de overnemer of in een derde lidstaat) moet die lidstaat op grond van art. 10 Fusierichtlijn[382] afzien van belastingheffing ter zake van het feit dat die vaste inrichting onder algemene titel overgaat naar de overnemende vennootschap. Art. 10, tweede lid Fusierichtlijn staat op grond van de letterlijke tekst in dit geval Nederland niet toe belasting te heffen over eventuele meerwaarden van die buitenlandse vaste inrichting[383], hetgeen voor sommigen wellicht een onbevredigend resultaat is, gelet op het feit dat de vaste inrichting als gevolg van de fusie voorgoed buiten het bereik van de Nederlandse belastingheffing valt. Uit een oogpunt van het wegnemen van fiscale obstakels van de grensoverschrijdende fusie is dit echter goed nieuws. Indien wel belastingheffing over het vaste-inrichtingsvermogen zou plaatsvinden, zou dit overigens in veel gevallen niet geëffectueerd kunnen worden op grond van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting. De situatie ligt overigens anders indien bewust, voorafgaand aan de fusie, een splitsing wordt aangebracht tussen enerzijds de activiteiten en het vermogen dat achterblijft in een binnenlandse vaste inrichting, en anderzijds de activiteiten en het vermogen dat mee-overgaat naar de buitenlandse onderneming van de buitenlandse overnemer. Indien dit laatste ondernemingsgedeelte voorafgaand aan de fusie wordt overgebracht naar een vaste inrichting van de verdwijnende vennootschap in het land van de overnemer, zou de hier aangehangen toepassing van art. 10 Fusierichtlijn leiden tot het gericht omzeilen van de eindafrekening die optreedt als gevolg van de fusie.

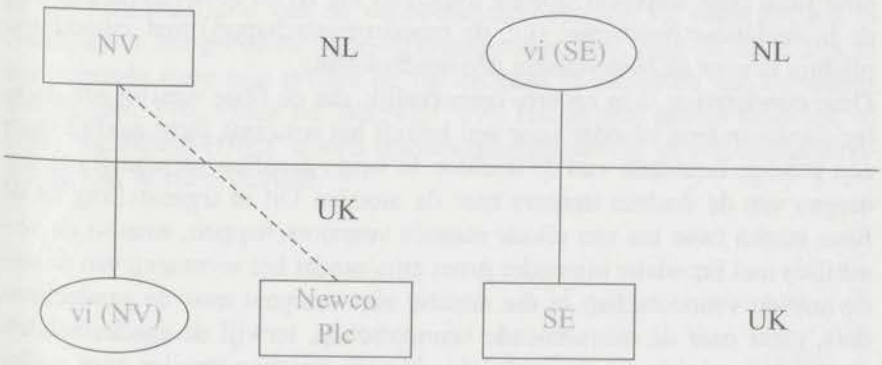
Art. 10 Fusierichtlijn staat Nederland wel toe, voor vaste-inrichtingsverliezen uit het verleden die nog niet zijn "ingehaald" op de voet van art. 35 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 2001, dit nog in te halen

382 Althans, op basis van de voorgestelde tekst van art. 10 eerste lid Fusierichtlijn.

383 Zie omtrent art. 10, tweede lid Fusierichtlijn: E. van den Brande-Boomsluiter, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, hoofdstuk 3, Fiscale Monografieën nr. 110, Kluwer-Deventer 2003, blz. 63-64.

bedrag ter zake van deze verliezen in een keer bij de winst op te tellen (art. 10, eerste lid Fusierichtlijn). Als ik het goed zie is een dergelijke "recapture" niet in de Nederlandse regelgeving voorzien; het Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M bepaalt in dit geval dat de overnemende vennootschap ter zake van de verplichtingen uit de inhaalregeling de plaats inneemt van de verdwijnende vennootschap (voorwaarde 2), maar daarbij had de besluitgever waarschijnlijk niet het oog op een buitenlandse overnemer. Dit betekent mijns inziens dat de "recapture" van de eerder afgetrokken vaste-inrichtingsverliezen voor Nederland slechts bestaat uit toepassing van de inhaalregeling op de met de overdracht van de buitenlandse vaste inrichting in het kader van de fusie gerealiseerde meerwaarden.

Tot slot is het wellicht aardig om te constateren dat de inbreng van een buitenlandse vaste inrichting in een locale vennootschap na 8 oktober 2004 niet meer hoeft te betekenen dat de vaste inrichting wordt ingebracht in een dochtervennootschap van het Nederlandse hoofdhuis. Immers, het Nederlandse hoofdhuis kan fuseren met een (bij voorbeeld nieuw opgerichte) overnemende vennootschap uit het land van de vaste inrichting, of met een vennootschap uit een derde land in het geval dat daarbij een SE wordt opgericht in het land van de vaste inrichting. De SE-verordening biedt zelfs de mogelijkheid om de positie hoofdhuis-vaste inrichting volledig om te draaien met behulp van een "downstream" moeder-dochter fusie: het vi-land wordt hoofdhuis (SE) en de Nederlandse activiteiten van het voormalige Nederlandse hoofdhuis worden een binnenlandse vaste inrichting van de SE, zoals onderstaande figuur laat zien.



Verdwijnende vennootschap fuseert met moedervennootschap
Indien de Nederlandse NV in het kader van de oprichting van een SE op de voet van art. 17, tweede lid, onderdeel a, jo. art. 31 SE-VO opgaat in haar buitenlandse moedermaatschappij (een "upstream merger"), komt de vraag op of de door art. 14b, eerste lid Wet Vpb '69 gestipuleerde overdracht van het vermogen van de Nederlandse dochter aan haar buitenlandse moeder naast de belastingheffing over de eventuele meerwaarden tevens moet worden aangemerkt als een dividenduitkering die onderworpen is aan de inhouding van dividendbelasting. Het antwoord luidt mijns inziens ontkennend. De wetgever heeft destijds ervoor gekozen de fusie als een vervreemding te behandelen, bij de verdwijnende vennootschap voor wat betreft haar vermogen en bij de aandeelhouders voor wat betreft hun aandelen in de verdwijnende vennootschap; het idee om de fusie als een liquidatie van de verdwijnende vennootschap te behandelen is destijds uitdrukkelijk verworpen. De fictie dat de aandeelhouder geacht wordt al zijn aandelen te hebben vervreemd is niet expliciet opgenomen in de dividendbelasting. In plaats daarvan heeft de wetgever volstaan met een regeling ter waarborging van de dividendbelastingclaim, namelijk het doorschuiven van het op de aandelen gestorte kapitaal van de verdwijnende naar de verkrijgende vennootschap (art. 3a Wet Div. bel. '65).[384] Voorts is slechts voor de overgang onder algemene titel in het kader van een splitsing die is gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting daarop in art. 3a, vierde lid Wet Div.bel. '65, een uitzondering gemaakt. Feit is dat bij een juridische fusie waarbij de dochtermaatschappij opgaat in haar moedermaatschappij claimbehoud niet kan worden bewerkstelligd door art. 3a Wet Div. bel. '65, aangezien bij deze juridische fusie geen aandelen worden uitgereikt en, zo dit al het geval zou zijn, de buitenlandse overnemer (i.c. de moedermaatschappij) niet inhoudingsplichtig is voor de Nederlandse dividendbelasting.
Deze constatering is in zoverre opmerkelijk, dat de fusie waarbij een dochter opgaat in haar moeder voor wat betreft het resultaat dicht aanligt tegen een gewone liquidatie van de dochter. In beide gevallen verschuift het vermogen van de dochter immers naar de moeder. Dit in tegenstelling tot de fusie tussen twee los van elkaar staande vennootschappen, waarbij de verschillen met liquidatie bijzonder groot zijn, omdat het vermogen van de verdwijnende vennootschap in die situatie niet overgaat naar de aandeelhouders, maar naar de overnemende vennootschap, terwijl de aandeelhouders slechts hun aandelen in de verdwijnende vennootschap inruilen voor aandelen in de overnemende vennootschap. Voor de heffing van dividendbelasting zal deze kwestie overigens van gering praktisch belang zijn, nu de meeste moeder-dochter verhoudingen zullen worden gedekt door de Moeder-doch-

384 Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1997-1998, 25 709, nr. 5, blz. 14-15, alsmede Verslag, TK 1997-1998, 25 709, nr. 4, blz. 5.

ter richtlijn, die immers (met ingang van 1 januari 2005) reeds vanaf een 20% belang de inhouding van dividendbelasting verbiedt[385]. De constatering dat bij de moeder-dochter fusie geen sprake is van een dividenduitkering is overigens wel van belang voor de heffing van surtax, de "strafheffing" van 20% additionele vennootschapsbelasting ter zake van "bovenmatige" dividenduitkeringen op de voet van art. IV B, Invoeringswet Wet IB '01, omdat voor de grondslag van deze heffing wordt aangesloten bij de grondslag voor de heffing van dividendbelasting.
Indien de fusie twee vennootschappen betreft die niet in een aandeelhoudersrelatie tot elkaar staan, geldt a fortiori dat de fiscale behandeling van de fusie als een vervreemding van de aandelen door de aandeelhouders tot gevolg heeft dat de verdwijnende vennootschap geen dividendbelasting verschuldigd is terzake van het beëindigen van haar inhoudingsplicht als gevolg van de fusie. De situatie is in zoverre vergelijkbaar met beëindiging van de inhoudingsplicht als gevolg van zetelverplaatsing. Ook in die situatie is immers geen dividendbelasting verschuldigd over de bestaande winstreserves, die voorgoed buiten het bereik vallen van de Nederlandse dividendbelasting. Een aardige vraag is nog wel of het tenietgaan van de dividendbelastingclaim op de winstreserves van de verdwijnende vennootschap invloed kan hebben op het al dan niet toekennen van de doorschuiffaciliteit van art. 14b, derde lid Wet Vpb '69. Immers, ook in het geval dat de verdwijnende vennootschap een binnenlandse vaste inrichting nalaat (gehouden door de SE), zal Nederland niet meer bevoegd zijn om over de bestaande winstreserves dividendbelasting te heffen indien deze na de fusie worden uitgekeerd door de in het buitenland gevestigde SE. Om gebruik te mogen maken van de doorschuiffaciliteit van de vennootschapsbelasting ter zake van het in Nederland achtergebleven vaste-inrichtingsvermogen, mag de fusie niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (art. 14b, vijfde lid Wet Vpb '69). Het is niet geheel duidelijk of onder "belastingheffing" alleen vennootschapsbelasting of ook dividendbelasting kan worden verstaan[386].

---

[385] Zie art. 1. van richtlijn 2003/123/EG van 22 december 2003, PbEG 13.1.2004, L7/41. Ingevolge deze bepaling daalt het deelnemingspercentage met ingang van 1 januari 2007 tot 15% en met ingang van 1 januari 2009 tot 10%.

[386] Zie voor een ruime opvatting van de anti-ontgaansbepaling in de Fusierichtlijn, die derhalve tendeert naar een bevestigende beantwoording van de hier opgeroepen vraag: E. van den Brande-Boomsluiter, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, Fiscale Monografieën nr. 110, Kluwer-Deventer 2003, blz. 75.

Fiscale gevolgen verkrijgende vennootschap (variant c)
Indien een binnenlands belastingplichtige NV als verkrijgende vennootschap optreedt in het kader van een fusie door overneming, zijn de fiscale gevolgen als volgt.
Vennootschapsbelasting. Het vermogen dat zij onder algemene titel ontvangt van de buitenlandse, verdwijnende vennootschap, zal zij voor de heffing van vennootschapsbelasting moeten waarderen op de waarde in het economisch verkeer indien deze vermogensbestanddelen voorafgaand aan de fusie niet onder het Nederlandse heffingsbereik vielen. Afhankelijk van de aard van de aldus verkregen activiteiten en vermogensbestanddelen kunnen deze voor de overnemer behoren tot zijn vaste-inrichtingsvermogen, danwel een vaste inrichting vormen in de lidstaat van de inbrengende vennootschap of in een derde land indien de inbrenger in dat land een vaste inrichting aanhield. Indien de inbrengende vennootschap reeds over een vaste inrichting in Nederland beschikte, zal ter zake van deze vaste inrichting de hierboven behandelde faciliteit van art. 14b, tweede of derde lid Wet Vpb '69 openstaan[387], met als gevolg dat de boekwaarden van deze vaste inrichting doorschuiven naar de binnenlands belastingplichtige, verkrijgende vennootschap. Een beroep op de zesde voorwaarde van het Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M is hier niet nodig, omdat de verkrijgende vennootschap in Nederland is gevestigd. Eventueel is wel winstsplitsing aan de orde indien compensabele verliezen van de verdwijnende vennootschap met betrekking tot een binnenlandse vaste inrichting worden overgenomen.
Kapitaalsbelasting. Ter zake van de verwerving van het vermogen van de inbrenger is de in Nederland gevestigde overnemer in beginsel kapitaalsbelasting verschuldigd. Deze belasting wordt geheven over de waarde in het economisch verkeer van het verkregen vermogen. Doorgaans zal de overnemer echter een beroep kunnen doen op de vrijstelling van art. 37, eerste lid, jo. het tweede lid, onderdeel b Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: WBR), omdat zij tegen uitreiking van eigen aandelen het gehele vermogen van de inbrenger verkrijgt. Dit is slechts anders indien de inbrenger niet in een van de lidstaten van de EU is gevestigd (art. 37, vijfde lid WBR). Deze situatie doet zich niet zo snel voor: indien de inbrenger "onder het recht van een andere lidstaat ressorteert" (de eis van art. 2, eerste lid SE-VO) zal doorgaans ook de statutaire zetel zich in die andere lidstaat bevinden. Op grond van paragraaf 8, lid 4, van de Toelichting kapitaalsbelasting[388] is daarmee voldaan aan de eis dat de inbrenger in een andere lidstaat gevestigd is; dat de inbrenger op de voet van art. 4 AWR wel buiten de EU is gevestigd doet derhalve niet ter zake. Door de overnemer is voorts geen kapitaalsbelasting verschuldigd indien de inbrenger een 100% dochtermaatschappij is van de

387 Zie voorts het nieuw voorgestelde art. 10, eerste lid, Fusierichtlijn.
388 Bijlage C bij Resolutie van 16 december 197, nr. B71/23037.

overnemer; het verkrijgen van het vermogen onder algemene titel kan in die situatie immers niet als een kapitaalstorting in de overnemende moeder worden beschouwd[389].

Dividendbelasting. De overnemende vennootschap zal in het kader van de fusie aandelen uitreiken aan de aandeelhouders van de buitenlandse, opgeslorpte vennootschap. Deze uitreiking van aandelen is niet onderworpen aan de heffing van dividendbelasting. De fusie heeft voor de dividendbelasting wel tot gevolg dat het fiscaal erkende, gestorte kapitaal bij de overnemende vennootschap wordt verhoogd als gevolg van de aandelenuitreiking die de tegenprestatie vormt voor de verkrijging van vermogen in het kader van de fusie[390]. Art. 3a, derde lid, Wet Div.bel. '65 bepaalt in dit verband echter dat slechts het op de aandelen van de verdwijnende vennootschap gestorte kapitaal mag worden toegevoegd aan het erkende, gestorte kapitaal van de in Nederland gevestigde overnemer. Omdat de verdwijnende vennootschap is opgericht naar vreemd recht en doorgaans ook fiscaal in een andere lidstaat gevestigd zal zijn, is het niet eenvoudig om te bepalen wat de hoogte is van het gestorte kapitaal van die vennootschap. Deze problematiek is echter niet nieuw omdat zij zich ook voordoet bij een aandelenruil, als gevolg van art. 3a, eerste lid Wet Div.bel. '65.

Deze regeling van art. 3a, derde lid, Wet Div.bel. '65 komt erop neer (evenals bij een aandelenruil waarbij aandelen in een buitenlandse vennootschap worden ingebracht) dat de winstreserves van de buitenlandse, verdwijnende vennootschap, voor de heffing van dividendbelasting ook bij de SE als winstreserves (of als "besmet kapitaal", indien deze waarden zijn geboekt als nominaal kapitaal of als agio) worden aangemerkt, met als gevolg dat uitkering van deze "winstreserves" (of terugbetaling van dit "besmette kapitaal") onderworpen is aan de Nederlandse dividendbelasting[391]. De Nederlandse "dividendbelastingclaim" neemt derhalve toe als gevolg van de

---

[389] Zie het Besluit van 9 december 2002, nr. CPP2002/1349M, vraag 4, waarin wordt bevestigd dat geen sprake is van het "bijeenbrengen van in aandelen verdeeld kapitaal" in de zin van art. 32 WBR.

[390] Echter dit is niet het geval indien de verdwijnende vennootschap een volle dochtermaatschappij is van de overnemer. In die situatie zal de meerwaarde die als gevolg van de fusie tot uitdrukking komt boven de boekwaarde van de deelneming in de verdwijnende dochtermaatschappij winst zijn voor de verkrijgende vennootschap die bij "dooruitdeling", uitgaand van een positief eigen vermogen van de SE, onderworpen zal zijn aan dividendbelasting.

[391] Een ongerijmd resultaat van de koppeling van de surtax van art. IV B Inv.Wet Wet IB '01 met de grondslag voor de dividendbelasting is dat wellicht ook nog 20% vennootschapsbelasting verschuldigd is bij uitkering van deze winstreserves voor 1 januari 2006. Het lijkt mij dat een aanpassing nodig is van het besluit van 20 december 2000, Stbl. 2000, nr. 640, waarin is bepaald dat de winstreserves van de verdwijnende vennootschap (stand per 31 december 2000 minus latere dividenduitkeringen) meetellen voor de met surtax beclaimde winstreserves van de overnemende vennootschap. Een uitzondering voor de situatie dat de verdwijnende vennootschap in het buitenland is gevestigd wordt niet gemaakt.

fusie. Op zich is dit in evenwicht met het feit dat de "dividendbelasting-claim" teniet gaat indien een in Nederland gevestigde vennootschap als verdwijnende vennootschap bij de oprichting van een (buitenlandse) SE betrokken is (varianten a en b hierboven). De toename van de "dividendbelasting-claim" contrasteert wel met het feit dat in geval van aandelenruil (bij voorbeeld oprichting van een holding-SE op de voet van art. 2, tweede lid SE-VO) wel de mogelijkheid bestaat om met een beroep op de opstapresolutie[392] de ingebrachte waarden (in dat geval niet in de vorm van activa en passiva maar in de vorm van aandelen), in afwijking van art. 3a, eerste lid Wet Div.bel. '65 aan te merken als een fiscaal erkende kapitaalstorting voor de dividendbelasting. Voor de dividendbelasting kan het derhalve gunstiger zijn te kiezen voor oprichting van een holding-SE op de voet van art. 2, tweede lid SE-VO, indien een dergelijke keuze tussen de twee oprichtingsvarianten aan de orde is.

Omzetting. Vennootschapsbelasting en kapitaalsbelasting. Tot slot is wellicht nog van belang dat de overnemende NV tegelijkertijd met de fusie door overneming de rechtsvorm aanneemt van een SE (art. 17, tweede lid, voorlaatste zin SE-VO). In feite is hier sprake van een omzetting van rechtswege. Nu de omzetting van een naamloze vennootschap op de voet van art. 2, vierde lid SE-VO (zoals in par. 7 hieronder zal worden behandeld) niet leidt tot heffing van vennootschapsbelasting, zal hetzelfde moeten gelden voor de onderhavige wijze van omzetting. Voor wat betreft de heffing van kapitaalsbelasting doet zich de vreemde situatie voor dat tegelijkertijd sprake is van een belastbaar feit ter zake van het verkrijgen van vermogen onder algemene titel en wellicht een belastbaar feit ter zake van de omzetting. Art. 34, onderdeel a, WBR, vermeldt omzetting als belastbaar feit, maar ziet slechts op omzettingen op de voet van art. 2:18 BW. Aangezien de omzetting van een NV in een SE niet plaatsvindt "op de voet van art. 2:18 BW" is deze omzetting geen belastbaar feit in de zin van art. 34, onderdeel a, WBR. Vervolgens moet worden beoordeeld of de omzetting van een NV in een SE een belastbaar feit is op grond van art. 32, eerste lid, WBR. Het is verdedigbaar dat de omzetting van een NV in een SE evenmin een belastbaar feit is op grond van art. 32, eerste lid, WBR.[393] Voor de beoordeling daarvan dient namelijk te worden teruggevallen op de civielrechtelijke kwalificatie, welnu er wordt geen kapitaal gestort en er worden geen aandelen uitgegeven, althans, niet voor wat betreft de omzetting van de overnemende NV als zodanig. In dit verband verwijs ik naar de aantekening van de redactie van V-N 2002/29.20 op de uitspraak van het HvJ EG van 16 mei 2002, nr. C-508/99 (Palais) waarin onder andere het volgende is opgemerkt:

---

392 Resolutie van 17 augustus 1989, nr. DB 89/4235, V-N 1989, blz. 2457.

393 Zie ook art. 4, derde lid, onderdeel a, van de richtlijn kapitaalsbelasting 69/335/EEG.

"Dat de rechtsvorm van de bij de omzetting betrokken entiteit voor de heffing van kapitaalsbelasting van cruciale betekenis is, blijkt ook bij lezing van de Nederlandse versie van de "omzetbepaling". Laatstgenoemde bepaling is opgenomen in art. 34, onderdeel a, Wet BRV. Die bepaling sluit aan bij art. 2:18 BW. Hoewel dit niet ondubbelzinnig blijkt uit de tekst van die bepaling, doelt zij blijkens de civiele literatuur op de omzetting van rechtsvormen als bedoeld in art. 2:3 BW. Gevolg daarvan is dat bepaalde "omzettingen" niet onder de reikwijdte van art. 34, onderdeel a, Wet BRV vallen. Te denken valt aan de "omzetting" van een Nederlandse open-CV (in de zin van art. 2, derde lid, AWR) in een Nederlandse BV of aan de omzetting van een feitelijk in Nederland gevestigde maar naar buitenlands recht opgerichte rechtsvorm, al dan niet met een in aandelen verdeeld kapitaal, in een feitelijk in Nederland gevestigde en naar hetzelfde rechtsstelsel opgerichte rechtsvorm, met een in aandelen verdeeld kapitaal. Dit betekent echter niet zonder meer dat die gevallen niet onderworpen zijn aan de heffing van kapitaalsbelasting. Immers, het niet kunnen toepassen van art. 34, onderdeel a, Wet BRV laat de werking van art. 32, eerste lid, Wet BRV onverlet. Beoordeeld dient te worden of die "omzettingen" niet kwalificeren als het bijeenbrengen van in aandelen verdeeld kapitaal. Daaronder dient, zo blijkt uit § 4 van de Toelichting op de kapitaalsbelasting, opgenomen in V-N 1972, blz. 555, te worden verstaan: het feitelijk bijeenbrengen van in aandelen verdeeld kapitaal. Of daarvan sprake is kan, met name in geval van de "omzetting" van een open-CV in een BV of van de ene feitelijk in Nederland gevestigde buitenlandse vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal in een andere zodanige rechtsvorm van hetzelfde rechtsstelsel, worden betwijfeld. Wat betreft de transformatie van de open-CV hangt dit mede af van de kwalificatie van een open-CV voor de heffing van kapitaalsbelasting. De fiscale literatuur is daarover verdeeld. Mogelijk dienen de geschetste "omzettingen" te worden geduid als de oprichting van een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal. Een verrichting die onder de werking van art. 32, eerste lid, Wet BRV valt. Of die zienswijze opgaat in geval van de "omzetting" van de ene feitelijk in Nederland gevestigde buitenlandse vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal in een andere zodanige rechtsvorm, zal afhangen van de wijze waarop die "omzetting" juridisch dient te worden geduid. Zou art. 32, eerste lid, Wet BRV toepassing vinden, dan betekent dit overigens nog niet dat in alle voormelde geschetste gevallen uiteindelijk kapitaalsbelasting wordt geheven. Op grond van art. 37, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV wordt namelijk de omzetting van een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal in een ander zodanig lichaam vrijgesteld. Opvallend is dat daarbij het begrip "omzetting" niet is gedefinieerd. Hoewel aansluiting bij art. 34, onderdeel a, Wet BRV en daarmee bij art. 2:18 BW voor de hand ligt, heeft de vrijstelling vermoedelijk een ruimer toepassingsbereik. In § 12, eerste lid, van de Toelichting op de Wet BRV (zie Besluit van 16 december 1971, nr. B71/23 037, RBR-6, opgenomen in bijlage 6 van de Vakstudie) wordt namelijk opgemerkt dat de vrijstelling ook zijn betekenis kan hebben bij omzetting van buitenlandse lichamen. Zou art. 32, eerste lid, Wet BRV geen toepassing vinden, hetgeen denkbaar is bij de transformatie van een feitelijk in Nederland gevestigde naar buitenlands recht opgerichte rechtsvorm zonder een in aandelen verdeeld kapitaal in een feitelijk in Nederland gevestigde naar buitenlands recht opgerichte rechtsvorm met een in aandelen verdeeld kapitaal, dan ontstaat een materiële discrepantie tussen de Wet BRV en art. 4, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn. Een (vermeende) discrepantie ten gunste overigens van de belastingplichtige."

Kan, in het geval dat de omzetting wèl moet worden aangemerkt als een belastbaar feit, de NV/SE ter zake van twee rechtsgevolgen die betrekking hebben op hetzelfde feit in beginsel (dat wil zeggen, afgezien van de vrijstellingen van art. 37 WBR) tweemaal belast worden? Ondanks het samen-

vallen van de fusie en de omzetting is het wellicht verdedigbaar deze rechtsmomenten uit elkaar te trekken en te stellen dat de verwerving van het vermogen van de verdwijnende vennootschap rechtstreeks aan de SE moet worden toegerekend (derhalve niet eerst aan de NV voordat deze wordt omgezet in een SE), zodat de grondslag van de heffing bij omzetting slechts het vóór de fusie reeds aanwezige vermogen van de NV betreft. Art. 37, eerste lid, onderdeel b WBR biedt een vrijstelling voor de omzetting van een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal in een ander zodanig lichaam. Daarvan is weliswaar sprake, maar ten eerste dient op deze vrijstelling binnen een maand na de oprichting van de SE aangifte te worden gedaan (art. 10, aanhef en onderdeel b Uitv.besluit) en ten tweede geldt de vrijstelling slechts voor zover de nominale waarde van het aandelenkapitaal van de SE niet meer beloopt dan het kapitaal dat bij de omgezette, overnemende NV met kapitaalsbelasting was belast (art. 16 Uitv.besl). Nu de overnemende vennootschap ter zake van de fusie aandelen zal uitgeven, is slechts aan deze laatste voorwaarde voldaan indien, conform de hierboven aangehangen benadering, de omzetting van de overnemende NV in een SE voor de heffing van kapitaalsbelasting geacht wordt plaats te vinden voordat de SE het vermogen van de inbrengende vennootschap verwerft en ter zake daarvan aandelen uitreikt aan de aandeelhouders van de inbrenger. Deze beoordeling sluit in zoverre aan bij de juridische werkelijkheid dat het de SE is die de nieuwe aandelen uitgeeft en niet de NV.

Fiscale gevolgen binnenlandse overnemer bij "upstream merger" (variant op variant c)

In het bijzondere geval dat de buitenlandse, verdwijnende vennootschap een dochtermaatschappij is van de binnenlands belastingplichtige overnemer, zal de overnemer winst (kunnen) realiseren ter zake van haar aandelenbezit in die dochter. Dit aandelenbezit wordt immers als gevolg van de fusie vervangen door het rechtstreekse bezit van de activa en passiva van de dochter. De fiscale gevolgen van de fusie voor de aandeelhouders worden geregeerd door art. 3.57 Wet IB '01, welke bepaling op grond van art. 8, eerste lid Wet Vpb '69 ook van toepassing is voor de vennootschapsbelasting. Art. 3.57, eerste lid Wet IB '01 bepaalt dat de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap wordt geacht ten tijde van de fusie al zijn aandelen te hebben vervreemd (tegen de werkelijke waarde op dat moment)[394]. De boekwinst die als gevolg van deze fictie wordt gerealiseerd (indien de werkelijke waarde van de aandelen ten tijde van de fusie hoger is dan de boekwaarde), hoeft op grond van het tweede lid van deze bepaling niet in aanmerking te worden

394 Deze vervreemdingsfictie betreft overigens ook de schuldvorderingen van de aandeelhouder op de verdwijnende vennootschap. Op deze aspecten van de fusie ga ik hier niet verder in.

genomen, indien de verdwijnende en de verkrijgende vennootschap in Nederland of in een lidstaat van de EU zijn gevestigd.[395] Volgens het derde lid dient de aandeelhouder in dat geval de fiscale boekwaarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap door te schuiven naar de aandelen die in het kader van de fusie worden ontvangen van de overnemende vennootschap.

Bij de moeder-dochter fusie kan uiteraard niet aan deze laatste voorwaarde worden voldaan, omdat er geen aandelen worden uitgereikt die in de plaats komen van de aandelen in de verdwenen dochtermaatschappij. Art. 13k, vijfde lid Wet Vpb '69 bepaalt dat in deze situatie de doorschuiffaciliteit van art. 3.57, tweede lid Wet IB '01 niet van toepassing is. Vreemd genoeg geldt art. 13k alleen in het geval dat het aandelenbezit in de dochtermaatschappij onder de deelnemingsvrijstelling valt[396]. Echter, ook indien het aandelenbezit in de dochter niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling, is het onmogelijk om aan de eisen van de doorschuiffaciliteit van art. 3.57, derde lid Wet IB '01 te voldoen en kan derhalve art. 3.57 tweede lid Wet IB '01 geen toepassing vinden.

De fictieve vervreemding van de aandelen van de dochter op de voet van art. 3.57, eerste lid Wet IB '01 is in de situatie van de moeder-dochter fusie gewoon van toepassing, zodat de moedervennootschap ter zake van de fusie een (fictieve) vervreemdingswinst realiseert op het aandelenpakket in de dochter[397]. Indien op het aandelenbezit in de dochter de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, zal de boekwinst die voortvloeit uit de fictieve vervreemding belast zijn. Indien op het aandelenbezit in de dochter de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zal de aldus gerealiseerde boekwinst in beginsel zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Echter, het is denkbaar dat de vervreemdingswinst, ondanks de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, geheel of voor een deel belast is, bij voorbeeld op grond van de compartimenteringsleer, of op grond van een art. 13c-claim of 13h-claim. Art. 13k, vijfde lid Wet Vpb '69 opent voor die gevallen de mogelijkheid dat de inspecteur wordt verzocht om, op door hem te stellen voorwaarden, dergelijke voordelen die als gevolg van de fictieve vervreemding tot uitdrukking komen, geheel of ten dele buiten aanmerking te laten.

---

[395] De voorwaarden die aan de vestiging worden gesteld zijn opgenomen in art. 3.55, vijfde lid Wet IB '01.

[396] In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat art. 13k alleen ziet "op de situatie dat de belastingplichtige een deelneming heeft in de rechtspersoon die in het kader van de fusie verdwijnt", TK 1998-1999, 26 728, nr. 3, blz. 52.

[397] Aan de fictie van art. 3.57, eerste lid Wet IB '01 is voorts in art. 13k, eerste lid Wet Vpb '69 nog toegevoegd dat de fictieve vervreemding van de aandelen – indien sprake is van een aandelenbezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is – geacht wordt te hebben plaatsgevonden aan een met de belastingplichtige en de verdwijnende vennootschap verbonden lichaam. Op de implicaties daarvan ga ik hier verder niet in.

Het is de vraag of deze regeling – zowel voor wat betreft de situatie dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is als de situatie van art. 13k, eerste lid Wet Vpb '69 – in overeenstemming is met art. 7 Fusierichtlijn. Op grond van art. 7 Fusierichtlijn mag, onder andere in geval van een moeder-dochter fusie, "geen enkele vorm van belastingheffing" plaatsvinden ter zake van "de bij de ontvangende vennootschap bij beëindiging van haar deelneming in het kapitaal van de inbrengende vennootschap te voorschijn komende meerwaarden". De lidstaten mogen hier van afwijken indien de deelneming – conform het percentage van de Moeder-dochterrichtlijn – minder dan 20% bedraagt[398]. Blijkens de toelichting bij het aanpassingsvoorstel van de Fusierichtlijn[399] is de ratio van deze bepaling dat, nu de dochtervennootschap op grond van de Moeder-dochter richtlijn de meerwaarden ook belastingvrij als dividend aan de moeder had kunnen uitkeren, de realisatie van diezelfde meerwaarden bij de moeder als gevolg van een fusie met haar dochter op dezelfde voorwaarden ook onder de Fusierichtlijn moet zijn vrijgesteld. Ondanks deze koppeling met de Moeder-dochterrichtlijn bevat art. 7, tweede lid Fusierichtlijn een zelfstandig deelnemingscriterium. Kennelijk is afgezien van een criterium dat integraal verwijst naar een kwalificerende deelneming in de zin van de Moeder-dochterrichtlijn[400]. Ik acht het dan ook niet uitgesloten dat art. 7, tweede lid Fusierichtlijn niet volledig aansluit bij de situaties die kwalificeren onder de Moeder-dochterrichtlijn, met als mogelijk gevolg dat de faciliteit ook van toepassing is op deelnemingsverhoudingen die niet onder de Moeder-dochter richtlijn vallen. Daar komt nog bij dat de Fusierichtlijn slechts onder stringente voorwaarden misbruikbestrijding toelaat, terwijl de Moeder-dochterrichtlijn de lidstaten daartoe veel meer ruimte lijkt te bieden. Bij voorbeeld de realisatie van een 13c-claim op aandelen in een dochtervennootschap als gevolg van de fictieve vervreemding op de voet van art. 3.57, eerste lid IB '01 zou in strijd kunnen zijn met art. 7, eerste lid Fusierichtlijn. Ook acht ik het niet uitgesloten dat bij voorbeeld de belastingheffing ter zake van de fictieve vervreemding van een ter belegging aangehouden 22%-deelneming[401] die niet voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling in aanmerking komt op grond van

398 Het aanpassingsvoorstel van de Fusierichtlijn vermeldt nog 10%, maar ik neem aan dat de wijzigingen die in een laat stadium in het aanpassingsvoorstel van de Moeder-dochter richtlijn zijn aangebracht (de geleidelijke afbouw van 20%, vervolgens 15%, tot 10%), zullen worden overgenomen in het aanpassingsvoorstel van de Fusierichtlijn.

399 Aanpassingsvoorstel Fusierichtlijn, Toelichting, 1. Inleiding, punt 24.

400 In het voorstel tot aanpassing van de Fusierichtlijn van 26 juli 1993, COM(93) 293 def., was deze techniek wel gevolgd.

401 Toepassing van art. 28b Wet Vpb '69 is in deze situatie derhalve niet aan de orde.

art. 13g, derde lid Wet Vpb '69, eveneens in strijd is met art. 7 Fusierichtlijn[402].

Nieuw opgerichte SE in Nederland gevestigd (variant d)
In deze situatie is geen van de betrokken vennootschappen in Nederland gevestigd en vindt de fusie plaats door oprichting van een "Nederlandse" SE waarbij beide betrokken vennootschappen ten gevolge van de fusie ophouden te bestaan. De SE is in dit geval een nieuw opgerichte rechtspersoon die statutair en – zo veronderstel ik gemakshalve – feitelijk in Nederland wordt gevestigd.
Vennootschapsbelasting. Voor de heffing van vennootschapsbelasting verschilt deze situatie op de meeste punten niet van variant c. Wel afwijkend van variant c is het feit dat voor de oprichting van de SE geen sprake was van een binnenlands belastingplichtige NV, hoogstens van een binnenlandse vaste inrichting van een van de buitenlandse verdwijnende vennootschappen, die haar boekwaarden naar de SE mag doorschuiven op de voet van art. 14b, tweede of derde lid Wet Vpb '69, en dat geen sprake is van omzetting maar van de oprichting van een nieuwe, binnenlands belastingplichtige vennootschap.
Dividendbelasting. Ook hier geldt hetgeen bij variant c is besproken. De SE is ter zake van haar oprichting en de daarmee gepaard gaande uitreiking van aandelen geen dividendbelasting verschuldigd. De verwerving van het vermogen van de verdwijnende vennootschappen leidt voor de toepassing van de dividendbelasting slechts tot de inbreng van fiscaal erkend kapitaal van de SE voor het bedrag van het (fiscaal erkende) gestorte kapitaal van de verdwijnende vennootschappen.
Kapitaalsbelasting. De situatie voor de kapitaalsbelasting is niet anders dan voor variant c, met dien verstande dat omzetting hier niet aan de orde is. Voor de kapitaalsbelasting is derhalve slechts relevant de "inbreng" van het vermogen van de buitenlandse, verdwijnende vennootschappen, welke inbreng doorgaans[403] zal zijn vrijgesteld op grond van art. 37, eerste lid, onderdeel a jo. het tweede lid, onderdeel b WBR.

Vaste inrichting in Nederland (variant e)
Indien geen van de bij de fusie betrokken vennootschappen in Nederland gevestigd is en evenmin sprake is van de oprichting van een nieuwe SE die in Nederland wordt gevestigd, kan zich nog de situatie voordoen dat een van

---

[402] In de Survey on the Societas Europaea van het IBFD van september 2003 wordt op blz. 7 opgemerkt dat art. 7 Fusierichtlijn niet in het onderzoek is betrokken, omdat dat artikel bij geen van de wijzen van oprichting van een SE relevant is. Zoals uit het voorgaande mag blijken, lijkt mij dit standpunt niet juist.
[403] Zie hetgeen hieromtrent is opgemerkt bij variant c hierboven.

de bij de fusie betrokken vennootschappen over een vaste inrichting in Nederland beschikt.
Gaat het om de vaste inrichting van een verdwijnende vennootschap, dan is art. 10 Fusierichtlijn van toepassing. Op grond van het eerste lid van deze bepaling dient Nederland af te zien "van ieder recht van belastingheffing ten aanzien van deze vaste inrichting", uiteraard alleen voor wat betreft het feit dat het vaste inrichtingsvermogen onder algemene titel overgaat naar de overnemende, buitenlandse vennootschap. Dit geldt zowel in geval van fusie door overneming als in geval van fusie door oprichting. Art. 14b, derde lid Wet Vpb '69 komt hieraan tegemoet, door een vaste inrichting op de voorwaarden, gesteld in het Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M (in het bijzonder voorwaarde 6), toe te staan haar boekwaarden door te schuiven naar de overnemende vennootschap die de binnenlandse vaste inrichting voortzet. Indien de vaste inrichting als zodanig in stand blijft, is aan deze voorwaarden voldaan. Bij de behandeling van de varianten a en b hierboven is reeds uitgebreid op deze situatie ingegaan. Daar is ook aan de orde geweest dat dit Besluit het mogelijk maakt dat fiscaal compensabele verliezen mee overgaan naar de vaste inrichting van de overnemende vennootschap.
Indien het een Nederlandse vaste inrichting van de overnemende vennootschap betreft (fusie door overname), is er geen sprake van overgang onder algemene titel van het vaste-inrichtingsvermogen. Wel wijzigt de overnemende buitenlandse naamloze vennootschap haar rechtsvorm in die van een SE. Zoals hierboven bij behandeling van varianten (a) en (b) is opgemerkt, leidt deze omzetting – die als zodanig niet onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn valt – niet tot belastingheffing van eventuele meerwaarden die aan het vaste-inrichtingsvermogen kunnen worden toegerekend. In par. 7 zal nader op de fiscale gevolgen van omzetting worden ingegaan.

Fiscale gevolgen aandeelhouders verdwijnende vennootschap[404]
De fiscale gevolgen voor de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap verschillen naar gelang van de aard en de woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouder (natuurlijk persoon, lichaam, in Nederland gevestigd of niet in Nederland gevestigd), de omvang van het aandelenbezit (wel/geen

404 In de positie van de aandeelhouders van de overnemende vennootschap brengt de fusie door overneming geen verandering, anders dan de omvang van het gemiddeld gestorte kapitaal voor de heffing van dividendbelasting (art. 3a, derde lid Wet Div.bel. '65). Daarover is hierboven al het een en ander opgemerkt. Voorts kunnen er fiscale gevolgen verbonden zijn aan de verwatering van het aandelenbezit dat optreedt als gevolg van de uitgifte van nieuwe aandelen door de overnemende vennootschap/SE. Zo kan een aandeelhouder-vennootschap als gevolg van de fusie onder de 20%-grens van de Moeder-dochterrichtlijn geraken of onder de 5%-grens voor de deelnemingsvrijstelling. Deze gevolgen houden echter niet specifiek verband met de oprichting van de SE als zodanig.

aanmerkelijk belang, wel/geen deelnemingsvrijstelling) en de vestigingsplaats van de op te richten SE. Deze fiscale aspecten voor de aandeelhouders verschillen niet wezenlijk van die van een fusie waarbij louter naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen of louter naar vreemd recht opgerichte vennootschappen zijn betrokken. Ik volsta dan ook met een korte beschrijving.

Inkomstenbelasting. De aandeelhouder natuurlijke persoon wordt geacht al zijn aandelen in de verdwijnende vennootschap te hebben vervreemd. Indien de aandelen behoren tot zijn ondernemingsvermogen, is deze fictieve vervreemding gebaseerd op art. 3.57, eerste lid Wet IB '01[405]. Het tweede en derde lid van deze bepaling bieden vervolgens de mogelijkheid om de vervreemdingswinst niet te belasten maar in plaats daarvan de boekwaarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap door te schuiven naar de aandelen die de aandeelhouder in het kader van de fusie ontvangt in de overnemende vennootschap (de SE). Het onderscheid tussen fusie door overneming en fusie door oprichting doet hier niet ter zake. Uiteraard dient voor een beroep op deze doorschuiffaciliteit te zijn voldaan aan een aantal eisen, o.a. de eis met betrekking tot de vestigingsplaats van de verdwijnende vennootschap en de overnemende vennootschap en de eis omtrent het zakelijk motief voor de fusie. Aan de vestigingseis zal doorgaans zijn voldaan; of ook voldaan is aan de eis dat de fusie niet mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting zal afhangen van de omstandigheden. Ik ga daar niet verder op in.

Voor de aandeelhouder natuurlijke persoon met een aanmerkelijk belang in de verdwijnende vennootschap is de fictieve vervreemding van zijn aandelen gebaseerd op art. 4.16, eerste lid, onderdeel d Wet IB '01. De doorschuiffaciliteit is neergelegd in art. 4.41, derde lid Wet IB '01. Ook hier gelden dezelfde eisen omtrent vestigingsplaats (in Nederland of in een lidstaat van de EU) en omtrent het zakelijk motief (geen ontgaan of uitstellen van belasting). Voor de buitenlands belastingplichtige aanmerkelijk-belanghouder geldt voorts nog als beperking dat de doorschuiffaciliteit niet van toepassing is indien de verkrijgende vennootschap niet in Nederland is gevestigd. Dit lijkt in overeenstemming te zijn met art. 8 Fusierichtlijn, waarin ook een doorschuiffaciliteit is neergelegd en welke bepaling lijkt uit te gaan van de premisse dat het doorschuiven van de boekwaarde van de aandelen in de verdwenen vennootschap naar de nieuw verkregen aandelen in de overnemende vennootschap slechts mogelijk is indien de aandeelhouder ook ter zake van het bezit van de nieuw verkregen aandelen nog belast kan worden voor de doorgeschoven fiscale claim. Nu een buitenlands belastingplichtige aandeelhouder op grond van de Nederlandse wet niet meer kan worden

[405] Voor de buitenlands belastingplichtige ondernemer: art. 3.55, eerste lid jo. art. 7.2, eerste lid Wet IB '01.

belast voor zijn aandelenbezit in een niet in Nederland gevestigde vennootschap[406] is niet aan de premisse voldaan. Echter, het zou ook denkbaar zijn geweest om de buitenlandse belastingplicht van de aandeelhouder in deze situatie voort te zetten, door de overnemende, buitenlandse vennootschap fictief als een in Nederland gevestigde vennootschap aan te merken. De bijzonder ver gaande vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid Wet IB '01 heeft de weg voor een dergelijke ruime fictie reeds bereid. Het grootste probleem voor een dergelijke oplossing zal zijn gelegen in de toewijzingsbepalingen van het toepasselijke belastingverdrag, op grond waarvan Nederland in veel gevallen niet bevoegd zal zijn om bij een voortdurende buitenlandse belastingplicht ter zake van een aandelenbezit in een feitelijk niet maar fictief wel in Nederland gevestigde SE, de doorgeschoven aanmerkelijkbelangclaim te effectueren. Het is echter naar de huidige stand van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie allerminst zeker of de werking van een belastingverdrag in dit geval een rechtvaardiging is om de in art. 8 Fusierichtlijn voorgeschreven doorschuiffaciliteit te ontzeggen.

Voor de aandeelhouder natuurlijke persoon waarvoor de aandelen behoren tot de grondslag voor de forfaitaire rendementsheffing (box 3) heeft de fusie in het geheel geen consequenties, omdat het inwisselen van de aandelen in de verdwijnende vennootschap en het daarvoor terugkrijgen van aandelen in de overnemende vennootschap (de SE) geen belastbaar feit is. Slechts de waarde van de aandelen wordt in deze jaarlijkse heffing betrokken.

Vennootschapsbelasting. De vervreemdingsfictie van art. 3.57, eerste lid Wet IB '01 geldt ook voor de vennootschapsbelasting. De vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder kan desgewenst een beroep doen op de doorschuiffaciliteit van art. 3.57, tweede en derde lid Wet IB '01. Gewoonlijk zal dit slechts nodig zijn voor een aandeelhouder die ter zake van zijn aandelenbezit in de verdwijnende vennootschap geen aanspraak kan maken op de deelnemingsvrijstelling; kan hij dat wel dan is immers, doorgaans, de winst die voortvloeit uit de fictieve vervreemding, ook zonder doorschuiffaciliteit niet belast. Slechts in die situaties waarin ondanks toepassing van de deelnemingsvrijstelling de vervreemdingswinst of een deel daarvan wordt belast, zal doorschuiving op de voet van art. 3.57, tweede en derde lid Wet IB '01 gewenst zijn. Art. 13k bevat een aantal specifieke regels, zowel voor wat betreft de gevolgen van de fictieve vervreemding als voor wat betreft de gevolgen van doorschuiving van de boekwaarde van het aandelenpakket. De technische details van deze bepaling laat ik hier verder rusten, nu deze niet alleen de oprichting van een SE betreffen maar de gevolgen van de fusie voor de aandeelhouder in het algemeen.

---

406 Waarbij "in Nederland gevestigde vennootschap" moet worden opgevat in de zin van art. 7.5, zesde lid Wet IB '01.

Op de fiscale gevolgen voor de aandeelhouder-vennootschap die, als overnemende vennootschap, met haar dochtermaatschappij fuseert, is hierboven reeds uitgebreid ingegaan.
Voor de buitenlands belastingplichtige vennootschap die over een binnenlandse vaste inrichting beschikt waaraan de aandelen in de verdwijnende vennootschap moeten worden toegerekend, verschilt de fiscale behandeling niet van de binnenlands belastingplichtige aandeelhouder-vennootschap. Wel anders is de situatie indien sprake is van buitenlandse belastingplicht voor winst uit aanmerkelijk belang (art. 17, derde lid, onderdeel b Wet Vpb '69). Evenals voor de heffing van inkomstenbelasting het geval is, leidt de fusie voor de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder in de vennootschapsbelasting tot een fictieve vervreemding van zijn aandelen in de in Nederland gevestigde, verdwijnende vennootschap (art. 4.16, onderdeel d Wet IB '01 jo. art. 17, derde lid onderdeel b Wet Vpb '69). In tegenstelling tot de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder in de inkomstenbelasting echter, kan de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder-vennootschap ook gebruik maken van de doorschuiffaciliteit van art. 4.41, derde lid Wet IB '01, indien de overnemende vennootschap (de SE) in een andere lidstaat gevestigd is. De aanmerkelijk belangclaim gaat derhalve op deze wijze teniet. Daarbij zij wel aangetekend dat de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder geen toegang heeft tot de doorschuiffaciliteit van art. 4.41, derde lid Wet IB '01, indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (art. 4.41, derde lid, jo. art. 3.57, vierde lid Wet IB '01).

6.2. *Oprichting van een holding-SE*

De oprichting van een holding-SE op de voet van art. 2, tweede lid SE-VO gaat gepaard met een aandelenruil. De toekomstige dochtervennootschappen nemen het initiatief tot de oprichting en roepen hun aandeelhouders op om hun aandelen in te brengen in de SE in ruil voor aandelen in de SE. Wil een SE op deze wijze tot stand komen, dan dienen ten minste die aandelen in de oprichtende vennootschappen te worden ingebracht waaraan meer dan de helft van de permanente stemrechten is verbonden (art. 32, tweede lid, SE-VO). Indien dit is geschied en indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan kan de SE worden ingeschreven in het handelsregister en dientengevolge rechtspersoonlijkheid verkrijgen (art. 33, vijfde lid, jo. art. 16, eerste lid SE-VO).
Toegang tot deze wijze van oprichting hebben naamloze en besloten vennootschappen die ressorteren onder het recht van twee verschillende lidstaten of twee (of meer uiteraard) naamloze of besloten vennootschappen uit dezelfde lidstaat indien zij elk sinds ten minste twee jaar een dochter bezitten die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert of een bijkantoor

dat in een andere lidstaat gelegen is (art. 2, tweede lid, onderdeel a en onderdeel b SE-VO). Ten aanzien van de statutaire vestigingsplaats van de aldus opgerichte holding-SE is geen beperking opgenomen. Twee Nederlandse NV's of BV's die beiden een dochter bezitten of een filiaal aanhouden in een andere lidstaat kunnen derhalve zowel een statutair in Nederland gevestigde SE oprichten als bij voorbeeld een statutair in Spanje gevestigde holding-SE. Ten aanzien van de aandeelhouders van de oprichtende vennootschappen is evenmin enige restrictie opgenomen. Dit kunnen zowel vennootschappen als natuurlijke personen zijn (gemeenten, stichtingen, trusts etc. daargelaten), en deze kunnen zowel in als buiten de EU wonen of gevestigd zijn. Wel ga ik ervan uit dat de aandeelhouder niet een moedermaatschappij kan zijn die samen met haar dochtermaatschappij als oprichter van een holding-SE fungeert.

Fusierichtlijn

Het is niet zozeer deze wijze van oprichting van de SE, als wel de daaraan verbonden aandelenruil die in de meeste gevallen onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn valt. Art. 2, onderdeel d Fusierichtlijn definieert de aandelenruil als volgt: *"de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor hun effecten, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken (....)"*. De opgerichte holding-SE is hier de vennootschap die een meerderheidsbelang krijgt in de oprichtende vennootschappen en de SE geeft inderdaad aan de deelgerechtigden van de oprichtende vennootschappen, in ruil voor de inbreng van hun aandelen in de oprichters, aandelen in haar eigen kapitaal uit. Dat toch niet alle situaties van oprichting van een holding-SE onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn vallen is het gevolg van art. 1 Fusierichtlijn, welke bepaling voor toepassing van de richtlijn de eis stelt dat bij de aandelenruil "vennootschappen van twee of meer lidstaten zijn betrokken". Met "vennootschap van een lidstaat" wordt gedoeld op een vennootschap die gevestigd is in een andere lidstaat en die ook aan de andere voorwaarden van art. 3 Fusierichtlijn voldoet[407]. Zoals hierboven reeds is aangegeven, hoeft niet altijd aan deze eis van art. 1 Fusierichtlijn te zijn voldaan, nu twee in Nederland gevestigde NV's/BV's op de voet van art. 2, tweede lid, onderdeel b SE-VO een statutair en feitelijk in Nederland gevestigde SE kunnen oprichten. In de situatie dat een in Nederland gevestigde BV en een in België

[407] Zie uitgebreid omtrent de vestigingseisen van art. 3 Fusierichtlijn: E. van den Brande-Boomsluiter, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, hoofdstuk 3, Fiscale Monografieën nr. 110, Kluwer-Deventer 2003, blz. 39-52.

gevestigde BVBA een statutair en feitelijk in Nederland gevestigde holding-SE oprichten, is wel aan de eis van art. 1 Fusierichtlijn voldaan, omdat deze bepaling slechts verlangt dat twee vennootschappen uit verschillende lidstaten bij de aandelenruil zijn betrokken; het is derhalve niet nodig dat de holding-SE in een andere lidstaat is gevestigd dan elk van de oprichtende vennootschappen (de dochters). Het belang van deze conclusie is overigens gering, omdat de Nederlandse wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de aandelenruil[408], en waarvan een deel uitvoering geeft aan de Fusierichtlijn, geen onderscheid[409] maken tussen een grensoverschrijdende aandelenruil die onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn valt en de louter interne situatie van een aandelenruil waarbij uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen zijn betrokken.

Fiscale gevolgen voor de oprichtende vennootschappen

Voor de oprichtende vennootschappen kleven in beginsel geen fiscale aspecten aan de oprichting van een holding-SE en aan de daarmee verbonden aandelenruil. Immers, de vervreemding van de aandelen raakt in beginsel niet de fiscale positie van de oprichtende vennootschap zelf. In enkele bijzondere gevallen ligt dit evenwel anders. Zo zou op het aandelenbezit een vervreemdingsverbod kunnen rusten als gevolg van een eerdere splitsing (art. 14b, zesde lid Wet Vpb), met welk vervreemdingsverbod de inbreng van aandelen in een nieuw opgerichte SE in strijd komt[410]. Ook is het denkbaar dat een fiscale eenheid wordt verbroken als gevolg van de vervreemding van de aandelen in de oprichter door haar fiscale eenheid-moeder. Voorts kan de vervreemding van de aandelen aan de SE leiden tot inhoudingsplicht voor de dividendbelasting, omdat de oprichter een nieuwe aandeelhouder krijgt (de SE) ten aanzien van wie een nieuwe bezitstermijn van een jaar gaat lopen op de voet van art. 4a, eerste lid, ten tweede Wet Div.bel. '65. En ongetwijfeld zijn er nog meer voorbeelden van situaties waarin de aandelenruil fiscale gevolgen heeft voor de oprichtende vennootschap. Aangezien die consequenties niet specifiek zijn voor de oprichting van de SE, maar louter verbonden aan de vervreemding van de aandelen, ga ik daar niet verder op in.

---

408 O.a. art. 3.55, art. 4.41, eerste lid jo. art. 4.42, art. 7.2, eerste lid jo. art. 3.55, art. 7.5, vierde lid Wet IB '01, art. 8, eerste lid Wet Vpb '69 jo. art. 3.55 Wet IB '01, art. 13h, art. 13i Wet Vpb '69, art. 17, derde lid, onderdeel b Wet Vpb '69 jo. art. 4.41, eerste lid Wet IB '01, art. 3a, eerste lid Wet Div.bel. '65.

409 Met uitzondering van art. 7.5, vierde lid Wet IB '01, welke bepaling de aandelenruil faciliteit niet toestaat aan een buitenlands belastingplichtige natuurlijke persoon die zijn aandelen in een Nederland gevestigde vennootschap omwisselt voor aandelen in een niet in Nederland gevestigde vennootschap en aldus zijn buitenlandse belastingplicht voor winst uit aanmerkelijk belang beëindigt.

410 De nieuw opgerichte SE is immers geen verbonden lichaam van de oprichters; die status verwerft zij pas na inbreng van de aandelen in de oprichters.

Wel specifiek voor deze oprichtingsvariant is dat de SE wordt opgericht door haar toekomstige dochtermaatschappijen. Deze dochtermaatschappijen zijn in beginsel hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk voor de rechtshandelingen die zij namens de op te richten SE hebben verricht (art. 16, tweede lid SE-VO)[411]. Indien de SE niet tot stand komt of indien de SE na haar totstandkoming de uit deze handelingen voortvloeiende verbintenissen niet overneemt, worden ook voor de belastingheffing de rechtshandelingen aan de oprichtende vennootschappen toegerekend. Hoewel dit niet anders is dan in de gebruikelijke situatie waarin beoogde aandeelhouders als oprichter van een vennootschap optreden, is het goed om in het oog te houden dat het hier de dochtervennootschappen zijn die hebben opgetreden voor rekening en risico van de SE.

Fiscale gevolgen voor de opgerichte SE

De SE verkrijgt ten tijde van haar oprichting aandelen in de oprichtende vennootschappen en geeft in ruil daarvoor aandelen uit in haar eigen kapitaal.

Vennootschapsbelasting. De aandelenruil als zodanig heeft geen consequenties voor de vennootschapsbelasting. De ingebrachte aandelen zullen voor de werkelijke waarde op de balans van de SE worden opgenomen (in overeenstemming met het voorgestelde art. 8, tiende lid Fusierichtlijn). Voor wat betreft de situatie daarna: aangezien de SE altijd een meerderheidsbelang verwerft in haar oprichters (art. 32, tweede lid SE-VO), zal in veel gevallen op dat belang bij haar de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn; evenzo zal deze relatie in de meeste gevallen onder de reikwijdte vallen van de Moeder-dochter richtlijn.

Dividendbelasting. De aandelenruil leidt bij de SE tot een inbreng van kapitaal ter waarde van de ingebrachte aandelen. Voor de heffing van dividendbelasting wordt echter slechts als gestort kapitaal erkend het kapitaal dat op de aandelen van de oprichtende vennootschappen is gestort. Hierboven is reeds gewezen op de opstapresolutie, die een tegemoetkoming biedt voor het feit dat aldus de SE wordt opgezadeld met een bedrag aan niet-erkend kapitaal dat bij terugbetaling leidt tot heffing van dividendbelasting. Ook is gewezen op het feit dat het bij een buitenlandse vennootschap (i.c. de oprichters) niet altijd eenvoudig zal zijn om vast te stellen welk bedrag als gestort kapitaal kan worden aangemerkt.

Kapitaalsbelasting. De inbreng, in de SE, van de aandelen in de oprichtende vennootschappen tegen uitreiking van aandelen in de SE is in beginsel een met kapitaalsbelasting belaste inbreng. Art. 37, eerste lid, jo. het tweede lid onderdeel a verschaft een vrijstelling van kapitaalsbelasting ter zake van

411 Overigens strekt de hoofdelijke aansprakelijkheid zich verder uit dan alleen tot de oprichters, namelijk ook tot anderen die namens de SE rechtshandelingen hebben verricht.

deze inbreng, echter op voorwaarde dat de SE tenminste 75% van de aandelen in haar oprichters verwerft. Hier past derhalve een caveat, omdat de SE reeds kan worden opgericht indien meer dan 50% van de (stemgerechtigde) aandelen wordt aangeboden. Met het oog op de kapitaalsbelasting verdient het derhalve aanbeveling om, op de voet van art. 32, tweede lid SE-VO, het minimum percentage aan te melden aandelen per oprichtende vennootschap te stellen op 75%.

Fiscale gevolgen voor aandeelhouders

De aandeelhouder die zijn aandelen in de oprichtende vennootschap inbrengt in de SE, vervreemdt zijn aandelen. Een fictie is daar – in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij fusie – niet voor nodig. Op het niveau van de aandeelhouder verschilt de aandelenruil bij oprichting van een holding-SE niet van een gewone aandeelruil; ik ga derhalve slechts kort in op de fiscale aspecten.

Inkomstenbelasting. Voor de aandeelhouder-natuurlijk persoon, voor wie de aandelen tot zijn ondernemingsvermogen behoren, biedt art. 3.55 Wet IB '01 een doorschuiffaciliteit indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Een van die voorwaarden is dat zoveel aandelen worden ingebracht dat de verkrijgende vennootschap (i.c. de SE) meer dan de helft van de stemrechten kan uitoefenen in de ingebrachte vennootschappen. Gelet op het voorschrift van art. 32, tweede lid SE-VO zal aan die voorwaarde zijn voldaan. Ook zal doorgaans zijn voldaan aan de eisen omtrent vestiging van de SE en van de oprichtende vennootschappen[412], welke eisen ontleend zijn aan de Fusierichtlijn. Tenslotte mag de aandelenruil niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting, welke eis nader is uitgewerkt in het vierde lid, onderdeel b van art. 3.55 Wet IB '01.

Is sprake van een aanmerkelijk belang, dan kan de aandeelhouder-natuurlijk persoon een beroep doen op de doorschuiffaciliteit van de artikelen 4.41 en 4.42 Wet IB '01. Dit geldt ook voor een buitenlands belastingplichtige aanmerkelijk belanghouder (art. 7.5, vierde lid Wet IB '01). Evenals bij fusie het geval is, wordt aan de buitenlands belastingplichtige de doorschuiffaciliteit echter niet toegekend indien de SE niet in Nederland is gevestigd.

Vennootschapsbelasting. Ook de aandeelhouder die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting kan een beroep doen op de doorschuiffaciliteit van art. 3.55 Wet IB '01 (jo. art. 8, eerste lid Wet Vpb '69). Indien de deel-

---

412 Indien de SE of een van de oprichtende vennootschappen niet in Nederland is gevestigd, dient zij op de voet van art. 3.55, vijfde lid Wet IB '01 een van de rechtsvormen te hebben die zijn vermeld in de bijlage bij de Fusierichtlijn, niet volgens een door de lidstaat van vestiging met een derde staat gesloten belastingverdrag geacht worden buiten de EU te zijn gevestigd en zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld in haar lidstaat van vestiging te zijn onderworpen aan een winstbelasting.

nemingsvrijstelling van toepassing is, zal doorgaans geen behoefte bestaan aan doorschuiving van de fiscale boekwaarde van de ingebrachte aandelen naar de SE-aandelen. Art. 13h Wet Vpb '69 geeft een bijzondere regeling voor de situatie dat de aandeelhouder eerst geen deelneming had (i.c. in de oprichtende vennootschap) maar als gevolg van de aandelenruil wel een deelneming verwerft in de verkrijgende vennootschap (i.c. de SE). Art. 13i, eerste lid Wet Vpb '69 verbindt met het oog op claimbehoud nog enkele aanvullende gevolgen aan de inbreng van aandelen die een deelneming vormen en geeft in het tweede lid nog een nadere invulling aan de gevolgen van het doorschuiven van de boekwaarde op de voet van art. 3.55 Wet IB '01 (tweede lid), waaronder begrepen de situatie dat de aandelen in de inbrenger wel onder de deelnemingsvrijstelling vielen maar de in ruil ontvangen aandelen in de SE niet.
De doorschuiffaciliteit van art. 3.55 Wet IB '01 en de artikelen 13h en 13i Wet Vpb '69 gelden ook voor de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder met een vaste inrichting in Nederland waaraan het aandelenbezit in de oprichtende vennootschap kan worden toegerekend. Voor de aandeelhouder-vennootschap die buitenlands belastingplichtig is voor winst uit aanmerkelijk belang – en die naar de aard der zaak nimmer een beroep kan doen op de deelnemingsvrijstelling, maar doorgaans wel op een belastingverdrag dat de heffing over de vervreemdingswinst gewoonlijk toewijst aan het woonland van de buitenlandse aandeelhouder-vennootschap – geldt de doorschuiffaciliteit van art. 4.41 en 4.42 Wet IB '01 (jo. art. 17, derde lid Wet Vpb '69). Evenmin als bij fusie geldt ook hier de beperking dat de opgerichte SE in Nederland moet zijn gevestigd, zodat de buitenlandse belastingplicht als gevolg van de oprichting van de SE in beginsel zonder afrekening over de aanmerkelijk-belangclaim kan worden beëindigd. Gelet op de eis dat de aandelenruil niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belasting, zal het op deze wijze afschudden van de claim zo'n vaart niet lopen.

6.3 Oprichting van een dochter-SE

Er kleven geen bijzondere fiscale consequenties aan deze oprichtingsvariant. Aan de oprichting van een dochter-SE op de voet van art. 2, derde lid SE-VO zijn geen andere juridische gevolgen verbonden dan de fiscaal relevante verplichting tot storting van het minimumkapitaal (kapitaalsbelasting). In tegenstelling tot de oprichting door fusie, die gepaard gaat met een overgang van vermogen onder algemene titel, en de oprichting van een holding-SE, die gepaard gaat met een aandelenruil, gaat deze oprichtingsvariant derhalve niet noodzakelijkerwijs gepaard met de inbreng van activa en passiva. Het betreft hier de oprichting van een SE "sec". Hetzelfde geldt voor de oprichting van een dochter-SE door een SE op de voet van art. 3, tweede lid

SE-VO. Na de oprichting van de dochter-SE kan uiteraard op verschillende manieren vermogen worden ingebracht, zoals aandelen in dochtermaatschappijen tegen uitreiking van aandelen door de dochter-SE (aandelenruil), of inbreng van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming tegen uitreiking van aandelen door de dochter-SE (bedrijfsfusie). In dit laatste geval kan door de aandeelhouder-vennootschap die haar onderneming of een zelfstandig deel daarvan inbrengt in de dochter-SE in een enkel geval een beroep worden gedaan op de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet Vpb '69. Voor de heffing van kapitaalsbelasting – indien de dochter-SE in Nederland is gevestigd – zal de SE toegang hebben tot de vrijstelling van art. 37 lid 1, onderdeel a, jo. het tweede lid, onderdeel b WBR, indien aan de eisen van die bepaling is voldaan. In dat kader zij opgemerkt dat de kring van mogelijke oprichters op grond van art. 2, derde lid SE-VO vrij ruim is. Niet alleen naamloze en besloten vennootschappen, maar ook andere vennootschappen in de zin van art. 48 EG-Verdrag (waaronder niet-rechtspersoonlijkheid bezittende personenvennootschappen) en andere publiekrechtelijke (bij voorbeeld gemeenten) of privaatrechtelijke lichamen (bij voorbeeld stichtingen) kunnen op deze wijze een SE oprichten. De vrijstelling van kapitaalsbelasting komt echter alleen aan de orde indien de inbrenger kan worden aangemerkt als "een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal".

7. Omzetting in een SE

Varianten

Op grond van art. 2, vierde lid SE-VO kan een naamloze vennootschap – indien zij aan de aldaar genoemde voorwaarde voldoet – worden omgezet in een SE. Deze omzetting brengt geen verandering in de statutaire zetel van de omgezette naamloze vennootschap (art. 37, derde lid SE-VO). Een naar Nederlands recht opgerichte NV (die ook aan de overige voorwaarden van art. 2, vierde lid SE-VO voldoet) zal zich derhalve "slechts" kunnen omzetten in een statutair in Nederland gevestigde SE. In zoverre zijn er geen grensoverschrijdende aspecten verbonden aan deze wijze van omzetting. De Fusierichtlijn is op deze oprichtingsvariant niet van toepassing. De Nederlandse fiscaliteit kan in diverse situaties aan de orde komen:

(i) omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte NV;
(ii) omzetting van naar het recht van een andere lidstaat opgerichte, maar feitelijk in Nederland gevestigde naamloze vennootschap;
(iii) omzetting van een fiscaal niet in Nederland gevestigde vennootschap met een binnenlandse vaste inrichting[413]

[413] De situatie van een buitenlandse vennootschap met binnenlands onroerend goed laat ik hier, evenals in par. 6.1 is geschied, ter wille van de eenvoud buiten beschouwing.

(iv) in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouder ongeacht de vestigingsplaats van de omgezette naamloze vennootschap;
(v) niet in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in de in Nederland gevestigde, omgezette naamloze vennootschap, conform de situaties (i) en (ii)[414].

Fiscale gevolgen naar Nederlands recht opgerichte NV (variant i)
Art. 28a Wet Vpb '69 bevat, voor zover hier van belang, een fiscale duiding van de "omzetting op de voet van art. 18 van boek 2 Burgerlijk Wetboek van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm, anders dan van een naamloze vennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of omgekeerd (...)". Deze duiding houdt in dat de omzetting voor de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en dividendbelasting wordt behandeld als een liquidatie van de omgezette rechtspersoon, waarbij deze rechtspersoon geacht wordt haar vermogen te hebben uitgekeerd aan de deelgerechtigden tot dat vermogen en vervolgens dat vermogen geacht wordt te zijn ingebracht in de andere rechtsvorm. Dit zou leiden tot afrekening over stille en open fiscale reserves (en evt. ook goodwill) bij de omgezette NV, tot inhouding van dividendbelasting over de liquidatie-uitkering voor zover deze uitgaat boven het gestorte kapitaal van de NV en, afhankelijk van de fiscale positie van de aandeelhouders, tot belastingheffing over deze fictieve liquidatie-uitkering bij de aandeelhouders in de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Het derde lid biedt de inspecteur de mogelijkheid om op door hem te stellen voorwaarden af te wijken van deze liquidatie- en inbrengfictie.
Het is de vraag of de omzetting van een NV in een SE plaatsvindt "op de voet van art. 18 van boek 2 Burgerlijke Wetboek". Zo ja, dan is duidelijk dat deze omzetting niet valt onder de uitzondering "anders dan van een naamloze vennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of omgekeerd", met als gevolg dat de liquidatiefictie van toepassing zou zijn[415].
Het staat mijns inziens buiten kijf dat de omzetting van een NV in een SE niet plaatsvindt op de voet van art. 2:18 BW, maar op de voet van de verordening (art. 2, vierde lid jo. art. 37 SE-VO). Dit geldt evenzeer voor de omzetting van een SE in een NV op de voet van art. 66 SE-VO. Het is wel

414 De situatie van een buitenlandse aandeelhouder met binnenlandse vaste inrichting waaraan de aandelen in de omgezette naamloze vennootschap moeten worden toegerekend (ongeacht de vestigingsplaats van die naamloze vennootschap) laat ik hier ter wille van de eenvoud buiten beschouwing.
415 Zie omtrent deze kwestie: J.L. van de Streek, Fiscale gevolgen van omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, WFR 2003/6536, blz. 1086-1087.

aannemelijk dat art. 2:18 BW fungeert als aanvullend recht[416]. Deze constatering brengt mee dat art. 28a Wet Vpb '69 niet van toepassing is, maar daarmee is uiteraard nog niet gegeven hoe de omzetting van een NV in een SE (en omgekeerd) wel fiscaal moet worden behandeld: naar analogie met de in art. 28a Wet Vpb '69 geformuleerde uitzondering voor de omzetting van een NV in een BV en vice versa? Of kan rechtstreeks op grond van het feit dat de rechtspersoonlijkheid van de omgezette NV – en daarmee haar status als rechtssubject – niet tenietgaat, het feit dat geen overdracht of overgang onder algemene titel plaatsvindt van de NV naar de SE en het feit dat de SE de nieuwe rechtsvorm is waarin juridisch het bestaan van de omgezette NV wordt voortgezet, geconcludeerd worden dat de omzetting niet leidt tot een belastbaar feit voor de vennootschapsbelasting, dividendbelasting en inkomstenbelasting? De visie van de staatssecretaris van Financiën op dit punt luidt als volgt:

"Bij omzettingen van de ene rechtsvorm in een andere ex art. 2.18[417] *van het Burgerlijk Wetboek (BW) geldt de liquidatiefictie van art. 28a van de Wet Vpb. Een van de mogelijkheden voor het oprichten van een SE is omzetting van een N.V. in een SE (...). Nu deze omzetting geen omzetting ex artikel 2.18 van het BW is, maar een omzetting op basis van art. 37 van de verordening, is artikel 28a van de Wet Vpb niet van toepassing; deze omzetting kan fiscaal geruisloos geschieden nu in artikel 37 van de verordening is bepaald dat een dergelijke omzetting noch tot ontbinding, noch tot oprichting van een nieuwe rechtspersoon leidt."*

En ten aanzien van de omzetting van een SE in een NV op de voet van art. 66 SE-VO:

"Omdat ook hier sprake is van een omzetting op basis van de verordening en niet op de voet van artikel 2.18 van het BW, is artikel 28a van de Wet Vpb dus ook hier niet van toepassing en kan ook deze omzetting fiscaal geruisloos geschieden".

Ten aanzien van de rol van art. 2.18 BW vervolgt de staatssecretaris:

"Het vorenstaande betekent niet dat artikel 2.18 van het BW in het geheel niet van toepassing is. Artikel 2.18 van het BW kan namelijk aanvullend werken op hetgeen in de verordening is bepaald (art. 9, onderdeel c, sub ii van

---

[416] Getuige ook de opmerking ter zake van de toepassing van art. 2:18 op de omzetting van een SE in een NV op blz. 39 van de concept memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp van Wet tot uitvoering van de verordening.

[417] Bedoeld is kennelijk: art. 2:18.

de verordening[418]*). Volgens art. 2.18 van het BW is bij omzetting een notariële akte vereist. Omdat dit geen eis is volgens de verordening en deze eis ook niet strijdig is met de verordening, werkt artikel 2.18 van het BW in dit verband aanvullend en is een dergelijke akte dus wel voorgeschreven".*

Kortom, noch voor de NV, noch voor haar aandeelhouders, leidt omzetting van de NV in een SE tot fiscale gevolgen. Uit de ruime bewoordingen van de hierboven geciteerde passage, de daarin aangedragen argumenten en de centrale positie van art. 28a Wet Vpb '69 in deze passage kan worden afgeleid dat de fiscale neutraliteit ten aanzien van de omzetting niet alleen de vennootschapsbelasting, maar ook de dividendbelasting en inkomstenbelasting betreft (kortom, de drie heffingen opgesomd in art. 28a Wet Vpb '69). Het valt echter niet in te zien waarom het fiscaal geruisloze karakter niet ook zou gelden voor bij voorbeeld de kapitaalsbelasting. Voor zover het gestorte kapitaal van de SE gelijk is aan dat van de omgezette NV, is er immers geen reden tot heffing van kapitaalsbelasting, zie par. 6.1 hierboven. Vindt in het kader van de omzetting een verhoging plaats van het gestorte kapitaal ten laste van de winstreserves van de omgezette NV, dan dient over die verhoging uiteraard wel kapitaalsbelasting te worden geheven. Desgewenst kan ditzelfde resultaat ook worden bereikt met een beroep op de vrijstelling voor omzettingen ex. art. 37, eerste lid, onderdeel b WBR jo. art. 16 Uitv.besl. Een vergelijkbaar effect doet zich voor in de dividendbelasting. Ook daar vindt de omzetting fiscaal geruisloos plaats (hetgeen impliceert dat geen heffing van dividendbelasting plaatsvindt) maar dit neemt niet weg dat een met de omzetting gepaard gaande verhoging van het gestorte kapitaal ten laste van de winstreserves op de voet van art. 3, eerste lid, onderdeel c onderworpen is aan de heffing van dividendbelasting[419]. Gelet op het feit dat het minimumkapitaal van de SE 75.000 euro hoger is dan dat van de NV, zal deze situatie zich gemakkelijk kunnen voordoen in de praktijk.

Fiscale gevolgen naar vreemd recht opgerichte naamloze vennootschap (varianten ii en iii)

De omzetting van een naar vreemd recht opgerichte naamloze vennootschap in een SE (varianten ii en iii) verschilt in zoverre van de omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap in een SE (variant i), dat als aanvullend recht niet art. 2:18 BW op deze omzetting van toepassing is, maar het recht van het land van de statutaire zetel van de naamloze vennootschap. Voor de fiscale behandeling van de omzetting maakt dit niet uit,

---

418 Bedoeld is kennelijk: art. 9, eerste lid, onderdeel c, sub ii SE-VO.

419 J.L. van de Streek, Fiscale gevolgen van omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, WFR 2003/6536, blz. 1084-1085 en J.L. van de Streek, Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen, Kluwer 2003, blz. 98-99.

nu toch ook al ten aanzien van de omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte NV in een SE is geconstateerd dat art. 28a Wet Vpb '69 als gevolg van de daarin opgenomen verwijzing naar art. 2:18 BW niet van toepassing is.
Nu de omzetting van een naar Nederlands recht opgerichte NV in een SE fiscaal geruisloos kan plaatsvinden, is er geen reden om de omzetting van een naar vreemd recht opgerichte vennootschap die feitelijk in Nederland is gevestigd of die over een binnenlandse vaste inrichting beschikt, niet eveneens te behandelen als een fiscaal geruisloze omzetting.

Fiscale gevolgen aandeelhouders (varianten iv en v)
Nu de staatssecretaris heeft aangegeven dat de omzetting van een NV in een SE fiscaal geruisloos verloopt voor de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting en de inkomstenbelasting, betekent dit dat de aandeelhouder ter zake van de omzetting niet zal worden belast, ongeacht of sprake is van een natuurlijk persoon of lichaam, en ongeacht het vestigingsland van de naamloze vennootschap die zich omzet in een SE. Wel moet in het oog worden gehouden dat een verhoging van het nominaal gestorte kapitaal in het kader van de omzetting gevolgen heeft voor de dividendbelasting en de kapitaalsbelasting, zoals hierboven is aangestipt. Ook kan een wijziging van de omvang of de samenstelling van het gestorte kapitaal gevolgen hebben voor de fiscale positie van de aandeelhouder, bij voorbeeld omdat deze eerst wel de voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling vereiste 5% van het gestorte kapitaal bezat, maar bij voorbeeld na de omzetting van agio (dat verbonden is aan door andere aandeelhouders gehouden soortaandelen) in nominaal kapitaal onder deze grens daalt. Een ander voorbeeld betreft de aandeelhouder die voor de omzetting geen aanmerkelijk belang had in de NV, maar als gevolg van de verdeling van het kapitaal in soortaandelen na de omzetting opeens wel een aanmerkelijk belang heeft in de SE op grond van zijn bezit van tenminste 5% van een van de aandelensoorten.
Omdat een SE fiscaal moet worden behandeld als een naamloze vennootschap, valt niet te verwachten dat de aandeelhouder in een fiscaal nadeliger positie terecht komt als gevolg van de omzetting van de naamloze vennootschap in een SE. Zo maakt bij voorbeeld de exacte aard van de rechtsvorm voor de deelnemingsvrijstelling niet uit, zolang de dochtermaatschappij maar kan worden aangemerkt als een vennootschap "welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" (art. 13, tweede lid Wet Vpb '69). Ook voor bij voorbeeld de fiscale eenheid brengt de omzetting geen verandering. De tot deze faciliteit toegelaten rechtsvormen zijn weliswaar in art. 15, derde lid, onderdelen d en e en vierde lid, onderdeel b, met name genoemd, maar als gevolg van de fiscale gelijkstelling van de SE met de naamloze vennootschap (zie par. 4 hierboven) heeft ook de SE toegang tot deze faciliteit.

8. Fiscale gevolgen zetelverplaatsing SE

8.1 Inleiding

De verordening maakt het mogelijk dat de SE haar statutaire zetel verplaatst naar een andere lidstaat (art. 8 SE-VO). Op grond van het voorschrift van art. 7 zal zij ook haar hoofdbestuur naar de andere lidstaat dienen te verplaatsen. Beide "zetels" hoeven niet maatgevend te zijn voor de fiscale vestigingsplaats van de SE. Zoals in par. 3 is aangegeven kan een lidstaat een fiscaal vestigingsplaatsbegrip hanteren dat niet volledig aansluit bij de plaats van de statutaire zetel of het hoofdbestuur. Nederland hanteert zelfs twee vestigingsplaatscriteria die hier van afwijken, namelijk de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 en de plaats van de feitelijke leiding ex art. 4 AWR, welk criterium een ander land als woonland zou kunnen aanwijzen dan de lidstaat van het hoofdbestuur (zie eveneens par. 3 hierboven). Bij de behandeling van de "zetelverplaatsing" van de SE moet derhalve worden onderscheiden tussen de situaties dat de zetelverplaatsing van de SE tevens het einde betekent van het fiscaal inwonerschap van de SE in Nederland en de zetelverplaatsing waarbij dat niet het geval is. In die laatste situatie zal doorgaans (afhankelijk van het fiscale vestigingsplaatscriterium van het land van de nieuwe statutaire zetel) sprake zijn van *dual residence*.
In de situatie dat de zetelverplaatsing het einde betekent van het fiscaal inwonerschap van de SE, zal de SE doorgaans geconfronteerd worden met een emigratieheffing. Uit het eerder aangehaalde onderzoek van het IBFD blijkt dat alle (huidige) lidstaten een dergelijke emigratieheffing toepassen[420]. Wel wordt in veel lidstaten een uitzondering gemaakt voor het geval een vaste inrichting achterblijft[421]. Ter zake van de in dat vaste-inrichtingsvermogen besloten meerwaarden blijft de belastingclaim immers behouden, omdat die claim bij realisatie van de meerwaarden door de vaste inrichting ook na de zetelverplaatsing nog kan worden belast onder het regime voor de buitenlandse belastingplicht.
Heffing van een "exit tax" bij zetelverplaatsing zal in veel gevallen prohibitief zijn voor de verplaatsing. Immers, de SE moet belasting betalen over stille reserves die nog niet gerealiseerd zijn en over goodwill die naar de aard der zaak toekomstige – en dus nog niet gerealiseerde – winst betreft. Het "pay as you earn" beginsel is hier ver te zoeken. Sanders had in zijn voorontwerp van het statuut van de SE reeds gezocht naar een oplossing om dit betalingsprobleem te voorkomen en toch recht te doen aan de wens tot claimbehoud van het land van vertrek (zie par. 1.1 hierboven). Het probleem strekt echter verder dan een liquiditeitsprobleem: omdat bij emigratie belas-

---

420 Survey on the Societas Europaea, IBFD, September 2003, blz. 26-27.
421 Idem.

ting wordt geheven over nog niet gerealiseerde winsten, is het goed mogelijk dat door commerciële tegenwind deze winsten nimmer zullen worden gerealiseerd. Kortom, een emigratieheffing bij zetelverplaatsing is een majeur obstakel, waarbij slechts de volgende relativering past.

(i) Tegenover het nadeel van de emigratieheffing staat in sommige gevallen het voordeel dat bij binnenkomst in de nieuwe lidstaat van vestiging de openingsbalans mag worden gesteld op de werkelijke waarde. Indien daarop bij voorbeeld ook goodwill mag worden geactiveerd, waarover vervolgens in korte tijd mag worden afgeschreven, zal de daaruit voortvloeiende belastingreductie in het nieuwe vestigingsland een deel van de pijn van de eerder betaalde "exit tax" verzachten. In veel lidstaten is het echter onduidelijk of een dergelijke "step up" wordt verleend[422];

(ii) Niet elke vennootschap die verplaatst beschikt over stille reserves of goodwill waarover moet worden afgerekend (denk aan de talloze voorbeelden uit onze huidige neergaande conjunctuur), en niet elke vennootschap die wel over stille reserves beschikt, zal pijn ondervinden van een emigratieheffing. Zo zal voor een Nederlandse houdstermaatschappij de emigratiebelasting over de nog niet gerealiseerde meerwaarden van haar deelnemingen doorgaans geen *issue* zijn als gevolg van de deelnemingsvrijstelling. Ook valt te denken aan vennootschappen die beschikken over compensabele verliezen uit het verleden, welke verliezen zij bij de zetelverplaatsing toch niet kunnen "meenemen" naar de andere lidstaat, en die de emigratiebelasting geheel of ten dele kunnen absorberen.

De emigratieheffing bij zetelverplaatsing is ook nu reeds een heet hangijzer uit het oogpunt van het recht op vrije vestiging van art. 43 jo. art. 48 EG-Verdrag. Na een impasse van 14 jaar als gevolg van het Daily Mail[423] arrest, heeft het Europese Hof van Justitie (EHvJ) met het arrest inzake Überseering BV[424] de weg vrijgemaakt voor toetsing van de emigratieheffing bij zetelverplaatsing aan het recht op vrije vestiging. Met spanning wordt ook gewacht (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage) op het oordeel van het EHvJ omtrent de mogelijke strijdigheid van de Franse emigratieheffing voor winst uit aanmerkelijk belang, inzake de emigratie van een fransman (H. de Lasteyrie du Saillant) vanuit Frankrijk naar België. Indien het EHvJ het advies van de Advocaat-Generaal volgt en het Franse regime strijdig acht met het recht op vrije vestiging, zal dit ook repercussies hebben op de emigratieheffing ter zake van de zetelverplaatsing van vennootschappen in de EU (in Nederland wordt de *exit tax* voor vennootschappen zelfs opgelegd zonder mogelijkheid van uitstel van betaling).

---

[422] Het rapport van het IBFD noemt vijf lidstaten waar dit onduidelijk is; Survey on the Societas Europaea, IBFD, September 2003, blz. 26-27.

[423] EHvJ 27 september 1988, C-81/87 (Daily Mail Plc).

[424] EHvJ 5 november 2002, C-208/00 (Überseering BV).

8.2 *Fusierichtlijn en zetelverplaatsing*

Zetelverplaatsing SE en vrijheid van vestiging (art. 43 EG-Verdrag)
Het op 17 oktober 2003 gepubliceerde aanpassingsvoorstel van de Fusierichtlijn[425] bevat een afzonderlijke regeling voor de zetelverplaatsing van een SE. Punt 5 van de considerans van de aanpassingsrichtlijn bevat een hoogdravende en veelbelovende passage omtrent de zetelverplaatsing van de SE:

"De verplaatsing van de statutaire zetel is een vorm van uitoefening van de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in de artikelen 43 en 48 van het Verdrag. Er vindt geen overdracht van activa plaats en de vennootschap noch haar deelgerechtigde verwerven enigerlei inkomsten, winsten of meerwaarden.[426] *Het besluit van de vennootschap tot bedrijfsreorganisatie door middel van de verplaatsing van de statutaire zetel mag niet worden belemmerd door discriminerende belastingregels of beperkingen, nadelen of verstoringen als gevolg van nationale belastingwetgeving die in strijd is met het Gemeenschapsrecht."*

Na deze passage verwacht de lezer een regeling voorgeschoteld te krijgen die niet in strijd is met het Gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder met het recht op vrije vestiging, en die voorkomt dat moet worden afgerekend over nog niet gerealiseerde winsten. De uitwerking van de regeling valt echter tegen:

"De verplaatsing van de statutaire zetel vereist dat er enkele nieuwe regels worden ingevoerd, die evenwel concurrentieneutraal moeten zijn. Indien bij de verplaatsing van de statutaire zetel de activa van de SE (...) feitelijk verbonden blijven met een vaste inrichting die tot de SE (...) behoort en die gelegen is in de lidstaat waar de SE (...) voordien haar woonplaats had, zou deze vaste inrichting in aanmerking moeten komen voor soortgelijke voordelen als die welke zijn neergelegd in de artikelen 5,6 en 10 van Richtlijn 90/434 EEG [JWB: de Fusierichtlijn] met betrekking tot belastingvrijstelling van voorzieningen en reserves, overname van verliezen en belasting van in een derde lidstaat gelegen vaste inrichtingen van de SE (...)."

Met andere woorden, de SE moet bij haar verplaatsing gewoon belasting betalen over de nog niet gerealiseerde stille reserves, open fiscale reserves en voorzieningen en goodwill, hetgeen slechts uitzondering lijdt voor die

---

425 Zie par. 5.2 hierboven.
426 Deze passage verwijst naar het "pay as you earn" beginsel.

reserves en goodwill die verbonden zijn aan een in de lidstaat van vertrek achterblijvende vaste inrichting[427]. Zetelverplaatsing van een SE heeft weinig zin indien haar zwaartepunt in een vaste inrichting in de lidstaat van vertrek zou achterblijven, dus in de meeste gevallen zal de SE die haar zetel wil verplaatsen over het merendeel van haar vermogen (althans de daarin besloten stille reserves en goodwill) moeten afrekenen. De partiële doorschuiffaciliteit van de Fusierichtlijn ter zake van louter het achterblijvende vasteinrichtingsvermogen is dan ook niet meer dan een druppel op een gloeiende plaat. Kennelijk is hier sprake van een compromis ter wille van de aanvaardbaarheid van het aanpassingsvoorstel. Jammer is echter dat dit compromis is verpakt in woorden die de indruk wekken dat deze regeling volledig tegemoet komt aan het vrije vestigingsrecht van de SE. In de eerste de beste procedure voor het EHvJ inzake de strijdigheid van een emigratieheffing bij zetelverplaatsing met art. 43 EG-Verdrag, in een geval waarin geen vaste inrichting achterblijft en over alle stille reserves en dergelijke moet worden afgerekend, zal de betreffende lidstaat immers fijntjes kunnen wijzen op de in dit aanpassingsvoorstel van de Fusierichtlijn opgenomen regeling. Het EHvJ zal derhalve niet alleen de litigieuze nationale "exit tax" in strijd met het vestigingsrecht moeten verklaren, maar ook de onderhavige regeling van de Fusierichtlijn. Nu heeft het EHvJ weliswaar de bevoegdheid om richtlijnen (secundair Gemeenschapsrecht) in strijd te verklaren met de vrijheden van het EG-Verdrag (primair Gemeenschapsrecht), het zal onmiskenbaar een extra drempel vormen voor het EHvJ om te oordelen dat een emigratieheffing die in overeenstemming is met de techniek van de Fusierichtlijn in strijd is met het vestigingsrecht. Vanuit dit oogpunt is de voorgestelde regeling van de Fusierichtlijn dan ook een stap terug in plaats van een stap voorwaarts. Indien het EHvJ in dit geval de kool en de geit zou willen sparen, zou dit nog slechts kunnen door de emigratieheffing bij zetelverplaatsing – in situaties waarin dit door de Fusierichtlijn wordt toegestaan – als zodanig niet in strijd met het vrije vestigingsrecht te verklaren, maar op grond van het proportionaliteitsbeginsel de uitvoering van deze heffing wel daarmee in strijd te achten (bij voorbeeld omdat geen sprake is van uitstel van betaling van de belastingschuld tot het moment van daadwerkelijke realisatie van de winst na zetelverplaatsing, of indien wel uitstel van betaling is ingevoerd, omdat sprake is van een onnodig bezwarende voorwaarde van zekerheidsstelling).

Een voorvraag waar de considerans van de aanpassingsrichtlijn overigens overheen stapt, is of een SE met haar hybride vennootschapsstatuut onder de reikwijdte valt van het recht op vrije vestiging. Negatieve beantwoording van

---

[427] Afhankelijk van de interpretatie van art. 10 Fusierichtlijn geldt dit ook voor een vaste inrichting gelegen in een derde land.

deze vraag zou niet alleen ongewenst maar ook uiterst bizar zijn. Daarom is het aardig om erop te wijzen dat vennootschappen die een beroep willen doen op art. 43 EG-Verdrag moeten voldoen aan de omschrijving van art. 48 EG-Verdrag. Deze omschrijving maakt duidelijk dat het, voor zover hier van belang, moet gaan om: *"vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een Lid-Staat zijn opgericht"*. Is daarvan sprake bij een SE? In de bijlage bij de aangepaste Moeder-dochter richtlijn staan de SE's aangeduid als *"vennootschappen opgericht overeenkomstig Verordening (...)"*. Indien deze twee beschrijvingen van het oprichtingsstatuut inderdaad niet met elkaar zijn te rijmen, betekent dit nog niet dat de SE geen toegang heeft tot het recht op vrije vestiging. Zij zal in dat geval haar heil moeten zoeken in de door art. 10 SE-VO – zo men wil, art. 9, eerste lid, onderdeel c, ten tweede SE-VO[428] – voorgeschreven gelijke behandeling van de SE met een locale naamloze vennootschap, welke gelijkstelling ook zou moeten gelden voor toepassing van het EG-Verdrag. Nu een naamloze vennootschap, "opgericht in overeenstemming met het recht van (een van) de lidstaten", wel toegang heeft tot art. 43 EG-Verdrag, kan dit aan de SE uiteraard niet worden onthouden.

Titel IV bis Fusierichtlijn

Volgens punt 9 van het aanpassingsvoorstel wordt met het oog op zetelverplaatsing van de SE een nieuwe titel IV bis toegevoegd aan de Fusierichtlijn. Deze titel bevat drie nieuwe bepalingen: art. 10 bis, art. 10 ter en art. 10 quater. Alle drie de bepalingen hebben betrekking op de verplaatsing van de statutaire zetel van de SE. Derhalve zien de bepalingen niet op een emigratieheffing die zou voortvloeien uit de verplaatsing van het hoofdbestuur van de SE of de verplaatsing van een aanknopingspunt ter bepaling van de fiscale vestigingsplaats, zoals de werkelijke of feitelijke leiding van de SE.

Art. 10 bis. Het eerste lid van art. 10 bis schrijft de hierboven reeds aangestipte partiële niet-afrekening voor:

"De verplaatsing van de statutaire zetel van een SE (...) leidt niet tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden uit de activa en passiva van de inbrengende vennootschap die, als gevolg van de verplaatsing van de statutaire zetel, feitelijk verbonden blijven met een vaste inrichting van de SE (...) in de lidstaat waar deze voor de verplaatsing van haar statutaire zetel was gevestigd, en die bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag."

---

428 Zie voor een toelichting par. 2 en par. 5.1 hierboven.

Het begrip "vaste inrichting" is niet omschreven in de Fusierichtlijn, noch in het aanpassingsvoorstel, maar het ligt in de rede uit te gaan van een invulling van dit begrip die ook daadwerkelijk resulteert in het met de Fusierichtlijn beoogde claimbehoud, hetgeen neerkomt op het inlezen van het Nederlandse vaste inrichtingsbegrip voor zover dit niet ruimer is dan het vaste-inrichtingsbegrip van het toepasselijke belastingverdrag[429]. Deze interpretatie gaat overigens een stap verder dan de letterlijke tekst van het eerste lid, dat slechts aanknoopt bij "de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag", hetgeen een verwijzing naar het nationale vaste inrichtingsbegrip impliceert en niet een verwijzing naar de werking van een belastingverdrag op grond waarvan de heffing over de nationale belastinggrondslag ook daadwerkelijk kan worden geëffectueerd. Voor het overige is de boodschap van art. 10 bis duidelijk: op grond van het tweede lid dient ter zake van het achterblijvende vaste inrichtingsvermogen te worden gehandeld "alsof de statutaire zetel niet was verplaatst". Dit betekent dat de boekwaarde van de activa en passiva geen verandering ondervindt als gevolg van de zetelverplaatsing en dat afschrijvingen, meerwaarden en waardeverminderingen op de oude voet worden berekend. Art. 10 bis, tweede lid schrijft hier derhalve tevens voor dat de grondslag voor de buitenlandse belastingplicht van de SE niet mag afwijken van de grondslag voor de binnenlandse belastingplicht. Het derde lid biedt de SE de mogelijkheid om te opteren voor andere regels met betrekking tot de waardering van activa en passiva, afschrijving, en dergelijke. Art. 10 bis, tweede en derde lid, komt overeen met de reeds bestaande bepalingen van art. 4, derde en vierde lid Fusierichtlijn[430].

Art. 10 ter. Art. 10 ter is een vergaarbak van losse onderwerpen die verband houden met de zetelverplaatsing en die deels al elders in de Fusierichtlijn zijn geregeld. Het betreft het recht om de fiscale reserves en voorzieningen ter zake van de achterblijvende vaste inrichting onverminderd in stand te houden (eerste lid), de instandhouding van het recht op verliescompensatie conform art. 6 Fusierichtlijn (tweede lid; naar de letterlijke tekst niet beperkt tot verliezen die betrekking hebben op de door de vaste inrichting uitgeoefende activiteit), de overeenkomstige toepassing van art. 10 Fusierichtlijn ter zake van een vaste inrichting in een derde lidstaat (derde lid) en een definitiebepaling die nodig is om de verwijzing naar bestaande bepalingen naar analogie op de zetelverplaatsing te kunnen toepassen (vierde lid).

---

[429] Zie hieromtrent: E. van den Brande-Boomsluiter, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, hoofdstuk 3, Fiscale Monografieën nr. 110, Kluwer-Deventer 2003, blz. 54 e.v.

[430] Ik gebruik hier de artikelnummering van het aanpassingsvoorstel.

Art. 10 quater. Bijzonder interessant is de bepaling van art. 10 quater, eerste lid:

"De verplaatsing van de statutaire zetel van een SE (...) leidt op zich niet tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van de deelgerechtigden."

Deze bepaling verbiedt derhalve de aandeelhouder te belasten ter zake van de zetelverplaatsing van de SE. Hieronder kom ik terug op de gevolgen van deze bepaling voor de Nederlandse belastingwetgeving. Het tweede lid van art. 10 quater maakt duidelijk dat het eerste lid de lidstaten niet in de weg staat om belasting te heffen over de winst die voortvloeit uit de latere vervreemding van de aandelen. Let wel, deze bepaling staat derhalve niet toe dat ter zake van de zetelverplaatsing een belastbaar feit wordt geconstateerd waarbij vervolgens uitstel van betaling voor de daaruit voortvloeiende belastingschuld wordt verleend tot het moment van daadwerkelijke vervreemding van de aandelen. Het tweede lid geeft slechts aan dat de zetelverplaatsing van de SE als zodanig niet in de weg staat aan een voortdurende belastingplicht van de aandeelhouders, bij voorbeeld zoals in Nederland geschiedt op basis van de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid Wet IB '01, waarbij onder omstandigheden de buitenlandse belastingplicht voor winst uit aanmerkelijk belang in stand blijft, ook al is de bewuste vennootschap niet meer statutair of feitelijk in Nederland gevestigd.

8.3 Fiscale gevolgen voor de SE

"Zetel" verplaatsing

De Nederlandse regeling die van belang is voor de zetelverplaatsing van de SE naar het buitenland is neergelegd in de artikelen 15c en 15d Wet Vpb '69[431]. Art. 15c bevat een eindafrekeningsverplichting voor de situatie dat de "belastingplichtige voor de toepassing van deze wet of een verdrag (...) niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland". Deze regeling knoopt derhalve aan bij het beëindigen van het fiscale inwonerschap voor de nationale wet of voor toepassing van een belastingverdrag. Een statutair in Nederland gevestigde SE zal doorgaans[432] onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie vallen (art. 2, vierde lid Wet Vpb '69)[433], zodat het aankomt

---

431 De gevolgen van de zetelverplaatsing op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het regime van de fiscale eenheid komen hieronder nog kort aan de orde.

432 Dat wil zeggen (in de kennelijke optiek van de wetgever): indien zij statutair in Nederland gevestigd is geweest vanaf haar oprichting en niet als gevolg van een eerdere statutaire zetelverplaatsing naar Nederland.

433 Zie par. 3.2 hierboven.

op de vraag of de statutaire zetelverplaatsing van een SE ook zal leiden tot het verliezen van het Nederlandse verdragsinwonerschap. In dat geval verliest Nederland volgens constante jurisprudentie de heffingsbevoegdheid over de inkomensbestanddelen van de SE die volgens het verdrag niet meer uitdrukkelijk aan Nederland zijn toegewezen. In de meeste belastingverdragen met de huidige lidstaten en de nieuw toetredende landen, wijst het belastingverdrag het inwonerschap toe aan het land waar zich de werkelijke leiding van de SE bevindt[434]. Geen van de verdragen knoopt aan bij de statutaire zetel van de vennootschap. Statutaire zetelverplaatsing van de SE zal ex art. 7 SE-VO echter gepaard moeten gaan met verplaatsing van het hoofdbestuur naar dezelfde lidstaat en doorgaans zal de plaats van het hoofdbestuur samenvallen met de plaats van de werkelijke of feitelijke leiding van de SE. In het gros van de gevallen van statutaire zetelverplaatsing van de SE, zal de emigratieheffing van art. 15c Wet Vpb daarvan het weliswaar indirecte, maar onmiskenbaar met de statutaire zetelverplaatsing samenhangende gevolg zijn. Verplaatst de SE haar statutaire zetel, haar hoofdbestuur/werkelijke leiding en al haar activiteiten naar een (nieuwe) lidstaat waarmee Nederland (nog) geen belastingverdrag heeft (bijv. Cyprus), dan blijft de SE als gevolg van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 onverminderd binnenlands belastingplichtig en is eindafrekening niet aan de orde. De Fusierichtlijn bevat geen voorschriften die de nadelige gevolgen van een dergelijke fiscale "dual residence" – te weten: dubbele belastingheffing – voorkomen. In zoverre wreekt hier zich het feit dat de verordening geen voorschriften (meer) bevat die aangeven welke lidstaat bevoegd is de SE voor de belastingheffing als inwoner te beschouwen.
Art. 15d Wet Vpb '69 is een eindafrekeningsbepaling die aangrijpt bij het "ophouden in Nederland belastbare winst te genieten". Daarvan zou bij voorbeeld sprake zijn indien de SE ten tijde van haar zetelverplaatsing een vaste inrichting in Nederland achterhoudt, maar in enig jaar daarop de activiteiten van de vaste inrichting beëindigt.

Partiële eindafrekening (15c Wet Vpb '69)
Art. 15c Wet Vpb '69 schrijft een partiële eindafrekening voor in het hierboven genoemde geval dat de SE als gevolg van de statutaire zetelverplaatsing en de verplaatsing van het hoofdbestuur haar Nederlandse verdragsinwonerschap inruilt voor het verdragsinwonerschap van de nieuwe lidstaat van vestiging. Er behoeft "slechts" over die vermogensbestanddelen (inclusief niet-geactiveerde goodwill) te worden afgerekend waarvan de voordelen als gevolg van de zetelverplaatsing niet meer begrepen kunnen worden in de in Nederland belastbare winst. Dit betekent dat over vermogensbestanddelen

[434] Zie par. 3.3 hierboven.

die achterblijven in een binnenlandse vaste inrichting (en over binnenlands onroerend goed) geen emigratieheffing verschuldigd is. In zoverre is aan de voorschriften van het voorgestelde art. 10 bis, eerste lid Fusierichtlijn voldaan. Ook aan het tweede lid van art. 10 bis (continuïteit ten aanzien van afschrijvingen, boekwaarden e.d.) en aan de bepalingen van art. 10 ter, eerste en tweede lid (continuïteit ten aanzien van reserves resp. het recht op verliescompensatie) zal zijn voldaan, nu de SE ondanks haar statutaire zetelverplaatsing binnenlands belastingplichtig blijft (art. 2, vierde lid Wet Vpb '69)[435]. Het vermogen van een vaste inrichting die gelegen is in de lidstaat van de nieuwe statutaire zetel van de SE of in een derde lidstaat zal ook onder de reikwijdte van art. 15c Wet Vpb '69 vallen. Het is niet duidelijk of deze emigratieheffing, die door de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting veelal ongedaan zal worden gemaakt, in overeenstemming is met het voorgestelde art. 10 ter, derde lid Fusierichtlijn (overeenkomstige toepassing van art. 10 Fusierichtlijn – reeds behandeld in par. 6.1 hierboven).

Overige gevolgen vennootschapsbelasting

Behalve toepassing van art. 15c Wet Vpb '69, kan zetelverplaatsing van de SE nog een aantal vervelende gevolgen hebben. Zo zal ten aanzien van de SE die als binnenlands belastingplichtige moeder- of als dochtermaatschappij is opgenomen in een fiscale eenheid (art. 15 Wet Vpb '69), die fiscale eenheid worden beëindigd indien de SE met haar statutaire zetel ook haar hoofdbestuur/werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst. De vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 geldt immers niet voor toepassing van art. 15 Wet Vpb '69. Het beëindigen van de fiscale eenheid kan belastingschulden oproepen, bij voorbeeld als gevolg van toepassing van de anti-misbruikbepaling van art. 15ai Wet Vpb '69. Indien een dergelijke heffing betrekking heeft op de meerwaarden uit de activa en passiva van de SE zelf (en indien het niet mogelijk is deze claim door te schuiven naar een aansluitende fiscale eenheid met de SE als buitenlands belastingplichtige op de voet van art. 40 Besluit fiscale eenheid 2003) is het nog maar de vraag of deze heffing in overeenstemming is met het voorgestelde art. 10 bis Fusierichtlijn. De verplaatsing van de statutaire zetel van de SE leidt in dat geval immers (indirect, als gevolg van de verplaatsing van haar hoofdbestuur/werkelijke leiding) tot "enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden uit de activa en passiva" van de verplaatste SE.

---

435 Met dien verstande dat die binnenlandse belastingplicht als gevolg van de toewijzingsbepalingen uit het toepasselijke belastingverdrag (indien dit de verdragswoonplaats aan de andere lidstaat toewijst) geheel of voor een deel niet kan worden geëffectueerd.

Dividendbelasting
De statutaire zetelverplaatsing van de SE zal in beginsel niet af doen aan haar inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Immers, op grond van art. 1, derde lid Wet Div.bel. '65 wordt de verplaatste SE nog steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd[436].
Indien de statutaire zetelverplaatsing (en de verplaatsing van het hoofdbestuur) van de SE tot gevolg heeft dat zij voor toepassing van een belastingverdrag inwoner wordt van een andere lidstaat, kan het toepasselijke belastingverdrag met de lidstaat van vestiging en het belastingverdrag met het land van de aandeelhouders (zo deze geen inwoner zijn van de nieuwe lidstaat van vestiging maar van een derde land) tot gevolg hebben dat Nederland niet meer bevoegd is om dividendbelasting te heffen, met uitzondering van dividend dat aan inwoners van Nederland wordt uitgekeerd[437]. De dividendbelastingclaim op de winstreserves van de SE gaat derhalve als gevolg van deze verdragstoepassing teniet.

8.4 Fiscale gevolgen voor de aandeelhouder

Buitenlands belastingplichtige aanmerkelijk-belanghouder
De toelichting bij het voorgestelde art. 10 quater, eerste lid Fusierichtlijn luidt als volgt:

"12. De positie van de deelgerechtigden van de vennootschap wijzigt niet door de verplaatsing van de statutaire zetel. Er is echter wel een wijziging die in fiscaal opzicht van belang kan zijn. De deelgerechtigden houden een deelneming in een vennootschap die haar fiscale woonplaats wijzigt. Daardoor kan ook de belastingregeling die van toepassing is op de inkomsten of winsten uit deze bewijzen van deelgerechtigdheid, wijzigen.
13. Het nieuwe artikel 10 quater, lid 1, garandeert dat de deelgerechtigden niet worden belast op hun inkomsten, winsten of meerwaarden bij de verplaatsing van de statutaire zetel van de vennootschap".

De opmerking in punt 12 van de toelichting raakt – voor wat betreft Nederland – de positie van de natuurlijke persoon die buitenlands belastingplichtig is voor winst uit aanmerkelijk belang. Art. 7.5, zevende lid Wet IB '01 creëert een fictieve vervreemding van de aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap in het geval dat de vennootschap haar werkelijke leiding uit Nederland verplaatst. Strikt genomen ziet deze bepaling derhalve niet op de situatie dat de SE haar statutaire zetel verplaatst.

---

[436] Indien zij vanaf haar oprichting statutair in Nederland gevestigd is geweest.
[437] Zie HR 2 september 1992, BNB 1992/379, resp. HR 28 februari 2001, BNB 2001/295.

Echter, gelet op het feit dat statutaire zetelverplaatsing ex art. 7 SE-VO gepaard moet gaan met de verplaatsing van het hoofdbestuur van de SE en gelet op het feit dat het hoofdbestuur veelal tevens de werkelijke leiding zal vormen van de SE, valt deze emigratieheffing mijns inziens onder het verbod van het voorgestelde art. 10 quater, eerste lid Fusierichtlijn[438]. Weliswaar laat het tweede lid van deze bepaling heffing toe over winst die voortvloeit uit latere vervreemding (zie boven, par. 8.2), maar daarmee is niet gedoeld op de conserverende aanslag maar veeleer op de situatie dat ondanks de zetelverplaatsing van de SE de belastingplicht van de aandeelhouder ter zake van zijn aandelenbezit in de SE in stand blijft. De toelichting bij het tweede lid van art. 10 quater is in dit opzicht verwarrend, omdat deze, mijns inziens ten onrechte, de indruk wekt dat de Nederlandse heffing door middel van een conserverende aanslag wel is toegestaan[439]. Naar mijn mening dient art. 7.5, zevende lid, Wet IB '01 dan ook te worden aangepast. Eenvoudig zal een dergelijke aanpassing niet zijn, omdat een dergelijke aanpassing niet alleen voor SE's maar ook voor andere vennootschappen zal moeten gelden.

Aandeelhouder is moedermaatschappij van fiscale eenheid

Hetgeen hierboven is opgemerkt omtrent de SE die als gevolg van haar zetelverplaatsing een fiscale eenheid verbreekt, geldt ook indien de belastingheffing die daarvan het gevolg is (bij voorbeeld ex art. 15ai Wet Vpb '69) betrekking heeft op meerwaarden van de moedermaatschappij van de SE. Op grond van het voorgestelde art. 10 quater, eerste lid Fusierichtlijn lijkt mij een dergelijke heffing niet toegestaan. Een beroep op het anti-misbruikkarakter van art. 15ai zal Nederland waarschijnlijk niet baten, omdat art. 11 Fusierichtlijn misbruikbestrijding alleen toestaat in de situatie van "fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil". Opmerkelijk genoeg is deze opsomming in art. 11, eerste lid Fusierichtlijn niet uitgebreid met "verplaatsing van de statutaire zetel van een SE". Ten tweede, ook al zou art. 11 Fusierichtlijn van toepassing zijn op de zetelverplaatsing, zal toch in veel gevallen niet kunnen worden gezegd dat deze "als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft".

---

438 Het hierboven geciteerde punt 12 van de Toelichting blijkt te zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de verplaatsing van de statutaire van de SE tot gevolg heeft dat zij ook haar fiscale vestigingsplaats wijzigt.

439 De toelichting bij het voorgestelde art. 10 quater, tweede lid Fusierichtlijn, luidt als volgt: "Lid 2 van artikel 10 quater voorziet in de uitstel van belasting tot op het tijdstip van een latere vervreemding van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap".

9. Aanbevelingen

Voorgaande, deels technische analyse van de fiscale aspecten van de oprichting en het bestaan van de SE brengt mij tot de volgende aanbevelingen:

- de aanpassing van de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb '69 met het oog op de SE raakt kant nog wal en is zelfs in strijd met art. 10 SE-VO. Het zou beter zijn de aan deze bepaling vastgeplakte volzin – die aanknoopt bij de oprichting van de SE – te veranderen in een toevoeging die duidelijk maakt dat een statutair in Nederland gevestigde SE onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie valt. Hetzelfde geldt voor de aanpassing van art. 4.35 Wet IB '01 en art. 1, derde lid, Wet Div.bel.'65;

- de eindafrekening ten laste van de verdwijnende NV bij oprichting van een SE door middel van fusie moet worden gemitigeerd. De bescherming die de fiscale Fusierichtlijn voor grensoverschrijdende fusies biedt, neemt de fiscale obstakels bij een dergelijke fusie onvoldoende weg; hopelijk zal het binnenkort te verschijnen arrest van het EHvJ inzake H. de Lasteyrie du Saillant enig houvast bieden omtrent de vraag op welke wijze een lidstaat haar belastingclaim in dergelijke gevallen nog wèl veilig mag stellen (bij voorbeeld uitstel van betaling zonder de eis van zekerheidsstelling?);

- indien deze stap gezet is, dient op dezelfde wijze de eindafrekening bij zetelverplaatsing van de SE te worden gemitigeerd; hoewel daarvoor in de Fusierichtlijn een aparte regeling is getroffen, is het recht van de SE om zich door middel van zetelverplaatsing in een andere lidstaat te vestigen op de voet van art. 43 EG-Verdrag nog onvoldoende gewaarborgd; een dergelijke regeling kan overigens niet beperkt blijven tot zetelverplaatsing van de SE op de voet van art. 8 SE-VO, maar zal moeten gelden voor alle situaties waarin een binnenlands belastingplichtige naar een andere lidstaat vertrekt met als gevolg dat zij voor toepassing van het belastingverdrag met die lidstaat niet meer als inwoner wordt aangemerkt;

- de buitenlands belastingplichtige natuurlijke persoon met een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde SE mag met ingang van 1 januari 2005 niet meer worden geconfronteerd met de eindafrekening (voor inkomsten uit aanmerkelijk belang) van art. 7.5, zevende lid Wet IB '01 indien de SE haar zetel naar een andere lidstaat verplaatst; deze bepaling komt immers in strijd met het nieuwe art. 10 quater van de fiscale Fusierichtlijn (indien het huidige voorstel ongewijzigd wordt aan-

vaard); art. 7.5, zevende lid Wet IB '01 dient derhalve te worden aangepast, hetgeen niet eenvoudig zal zijn omdat een dergelijke aanpassing waarschijnlijk niet beperkt kan blijven tot SE's;

- bij implementatie van het nieuwe art. 10 ter van de Fusierichtlijn dient de Nederlandse wetgever duidelijkheid te scheppen omtrent de vraag of bij fusie en zetelverplaatsing moet worden afgerekend over het vermogen van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting;

- het zou wenselijk zijn dat de wetgever of de staatssecretaris in zijn hoedanigheid van uitvoerder van de belastingwet bevestigt dat een bestaand recht op verliescompensatie van de verdwijnende vennootschap, in geval van oprichting van een SE door middel van fusie, integraal overgaat op de binnenlandse vaste inrichting die de buitenlandse overnemende vennootschap (de SE) als gevolg van fusie verwerft;

- er is nadere bezinning nodig over de fiscale behandeling van de oprichting van een SE door middel van een "upstream" moeder-dochter fusie (en daarmee van dit soort fusies in het algemeen); gelet op de overeenkomsten met een gewone liquidatie van de dochtermaatschappij is wellicht de vervreemdingsfictie die aan de fiscale behandeling van de fusie ten grondslag ligt, en die voorkomt dat hier sprake is van een dividenduitkering, minder gepast;

- in het verlengde hiervan: de belastingheffing bij de moedervennootschap – in geval van oprichting van een SE door middel van een "upstream" moeder-dochter fusie – op grond van art. 13k Wet Vpb '69 is in strijd met art. 7 Fusierichtlijn, voor die situaties waarin doorschuiven van de fiscale claim niet mogelijk is; art. 13k dient derhalve te worden aangepast;

- de wetgever dient zich te beraden op de kans dat onverkorte handhaving van art. 15ai Wet Vpb '69 in strijd komt met de fiscale Fusierichtlijn (art. 10 bis en 10 quater) indien deze bepaling toepassing vindt als gevolg van de zetelverplaatsing van een in een Nederlandse fiscale eenheid gevoegde SE;

- indien wordt vastgehouden aan de "opstapresolutie" voor de dividendbelasting in geval van aandelenruil (Resolutie van 17 augustus 1989, nr. DB 89/4235, V-N 1989, blz. 2457), dient de werking van deze resolutie te worden uitgebreid tot winstreserves die verkregen worden van een buitenlandse naamloze vennootschap die opgaat in een Nederlandse,

overnemende naamloze vennootschap, in het kader van de oprichting van een in Nederland gevestigde SE door middel van fusie;

- tot slot: in het verlengde daarvan dient ook voor de surtax (art. IV, onderdeel B, Inv.wet Wet IB '01) een regeling te worden getroffen op grond waarvan de winstreserves die van de buitenlandse, opgeslorpte vennootschap (oprichting binnenlandse SE door middel van fusie) zijn verkregen, buiten de reikwijdte van deze heffing blijven.

10. Fiscale voor- en nadelen SE

Na lezing van het voorgaande komt uiteraard de vraag op of de fiscaliteit een ernstige hinderpaal is voor de oprichting en instandhouding van een SE. Ik besluit dan ook met een korte inventarisatie van de fiscale voor- en nadelen van de SE. Een eindoordeel over de fiscale aantrekkelijkheid van de SE is in dit stadium prematuur.

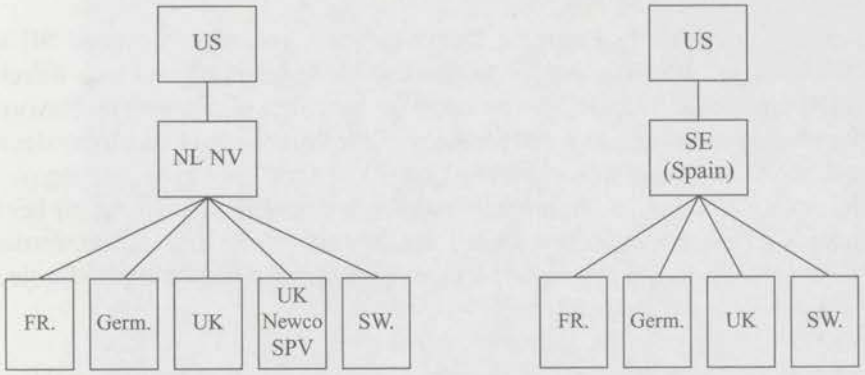
Fiscale nadelen SE

Voor wat betreft de oprichting: de fiscale obstakels betreffen vooral de oprichting van een SE door middel van fusie, omdat de verdwijnende vennootschap doorgaans met een eindafrekeningsverplichting zal worden geconfronteerd. Dit zal met name een rol spelen indien werkmaatschappijen deelnemen aan de oprichting van een SE door middel van fusie. Voor houdstermaatschappijen zal eindafrekening doorgaans veel minder een probleem vormen (in Nederland als gevolg van de deelnemingsvrijstelling). De faciliteit die de Fusierichtlijn biedt (doorschuiffaciliteit voor zover een binnenlandse vaste inrichting achterblijft) is – voor wat betreft een verdwijnende werkmaatschappij – niet meer dan een doekje voor het bloeden. De overige oprichtingsvarianten (oprichting holding-SE, oprichting dochter-SE en omzetting) zullen in veel gevallen fiscaal geruisloos kunnen geschieden. Ook aan de oprichting van "plank" SE's zijn geen bijzondere fiscale problemen verbonden.

Voor wat betreft de instandhouding: de fiscale gelijkstelling van een SE met een locale naamloze vennootschap heeft tot gevolg dat de SE op dezelfde wijze als een NV toegang heeft tot de nationale fiscale faciliteiten en tot de fiscale Moeder-dochter richtlijn, Fusierichtlijn en Rente-royalty richtlijn. Het enige fiscale obstakel betreft het punt waarop de SE zich positief onderscheidt ten opzichte van de gewone NV, namelijk de mogelijkheid van statutaire zetelverplaatsing. De fiscale faciliteit voor zetelverplaatsing die geboden wordt door de nieuwe titel IV bis van de Fusierichtlijn (doorschuiffaciliteit voor zover een binnenlandse vaste inrichting achterblijft) is niet meer dan een druppel op een gloeiende plaat. De huidige Nederlandse emigratieheffing zal echter geen lang leven beschoren zijn, gelet op het hoge tempo

waarin het EHvJ nationale fiscale maatregelen buiten werking stelt die strijdig zijn met het recht op vrije vestiging.
De fiscale gelijkstelling met de naamloze vennootschap (op de voet van art. 9 en 10 SE-VO) werkt uiteraard niet door naar landen buiten de EU. Dit roept de vraag op hoe de SE fiscaal zal worden behandeld in derde landen. In het voorgaande is daar niet op ingegaan. Om toch een kleine voorzet te geven met betrekking tot een belangrijke doelgroep: of de SE een aantrekkelijke rechtsvorm zal zijn voor Amerikaanse multinationals, zal afhangen van de vraag of de SE naar keuze fiscaal transparant kan worden gemaakt met behulp van de Amerikaanse "check-the-box" regels. Dit is het geval zolang de SE nog niet op de lijst staat van vennootschappen (doorgaans vennootschappen van het NV-type) die niet "gecheckt" kunnen worden. Opname van de SE op deze lijst zal een ontluikende Amerikaanse liefde voor deze Europese rechtsvorm als sneeuw voor de zon doen verdwijnen.
Een ander punt betreft de regel van art. 7 SE-VO, dat het hoofdbestuur zich altijd in de lidstaat van de statutaire zetel moet bevinden. De SE zal niet de meest aangewezen rechtsvorm zijn om als bestuurder daarvan een trust-kantoor aan te stellen. Ik verwacht dan ook niet dat de SE een grote vlucht zal nemen als brievenbus-vennootschap. Niet iedereen zal dit – na de Parmalat affaire – als een nadeel beschouwen.

Fiscale voordelen SE
Nu de fiscale obstakels in sommige situaties wel en in andere situaties geen rol blijken te spelen, komt de vraag op wat de fiscale voordelen zijn van de SE? Ook hier geldt dat de gelijkstelling van de SE met de locale NV tot gevolg heeft dat de SE niet fiscaal voordeliger wordt behandeld. In een enkel geval kan de SE met een beroep op titel IV van de Fusierichtlijn wellicht belastingheffing voorkomen (zie voor met de Fusierichtlijn strijdige bepalingen de samenvattende punten in par. 9 hierboven), maar een structurele rol zullen deze voordelen niet spelen. Vanuit fiscaal perspectief zie ik twee voordelen die wel het vermelden waard zijn:
(i) De oprichtingsvarianten van de SE vormen een welkome aanvulling op het gereedschap om overnames en interne reorganisaties te effectueren. In deze optiek staat niet zozeer de oprichting van een SE als doel voorop, maar het middel tot oprichting van de SE, namelijk het uitgebreide instrumentarium dat als gevolg van de oprichtingsvarianten straks de praktijk ten dienste staat. Hierboven heb ik gewezen op de mogelijkheid de situatie van hoofdhuis-vaste inrichting met één druk op de knop in een spiegelbeeldige situatie te veranderen. Een ander voorbeeld is de aanpassing van een Europese holdingstructuur door middel van grensoverschrijdende fusie, waarbij, eveneens met een druk op de knop, bij voorbeeld een Nederlandse houdstermaatschappij kan worden vervangen door een Spaanse houdstermaatschappij, zie de figuur op de volgende pagina.



En zo zullen ongetwijfeld nog meer onvermoede mogelijkheden schuilen in de talloze combinaties die de oprichtingsvarianten van art. 2 SE-VO bieden. Aanvaarding van de 10e richtlijn inzake grensoverschrijdende fusie, die recentelijk nieuw leven is ingeblazen,[440] zal dit concurrentievoordeel van de SE te zijner tijd weer wegnemen.

(ii) De SE is – in de aanloop naar de aanvaarding van de verordening – steeds gepresenteerd als een rechtsvorm die het aanhouden van locale dochtermaatschappijen in de andere lidstaten overbodig maakt. Of dit ook zo zal uitpakken is nog maar de vraag, gelet op de vele fiscale en niet-fiscale voordelen van een locale dochtermaatschappij boven een locale vaste inrichting. Indien echter de Europese uitstraling van de SE inderdaad zou leiden tot een praktijk waarin veelal sprake is van een "single entity" SE met onzelfstandige filialen (vaste inrichtingen) in de andere lidstaten, dan vergroot dit de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliescompensatie in de EU. Een aantal lidstaten, waaronder Nederland, staat toe dat verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen in mindering komen op de binnenlandse winst van het "hoofdhuis". Het ligt voor de hand dat de "single entity" SE zich zal vestigen in een grote lidstaat waar ook veel binnenlandse winst kan worden behaald om de eventuele verliezen van de buitenlandse vaste inrichtingen tegen af te zetten. Nederland is vanuit die optiek geen gunstig vestigingsland, gelet op de relatief geringe winst die in Nederland zelf zal worden behaald. Voor Nederland vormt dit voordeel dus een nadeel.

---

[440] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on cross-border mergers of companies with share capital, Brussels, 18.11.2003, COM(2003) 703 final.

11. Europese belastingharmonisatie en de SE

Aanvankelijk had de Europese Commissie het voornemen om de SE te betrekken in haar plannen om te geraken tot harmonisatie van de directe belastingen in de EU. De SE zou vanwege haar start als nieuwe rechtsvorm het ideale proefkonijn zijn om een nieuw, geharmoniseerd belastingsysteem ("Home State Taxation") op toe te passen[441]. In haar laatste mededeling over dit onderwerp geeft de Europese Commissie echter te kennen dat zij heeft moeten terugkeren op haar schreden. De vrees dat de SE fiscaal zou worden bevoordeeld boven de bestaande locale rechtsvormen heeft het proefproject vooralsnog de das omgedaan[442]:

" There is, however, a risk of discrimination and/or competition problems with the pilot scheme. The Commission services are studying this in depth, in particular to resolve potential State Aid issues."[443]

Voor wie kennis heeft genomen van de onfortuinlijke historie van de fiscale paragraaf in de SE-verordening komt dit non-discriminatie bezwaar niet onverwacht. L'histoire se répète. De remmende invloed die uitgaat van alle niet-SE's die hun status quo willen beschermen en de – alleszins begrijpelijke – geringe bereidheid van de lidstaten om fiscale soevereiniteit uit handen te geven, hebben tot gevolg dat de fiscale behandeling van de SE zich slechts stapje voor stapje zal ontwikkelen in een richting waarin geen fiscale obstakels meer aan oprichting en zetelverplaatsing van de SE in de weg staan. Dat ook Sanders 35 jaar op het statuut heeft moeten wachten biedt misschien een schrale troost. Het bevestigt in elk geval de waarheid die schuilt in het bij aanvang van dit deel opgenomen motto: *natura non facit saltus*.

---

441 Zie over dit "proefproject": Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen, Brussel, 23.10.2001, COM(2001) 582 definitief, blz. 21.

442 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, An Internal Market without company tax obstacles - achievements, ongoing initiatives and remaining challenges, Brussels, 24/11/2003, COM(2003) 726, blz. 12-13.

443 De voetnoot bij de eerste zin vermeldt zelfs: "Some observers even refer to possible constitutional problems in specific Member States".

ISBN 90-13-00878-X
NUR 827-715

Eigendom
Ulrike Verboom