
Zetelverplaatsing van de Europese vennootschap

Inleiding

Lang is ernaar uitgekeken, maar op 8 oktober aanstaande is het zover. Dan treedt de verordening¹ (hierna: de Verordening) betreffende het statuut van de Europese vennootschap, of *Societas Europaea* (SE), in werking. Vanaf dat moment kan de SE worden opgericht. Voor Nederland is een ontwerp Uitvoeringswet Verordening Europese vennootschap (hierna: de Uitvoeringswet) op 21 november 2003 bij de Tweede Kamer ingediend.²

Naast het feit dat ons recht een nieuwe kapitaalvennootschap rijker wordt, ontstaat met de komst van de SE ook de mogelijkheid tot een grensoverschrijdende fusie en een grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Onder andere vanuit fiscale hoek is er veel interesse voor de mogelijkheden

-
1. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001.
 2. Kamerstukken II 2003/04, 29 309, nr. 1 en 2.

die de SE hiertoe gaat bieden. In dit artikel zal aandacht worden besteed aan de civielrechtelijke aspecten van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Allereerst zal aandacht worden besteed aan de zetelverplaatsing in het algemeen. Vervolgens zal de procedure voor de zetelverplaatsing van de SE worden beschreven. Daarna zal worden bekeken of er alternatieven zijn.

Zetelverplaatsing en internationaal privaatrecht

Naar huidig recht kan een Nederlandse naamloze vennootschap haar statutaire zetel niet verplaatsen naar het buitenland en vervolgens onderworpen zijn aan het recht van het land van bestemming. Dit kan in verband worden gebracht met de bepaling dat de vennootschap naar Nederlands recht te ontbinden en vervolgens opnieuw op te richten naar het recht van het vestigingsland. Duidelijk mag zijn dat er op deze manier niet gesproken kan worden van één en dezelfde rechtspersoon. Bovendien zal de Nederlandse fiscus in dat geval met de onderneming willen afrekenen over de stille reserves en activa. Deze consequentie zal voor een vennootschap vaak een grote belemmering vormen om op deze wijze haar onderneming in een ander land voort te zetten.

De onmogelijkheid naar Nederlands recht tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing houdt nauw verband met de verschillende opvattingen die binnen het internationaal privaatrecht bekend staan als de *'incorporatieleer'* en de *'leer van de werkelijke zetel'*. De incorporatieleer verbindt een rechtspersoon met het recht waarnaar hij is opgericht. Wat de rechtspersoon na die oprichting ook doet, het recht van de staat van oprichting zal altijd op hem van toepassing zijn. Nederland hanteert deze leer (art. 2 van de Wet Conflictenrecht Corporaties). De leer van de werkelijke zetel gaat uit van de sociale en economische werkelijkheid. Het laat op een rechtspersoon het recht van toepassing zijn van het land van waaruit die vennootschap daadwerkelijk wordt bestuurd.

Aan beide opvattingen kleven voor- en nadelen. Een groot voordeel van de incorporatieleer is de rechtszekerheid die geboden wordt. Voor landen die een zuivere incorporatieleer aanhangen, zal het altijd vrij eenvoudig vast te stellen zijn welk recht op een vennootschap van toepassing is. Een nadeel van de incorporatieleer is het feit dat misbruik kan worden gemaakt van pseudo-buitenlandse rechtspersonen die als gevolg van diezelfde leer in het (ontvangende) rechtstelsel moeten worden erkend. Nederland heeft dit misbruik geprobeerd te ondervangen door invoering van de Wet Formeel Buitenlandse Vennootschappen (WFBV). Daardoor is onder bepaalde omstandigheden een aantal voorschriften van het Nederlandse recht van toepassing op buitenlandse vennootschappen die hun 'werkelijke zetel' in Nederland hebben (met name op het gebied van minimumkapitaal, openbaarmakingsverplichtingen en sancties indien die regels niet worden nageleefd). Nederland beriep zich er bij de invoering van deze wet op dat deze beperking van de incorporatieleer te rechtvaardigen was op grond van

het algemeen belang. Inmiddels heeft het EG Hof van Justitie in de Inspire Art-uitspraak³ uitgemaakt dat een regeling als de WFBV niet verenigbaar is met het Europese beginsel van vrije vestiging. De Nederlandse wetgever is voornemens om de WFBV dusdanig aan te passen, dat zij slechts van toepassing is op rechtspersonen die niet zijn opgericht naar het recht van een EU-lidstaat.

Het EG Hof van Justitie heeft al vóór de Inspire Art-uitspraak een aantal arresten gewezen die bepaalde beperkingen van het internationaal privaatrecht van de lidstaten voor de mobiliteit van vennootschappen wegneemt.⁴ Op grond van de EG-uitspraak kan de werkelijke zetel van een nationale vennootschap (afhankelijk van het nationale recht) worden verplaatst zonder dat dit directe gevolgen heeft voor het op de rechtspersoon toepasselijke recht, dit in tegenstelling tot de SE, waarbij de werkelijke zetel altijd in dezelfde lidstaat dient te liggen als de statutaire zetel. Bij de SE zal een verplaatsing van de werkelijke zetel altijd gepaard dienen te gaan met een statutaire zetelverplaatsing (art. 7 Verordening). Het verplaatsen van de statutaire zetel van nationale vennootschappen is in landen die de incorporatieleer aanhangen, zoals Nederland, niet mogelijk. De door de rechtspraak van het EG Hof van Justitie ingeslagen weg van de incorporatieleer wordt in de Verordening niet gevolgd.

Een nadeel van de leer van de werkelijke zetel is de rechtsonzekerheid. Om te bepalen of een rechtspersoon in een bepaald land zijn werkelijke zetel heeft, zal men zich dienen te verdiepen in de feitelijke situatie. Dit kan in de praktijk lastig zijn, mede gezien het feit dat die gegevens van jaar tot jaar kunnen verschillen.

SE en zetelverplaatsing

Een SE wordt beschouwd als een naamloze vennootschap die beheerst wordt door het recht van de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft (art. 3 Verordening). In afwijking van de lijn die het EG Hof van Justitie heeft uitgezet, wordt in de Verordening een duidelijke keuze gemaakt voor de leer van de werkelijke zetel. Dit heeft een aantal gevolgen.⁵ Ten eerste wordt in de diverse EG-landen verschillend gedacht over de interpretatie van het begrip 'werkelijke zetel'. In Nederland wordt in de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet het begrip *'hoofdbestuur'* tot uitgangspunt genomen. De kernvraag hierbij is volgens de minister: vanuit welke staat wordt de SE aangestuurd? Hiervoor is een interpretatie nodig van de feitelijke omstandigheden. Als de bestuurs- en aandeelhoudersver-

3. HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01, JOR 2003, 249.

4. O.a. in HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87 (Daily Mail), HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97, NJ 2000, 48 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, NJ 2003, 58 (Überseering-arrest).

5. Zie ook H.J. de Kluiver in: H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen & J.W. Bellingwout, De Europese vennootschap (SE), Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer 2004, p. 10 e.v.

gaderingen in Nederland worden gehouden, is het volgens de minister aannemelijk dat het hoofdbestuur zich in Nederland bevindt. In andere EU-lidstaten gelden hiervoor andere criteria.

Een tweede gevolg is dat de verplaatsing van de werkelijke zetel tot gevolg heeft dat de juridische structuur van de SE moet worden aangepast aan de eisen van het recht van de lidstaat van bestemming. Onder andere zullen de statuten van de SE dus moeten worden gewijzigd. In dat kader doet zich de ietwat vreemde situatie voor dat de statutenwijziging die nodig is om de statuten in overeenstemming te brengen met het recht van de bestemmingslidstaat, wordt beheerst door het recht van de vertrek-lidstaat. Als we uitgaan van een Nederlandse SE, dan wordt die statutenwijziging beheerst door Nederlands recht, en dient die statutenwijziging door middel van een notariële akte (in de Nederlandse taal) te geschieden. Ook zal er een verklaring van geen bezwaar dienen te worden afgegeven.⁶

De zetelverplaatsing van de SE leidt tot een wisseling van het lokale recht dat van toepassing is op de SE. De Verordening laat er geen onduidelijkheid over bestaan: de zetelverplaatsing brengt geen verandering in de identiteit van de rechtspersoon, het blijft dezelfde rechtspersoon, alleen zijn jasje verandert (art. 8 lid 1 Verordening). Vervolgens omschrijft de Verordening redelijk uitgebreid de procedure die door een SE dient te worden gevolgd, indien deze van plan is haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen. De Verordening biedt op enkele plaatsen de mogelijkheid voor de nationale wetgever om (al dan niet) zijn eigen invulling aan bepaalde voorschriften te geven. Nederland heeft daar met de Uitvoeringswet gehoor aan gegeven. Bij die aanvullende regelingen is aansluiting gezocht bij de regelgeving voor de juridische fusie opgenomen in titel 7 van Boek 2 BW, welke regelgeving weer een uitvloeisel is van de Derde EG-Richtlijn.

De procedure voor de zetelverplaatsing

De te volgen procedure voor een grensoverschrijdende zetelverplaatsing is beschreven in artikel 8 van de Verordening. De zetelverplaatsing vangt aan met een daartoe door het bestuursorgaan van de SE opgesteld voorstel. Naast de huidige naam, de statutaire zetel en het inschrijvingsnummer van de SE vermeldt het voorstel:

1. de voor de SE voorgestelde (nieuwe) statutaire zetel;
2. de voor de SE voorgestelde statuten en, in een voorkomend geval, haar nieuwe benaming;
3. de eventuele gevolgen van de verplaatsing voor de rol van de werknemers;
4. het voor de verplaatsing voorgestelde tijdschema; en
5. de rechten ter bescherming van de aandeelhouders en/of schuldeisers (art. 8 lid 2 Verordening).

6. H.J. de Kluiver, a.w., p. 19.

Hierbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat de mogelijkheid tot zetelverplaatsing alleen openstaat voor een SE waartegen geen procedure tot ontbinding, liquidatie, insolventie, opschorting van betaling of een soortgelijke procedure is ingesteld (art. 8 lid 15 Verordening).

Naast het voorstel stelt het bestuur van de SE een verslag op waarin de juridische en economische aspecten van de zetelverplaatsing worden toegelicht en onderbouwd en waarin de gevolgen van de verplaatsing voor aandeelhouders, schuldeisers en werknemers worden toegelicht (art. 8 lid 13 Verordening).

Ten minste één maand voor de algemene vergadering van aandeelhouders waarin het besluit tot de zetelverplaatsing wordt genomen, dienen alle aandeelhouders en schuldeisers kennis te hebben kunnen nemen van het voorstel en het verslag. Op verzoek dient door de SE aan de aandeelhouders en schuldeisers kosteloos een afschrift van beide stukken ter beschikking te worden gesteld.

De openbaarmaking van het voorstel vindt plaats ten kantore van het handelsregister. Daarnaast moet in een landelijk verspreid dagblad aankondiging worden gedaan van het deponeren van het voorstel (art. 3 Uitvoeringswet). In Nederland draagt vervolgens de Kamer van Koophandel en Fabrieken er ingevolge het bepaalde in artikel 17 van de Handelsregisterwet 1996 zorg voor dat van een deponering zo spoedig mogelijk mededeling wordt gedaan in de Staatscourant. Het verslag behoeft niet te worden gedeponeerd. Ook hoeft daarvan in de advertentie geen melding te worden gemaakt. Wel dient het verslag ter plaatse van het kantoor van de statutaire zetel van de SE beschikbaar te zijn voor aandeelhouders en schuldeisers.⁷

Een Nederlandse SE die tot zetelverplaatsing wil overgaan, dient voor iedere schuldenaar die dit verlangt, zekerheid te stellen of een andere waarborg te geven voor de voldoening van zijn vordering die voor de zetelverplaatsing is ontstaan of kan ontstaan. Dit geldt overigens niet indien de schuldeiser al voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de SE voldoende zekerheid biedt dat de vordering zal worden voldaan (art. 4 lid 1 Uitvoeringswet).

Twee maanden na het deponeren van het voorstel en de openbaarmaking ervan in een landelijk verspreid dagblad kan de algemene vergadering van aandeelhouders van de SE besluiten tot de zetelverplaatsing. Dit besluit dient met een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen te worden genomen (art. 8 lid 6 jo. art. 59 Verordening). De Nederlandse wetgeving heeft bij de bescherming van schuldeisers aansluiting gezocht bij de regeling die geldt

7. Kamerstukken II 2003/04, 29 309, nr. 3, p. 8.

voor de juridische fusie. In afwijking van deze regeling is de verzetstermijn voor zetelverplaatsing echter twee maanden. De Uitvoeringswet voorziet niet in aanvullende regels ter bescherming van minderheidsaandeelhouders die tegen de verplaatsing van de statutaire zetel zijn; zij dienen zich neer te leggen bij het meerderheidsbesluit van de algemene vergadering.⁸

Voordat de SE in de nieuwe lidstaat kan worden ingeschreven, dient een in Nederland gevestigde notaris een attest af te geven waaruit afdoende blijkt dat de aan de zetelverplaatsing voorafgaande handelingen en formaliteiten zijn vervuld (art. 8 lid 8 en 9 Verordening). Voordat de notaris een dergelijk attest zal kunnen afgeven, zal de SE duidelijk dienen te maken dat de belangen van de schuldeisers en houders van andere rechten afdoende beschermd zijn (art. 8 lid 7 Verordening). Ook dient de notaris zich ervan te vergewissen dat de nieuwe statuten niet in strijd zijn met de medezeggenschapsregeling uit de Richtlijn.⁹ Uiteraard zal de notaris het attest niet kunnen afgeven indien door een schuldeiser gedurende de tweemaandsperiode verzet is aangetekend.

Om redenen van algemeen belang kan ook de Minister van Justitie, binnen twee maanden na de aankondiging van het voorstel, verzet aantekenen tegen de voorgenomen zetelverplaatsing. De Minister van Justitie vervult in deze een coördinerende taak voor de andere ministeries. Een reden van algemeen belang kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de voorgenomen zetelverplaatsing van een geprivatiseerde onderneming met een openbare taak.¹⁰ Aan het verzet wordt door de minister bekendheid gegeven door inschrijving van een verklaring bij het handelsregister. De SE kan tegen het verzet in beroep gaan bij de Ondernemingskamer.

De verplaatsing van de statutaire zetel van de SE (alsmede de daarmee gepaard gaande wijziging van de statuten) wordt van kracht op de datum waarop de SE wordt ingeschreven in het register van de nieuwe statutaire zetel (art. 8 lid 10 Verordening). Hiervoor dient het attest aanwezig te zijn dat verstrekt is door de bevoegde autoriteit in de vertrekstaat. Daarnaast dient 'het bewijs dat de voor de inschrijving in het land van de nieuwe statutaire zetel vereiste formaliteiten vervuld zijn' geleverd te zijn (art. 8 lid 9, laatste zin, Verordening). Het nationale recht bepaalt welke formaliteiten dat zijn. Voor de zetelverplaatsing naar Nederland is het handelsregister van de Kamer van Koophandel de aangewezen instantie om te beoordelen of aan de formaliteiten is voldaan.

Na de inschrijving in het register van de lidstaat van bestemming stelt het register van de nieuwe inschrijving het register van de oude inschrijving daarvan in kennis. Pas na ontvangst van deze kennisgeving zal de vorige inschrijving worden

doorgehaald (art. 8 lid 11 Verordening). De nieuwe inschrijving en doorhaling zullen openbaar moeten worden gemaakt. Dit zal in Nederland in een landelijk verspreid dagblad dienen te geschieden. De openbaarmaking van de nieuwe inschrijving heeft derdenwerking. Zolang de doorhaling van de inschrijving in het register van de vroegere zetel nog niet openbaar is gemaakt, kunnen derden zich blijven beroepen op de vroegere zetel, tenzij de SE aantoont dat die derden kennis droegen van de nieuwe statutaire zetel (art. 8 lid 13 Verordening). Met betrekking tot geschillen van de SE die zijn ontstaan vóór de datum van zetelverplaatsing, wordt de SE geacht haar statutaire zetel te hebben in de lidstaat van de vorige inschrijving, ook al wordt de bezettersverordening tegen de SE na de zetelverplaatsing ingeleid (art. 8 lid 16 Verordening).

Alternatieven?

Wat zijn de alternatieven als men toch een zetelverplaatsing wil bewerkstelligen, maar niet de rechtsvorm van de SE wil of kan kiezen? Vanuit Brussel bestaat de wens om ondernemingen gemakkelijker hun zetel te laten verplaatsen.¹¹ Uiteindelijk zouden diverse consultatierondes moeten leiden tot het vaststellen van een veertiende EG-richtlijn die de bestaande barrières voor de zetelverplaatsing slecht (denk dan aan de onwenselijkheid van het fiscaal afrekenen en de medezeggenschapsaspecten waar een oplossing voor moet worden gevonden).¹² Vanuit Nederland lijkt er weinig animo voor een dergelijke richtlijn. De reden daarvoor lijkt te zijn gelegen in het feit dat de ondernemersorganisaties in Nederland voor een massaal vertrek van hoofdzetels uit ons land vrezten.¹³ Het vestigingsklimaat voor ondernemingen in Nederland is immers de laatste jaren sterk in populariteit afgenomen. Het lijkt niet waarschijnlijk dat er vóór 8 oktober 2004 beweging op dit vlak vanuit Brussel valt te verwachten. Vanaf die datum is er naast het oprichten van een SE (nog) geen alternatief voor het bewerkstelligen van een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing voor een Nederlandse kapitaalvennootschap.

Conclusie

De hele procedure van de zetelverplaatsing van de SE zal (indien er geen complicaties optreden) op zijn minst tweeënhalve maand in beslag nemen. In de voorbereidende fase zal bijzondere aandacht dienen te worden geschonken aan het opstellen van de statuten van de SE zoals die gaan luiden na de zetelverplaatsing. Hierbij zullen de betrokken juridische adviseurs veel 'grensoverschrijdend' overleg moeten voeren. Ook dwarsliggende crediteuren kunnen een krappe tijdsplanning aardig frustreren door verzet aan te tekenen.

8. Kamerstukken II 2003/04, 29 309, nr. 3, p. 8 e.v.

9. Richtlijn nr. 2001/86/EG.

10. Kamerstukken II 2003/04, 29 309, nr. 3, p. 10 e.v.

11. Brussel ruimt barrières bij grensoverschrijding op, het Financieele Dagblad 28 februari 2004.

12. J.W. Bellingwout, Voorontwerp richtlijn zetelverplaatsing, TVVS 1997, nr. 12.

13. D. Schiethart, Bedrijvenlobby in spagaat, het Financieele Dagblad 28 februari 2004.

Vanuit de praktijk is er interesse voor de SE. Zeker ook het feit dat er (nog) geen alternatief is voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing, maakt de SE tot een aantrekkelijke rechtsvorm bij het omzetten of aanpassen van een juridische structuur.

*Mr. J.H. Bennebroek Gravenhorst
Loyens & Loeff*
