



Internetconsultatie richtlijnvoorstel eenpersoonsvennootschappen

Dit advies is gebaseerd op raadpleging van bij ons samenwerkingsverband aangesloten (kandidaat-)notarissen. Netwerk Notarissen vormt als grootste samenwerkingsverband van 150 notariskantoren in Nederland een kennisorganisatie van 600 gespecialiseerde notariële juristen.

Inleiding

U hebt op 18 april 2014 in verband met de consultatie het voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad inzake besloten eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, COM(2014) 212 gepubliceerd. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om u over dit voorstel te adviseren op basis van onze ruime, specialistische praktijkervaring en onze kennisuitwisseling op het gebied van rechtspersonenrecht tussen de 600 bij Netwerk Notarissen aangesloten notarieel juristen.

Netwerk Notarissen staat in het algemeen positief tegenover voornemens om de kosten voor ondernemers te verlagen bij investeringen in het buitenland en om belemmeringen daarbij te voorkomen.

Om tot een advies over het voorstel te komen, hebben wij ons de vraag gesteld welk probleem met de richtlijn wordt opgelost en wat de voordelen daarvan zouden kunnen zijn voor ondernemers.

Ook hebben wij ons afgevraagd welke praktische en juridische problemen met de richtlijn worden opgelost en welke knelpunten het mogelijk zou kunnen opleveren.

Advies

1. Algemeen

Het voorstel beoogt de oprichting van bedrijven in het buitenland te vereenvoudigen. Dit zou het ondernemerschap moeten aanmoedigen en versterken en tot meer groei, innovatie en werkgelegenheid in de EU moeten leiden.

Wij ervaren in de praktijk dat bedrijven het kostbaar en moeilijk vinden om internationaal actief te zijn en vooral om daarin actief te worden. Dit geldt zowel voor Nederlandse bedrijven die in het buitenland actief willen worden als voor buitenlandse bedrijven die in Nederland actief willen worden. Naast de verscheidenheid aan nationale rechtsstelsels zijn er ook belemmeringen door verschillen in cultuur en verschillen in taal.

Het voorstel beoogt de oprichting van bedrijven in het buitenland te vergemakkelijken. Het voorstel heeft echter met name betrekking op een miniem deel van de inspanningen en kosten die daarvoor nodig zijn: de oprichtingshandeling. Daardoor zal de voorgestelde richtlijn naar onze mening in het gunstigste geval slechts een miniem effect hebben op het wegnemen van belemmeringen.

Wij hebben niet de indruk dat buitenlandse ondernemingen in Nederland belemmerd worden door de oprichtingshandeling als zodanig. Belangrijker daarbij zijn onder andere de verschillen in fiscale wetgeving, jaarlijkse administratieve lasten, sociale wetgeving en taal.¹

¹ Deze visie wordt wat betreft de kosten van jaarlijkse administratieve lasten en sociale wetgeving binnen de EU ondersteund in het rapport 'Response statistics for Single-member limited liability companies' waarin door 47,9% van de respondenten wordt aangegeven dat (vraag 4) compliance costs een belangrijke belemmering is voor

Bedrijven die geïnteresseerd zijn om internationaal zaken te doen hebben daarbij advies nodig van diverse deskundigen. Het voorstel zal dit niet veranderen.

Er is onder andere advies nodig met betrekking tot de sociale wetgeving, de fiscale wetgeving en de specifiek Nederlandse bepalingen met betrekking tot het vennootschapsrecht.

In Nederland vervult de notaris bij de oprichting van een bv ook de rol van deskundig, onafhankelijk en onpartijdig adviseur. De notaris houdt niet alleen rekening met de belangen van de opdrachtgever, maar ook met de belangen van derden.

In landen die een dergelijke deskundige niet kennen wordt vaak een deskundige ingehuurd met soortgelijke kennis, maar een minder onafhankelijke en onpartijdige positie.

Bij het advies van de diverse deskundigen is persoonlijk contact vaak gewenst. Voor de dienstverlening van deze deskundigen is identificatie vereist, in Nederland op basis van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

Wij hebben niet de indruk dat de richtlijn feitelijk de inspanningen en de kosten vermindert die een buitenlandse ondernemer moet verrichten voor de oprichting van een vennootschap in Nederland.

Van de respondenten van de online-raadpleging over eenpersoonsvennootschappen² geeft 73,1% als belemmering aan "Annual running/operational costs including reporting, accounting, auditing, legal advice". Een harmonisering van voorschriften die leiden tot deze jaarlijkse kosten heeft maar ons idee een veel groter effect in het wegnemen van belemmeringen.

Van de respondenten van de online-raadpleging over eenpersoonsvennootschappen³ geeft slechts 26,9% aan dat *registrationfees* (including *notaryfees*) een belemmering zijn binnen de *compliance costs*. Voor 73,1% van de respondenten is er dus geen wezenlijke belemmering opgeheven als de richtlijn wel het beoogde effect heeft (vereenvoudiging en verlaging van de kosten van registratie).

2. Gebrek aan vertrouwen

Het is vrij gemakkelijk om een vestiging van een onderneming vanuit het buitenland in te schrijven in het Nederlands handelsregister. Voor het openen van een vestiging in Nederland is het niet vereist om een Nederlandse rechtspersoon op te richten.

De toelichting bij het voorstel vermeldt dat bedrijven er vaak voor kiezen om een rechtspersoon op te richten in het buitenland in plaats van de inschrijving van een vestiging van de bestaande rechtspersoon. Volgens de toelichting is de reden daarvoor het gebrek aan vertrouwen in buitenlandse bedrijven bij afnemers en zakenpartners. Dit gebrek aan vertrouwen wordt kennelijk als een grotere belemmering ervaren dan de kosten en moeite voor de oprichting en het in stand houden van een rechtspersoon in het buitenland.

De oplossing van het geconstateerde probleem wordt gezocht in het wijzigen van regels voor de oprichting van een plaatselijke rechtspersoon in plaats van het versterken van het vertrouwen in rechtspersonen uit het buitenland. Wij vragen ons af of het probleem door de richtlijn op een juiste wijze wordt aangepakt.

Wij betwijfelen daarnaast of het gebrek aan vertrouwen in Nederland geheeld wordt met de oprichting van een *Societas Unius Personae* (SUP).

De SUP is naar onze mening niet de beste keus voor Nederlandse ondernemers die in Nederland zaken doen. In onderdeel 6 hierna lichten wij dit nader toe. Bovendien is deze

ondernemen in het buitenland en waarin (vraag 5) als twee grootste belemmeringen binnen de compliance costs wordt aangegeven: 73,1% Annual running/operational costs including reporting, accounting, auditing, legal advice en 51,7% Other (e.g. labour law, health and safety issues).

² ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies.

³ ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies.

rechtsvorm niet geschikt voor buitenlandse ondernemers die samenwerken of in het kader van werknemersparticipatie of financiering aandelen uitgeven.

De SUP zal daarom alleen als alternatief in aanmerking komen voor buitenlandse ondernemers die niet de intentie hebben om samen te gaan werken in Nederland. Wij vermoeden echter dat ook deze groep niet voor de SUP zal kiezen. Het risico dat de SUP alsnog niet het vertrouwen zal krijgen van afnemers en zakenpartners is daarvoor te groot.

3. Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid

De rechtspersoonlijkheid van de SUP wordt verkregen op het moment van inschrijving in het handelsregister. Het voorstel reduceert het oprichten van een rechtspersoon tot die eenvoudige administratieve handeling.

Het vertrouwen in een rechtspersoon is mede afhankelijk van de zorgvuldigheid bij en controleerbaarheid van de totstandkoming van die rechtspersoon. Maatregelen die meer zekerheid geven over de rechtsgeldige en juiste totstandkoming van een rechtspersoon zijn niet slechts belemmerend. Zij bieden ook rechtszekerheid en leveren vertrouwen op voor de betrokken ondernemers.

Uit het voorstel wordt ons niet duidelijk wat de gevolgen zijn van een inschrijving in het handelsregister als er gebreken zijn bij de oprichting. Wat is het rechtsgevolg als de oprichter failliet verklaard is of onder curatele staat ten tijde van de inschrijving? Wat is het rechtsgevolg als door een elektronische storing, een typfout of een misverstand de inschrijving onjuist plaatsvindt?

Bovendien stellen wij ons vragen over de wijze waarop de identificatie gaat plaatsvinden. Wie stelt vast of de opgegeven oprichter daadwerkelijk zelf de bv opricht? Zijn er ook controles op bijvoorbeeld faillissement, curatele of bewind. Zijn er controles op beïnvloeding door derden (werken met stromannen)? Het antwoord op deze vragen is cruciaal voor het vertrouwen in het bestaan van een rechtspersoon.

Als er minder vertrouwen is in het bestaan van de rechtspersoon, brengt dit kosten met zich mee. Zo zal een *due diligence* onderzoek bij levering van aandelen uitgebreider en dus ook kostbaarder zijn. Ook onderzoeken voor het verkrijgen van financieringen zullen uitgebreider en kostbaarder zijn. In de effectbeoordeling⁴ is alleen het korte termijn effect van de kosten van de oprichting beoordeeld. Lange termijn effecten, zoals toename van kosten gedurende het bestaan van de rechtspersoon, zijn helaas niet in het onderzoek meegenomen.

De SUP valt krachtens artikel 7 van de voorgestelde richtlijn onder nationaal recht. Voor bestaande Nederlandse rechtspersonen is voorgeschreven dat de oprichting plaatsvindt met de ondertekening van een akte bij de notaris. De notaris controleert niet alleen wie de oprichter is, maar ook of die oprichter de rechtspersoon kan en mag oprichten en of de oprichter zich bewust is van de daarmee verbandhoudende gevolgen. De notaris fungeert ook als poortwachter voor oprichting van rechtspersonen door mensen met verkeerde bedoelingen.

Het is ons niet duidelijk hoe deze controles zouden moeten worden uitgevoerd bij de oprichting van een SUP in Nederland. Als deze controles niet of onvoldoende worden uitgevoerd heeft dat negatieve gevolgen voor het vertrouwen dat de SUP in Nederland zal krijgen.

In internationaal perspectief is het bovendien belangrijk dat de controles op en de rechtsgevolgen van eventuele gebreken in elk land hetzelfde geregeld worden. Alleen zo kan vertrouwd worden op het bestaan van de rechtspersoon en de bevoegdheid om namens de rechtspersoon te handelen.

4. Kapitaalbescherming en toets bij uitkeringstoets

⁴ SWD(2014) 124 final "Impact assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies"

Op grond van de artikelen 9 lid 3, 17 en 18 van de voorgestelde richtlijn gelden voor de SUP eigen regels van kapitaalbescherming en een uitkeringstoets. De regelingen hiervoor wijken af van de regels die gelden voor de NV en ook van de zojuist ingevoerde regels voor de BV.

Voor de SUP zijn twee factoren beslissend of een uitkering kan worden gedaan:

1. De netto-activa als opgenomen in de jaarrekening zijn beslissend of een uitkering gedaan kan worden. De netto-activa moeten meer bedragen dan het aandelenkapitaal. Voor de BV is een dergelijke balanstoets, op enkele uitzonderingen na, juist afgeschaft op 1 oktober 2012. Een balanstoets heeft als belangrijk nadeel dat een situatie uit het verleden wordt weergegeven. Bovendien is de boekhoudkundige werkelijkheid niet altijd hetzelfde als de civielrechtelijke. Een voorbeeld daarvan is een stille reserve.
2. De SUP moet in staat zijn haar schulden af te lossen die binnen een jaar opeisbaar worden. De directie geeft in verband hiermee een 'solvabiliteitsverklaring' af. Deze verklaring lijkt op de uitkeringstoets voor de BV van artikel 2:216 BW. De formulering van deze toetsen wijkt echter sterk af. Daardoor voorzien wij verschillen in interpretatie en toetsing die verwarrend kunnen zijn voor ondernemers in Nederland.

Wij zijn van mening dat een keuze zou moeten worden gemaakt tussen ofwel een formele balanstoets (zoals die geldt voor de NV) ofwel een materiële toets (zoals die geldt voor de BV). Bij die materiële toets is het belangrijk ook rekening te houden met schulden die opeisbaar worden op langere termijn.

5. Tegenstrijdig belang

In de regeling voor de SUP is geen rekening gehouden met een mogelijk tegenstrijdig belang van de directie. Daardoor worden de gevolgen hiervan in beginsel door nationaal recht beheerst. De nationale regelingen voor tegenstrijdig belang verschillen nogal van elkaar. Elk land heeft eigen regels om vast te stellen of sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang. Ook wordt verschillend gedacht over de relevantie van een mogelijke benadeling van de Vennootschap. Bovendien zijn er verschillen in de gevolgen als er sprake is van tegenstrijdig belang.

Het ligt bij internationale expansie minder voor de hand dat de enige aandeelhouder ook de directeur is. Juist als aandeelhouder en directeur niet dezelfde persoon zijn is het belangrijk wat de gevolgen zijn als de directeur handelingen verricht met de rechtspersoon of handelingen verricht, waarbij voor de directeur andere belangen een rol kunnen spelen dan de belangen van de SUP.

Voor de ondernemer/onderneming die in verschillende lidstaten een SUP opricht en voor elke SUP steeds een ander aanstelt als directeur geeft dit mogelijk onverwachte risico's. De afspraken met de betreffende directeur moeten per land opgesteld en beoordeeld worden. Voor de ondernemer/onderneming die in Nederland een SUP opricht en zelf ook enig directeur wordt, heeft het sluiten van een overeenkomst tussen SUP en enig aandeelhouder wellicht onverwachte gevolgen. Op grond van het aanstaande artikel 2:9 BW⁵ is bij een overeenkomst tussen de SUP en haar enig directeur sprake van een tegenstrijdig belang. Het besluit namens de SUP moet dan worden genomen in de hoedanigheid van enig aandeelhouder en niet in de hoedanigheid van directeur. Door dit verschil kunnen andere vereisten gelden voor de totstandkoming van het besluit. Zo kan het besluit als aandeelhouder onderworpen zijn aan goedkeuring door de raad van commissarissen van de enig aandeelhouder van de SUP. Dit soort verschillen tussen de nationale regelingen zorgen voor onverwachte gevolgen en risico's voor de ondernemer die in het buitenland een rechtspersoon opricht. Deze gevolgen en risico's worden niet weggenomen met de voorgestelde richtlijn.

6. De SUP voor binnenlands gebruik in Nederland

⁵ op basis van het wetsvoorstel 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)' zoals dat op 6 februari 2014 ter consultatie is gepubliceerd.

De SUP is bedacht om grensoverschrijdende mogelijkheden voor het MKB te vergroten. Dit staat er natuurlijk niet aan in de weg om de SUP te gebruiken voor puur binnenlandse aangelegenheden. Wij vermoeden dat het vertrouwen in de SUP aanzienlijk toeneemt in een land als in het betreffende land ook voor binnenlandse aangelegenheden gebruik wordt gemaakt van de SUP. Daarom hebben wij beoordeeld of de SUP ook voor de Nederlandse ondernemer geschikt is die alleen of nagenoeg alleen binnen Nederland onderneemt. De kosten voor het oprichten van een bv zijn in Nederland laag. De oprichting kan bovendien zeer snel plaatsvinden. Door de rol die de notaris heeft bij de oprichting is er groot vertrouwen in de bv. Derden weten o.a. zeker dat de identificatie van oprichters en/of directeuren juist heeft plaatsgevonden, dat de bv daadwerkelijk juist is opgericht en wat de inhoud is van de statuten. Wij verwachten dat het vertrouwen een stuk lager zal zijn in een systeem waarbij zonder menselijke tussenkomst een SUP kan worden opgericht.

Een groot voordeel van de oprichting van een bv is bovendien de flexibiliteit bij toekomstige ontwikkelingen. Als gekozen wordt voor de oprichting van een SUP moet deze omgezet worden in (bijvoorbeeld) een bv als:

- er later een aandeelhouder bij komt;
- de ondernemer overlijdt en zijn kinderen de onderneming voortzetten
- een financier stemrechtloze aandelen wenst
- er besloten wordt werknemers mee te laten delen in de vermogensontwikkelingen van het bedrijf;
- de bv verkocht wordt aan twee of meer geïnteresseerden.

Het voorstel voorziet in de mogelijkheid tot omzetting van de SUP in een bv. Die omzetting kost echter geld en belangrijker nog: tijd. Met name bij een beoogde samenwerking of verkoop is dit een belemmering die een ondernemer zal proberen te voorkomen.

Aangezien de bv een goed, vertrouwd en goedkoop alternatief is dat bovendien toekomstbestendiger is, zullen ondernemers naar ons idee voor binnenlandse aangelegenheden blijven kiezen voor de bv.

Conclusie

De richtlijn pakt naar onze mening niet de kern van het probleem aan. Als het vertrouwen in elkaars rechtspersonen toeneemt, is het wellicht niet nodig om voor elke lidstaat een aparte rechtspersoon op te richten.

De richtlijn is gericht op het vereenvoudigen van de oprichtingshandeling. Daarbij wordt uit het oog verloren dat de oprichtingshandeling slechts een miniem deel is van de kosten en inspanningen die nodig zijn voor de oprichting en het in stand houden van een rechtspersoon in het buitenland.

Een deel van de kosten van de oprichting van een bv in Nederland heeft betrekking op advies door onder andere de notaris. Dit advies zal nog steeds noodzakelijk zijn. Een andere adviseur dan de notaris kan wellicht ook deskundig worden gemaakt. Deze heeft echter niet dezelfde onafhankelijke en onpartijdige positie.

Uit een eerdere online-raadpleging blijkt dat de kosten van de oprichting als zodanig voor de overgrote meerderheid niet een belemmering is voor oprichting van een rechtspersoon in het buitenland.

De voorgestelde regeling voor de SUP is ons inziens nog incompleet. Dit kan vragen opleveren over onder andere de rechtsgeldigheid van de oprichting.

De regeling voor kapitaalbescherming en de uitkeringstoets kan in Nederland voor verwarring zorgen, omdat verschillende toetsen gebruikt moeten worden bij vergelijkbare rechtspersonen. Doordat de regeling voor tegenstrijdig belang ontbreekt, is de aansturing van directeuren van de SUP en het sluiten van overeenkomsten tussen SUP en enig directeur/aandeelhouder gecompliceerd. De risico's moeten per land beoordeeld worden. De standaard statuten van de SUP nemen de noodzakelijkheid van juridisch advies over dit soort onderwerpen niet weg.

De Nederlandse notaris speelt een belangrijke rol bij de oprichting van een bv. De controles die de notaris verricht zorgen voor vertrouwen. Wij vermoeden dat de SUP door het wegvallen van deze controles niet hetzelfde vertrouwen zal krijgen in Nederland als de bv.

Wij verwachten dat de SUP niet door Nederlanders in Nederland gebruikt gaat worden. Buitenlandse ondernemers zullen alleen in specifieke gevallen gebruik kunnen maken van de SUP. Wij verwachten echter dat zij dit slechts in beperkte mate zullen doen, omdat de SUP in Nederland niet het gewenste vertrouwen zal krijgen.

Wij betwijfelen in verband hiermee of de voorgestelde richtlijn het beoogde resultaat zal bereiken.

Vanzelfsprekend lichten wij dit advies desgewenst graag nader toe.

Baarn, 23 mei 2014.

Namens Netwerk Notarissen, in het bijzonder de kennisgroep ondernemingsrecht

Mr. Lucienne van der Geld, juridisch directeur
en mr. David Swinkels, senior jurist ondernemingsrecht
Lt. Gen. Van Heutszlaan 8, 3743 JN Baarn
geld@nnco.nl.