

# Reactie op het consultatiedocument grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen

## Namens het Instituut voor Ondernemingsrecht

H.E. Boschma

J.N. Schutte-Veenstra

Groningen, 2 april 2014

### Inleiding

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het Voorontwerp ter invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen (hierna: Voorontwerp). Dit Voorontwerp heeft een EU-origine, te weten de jurisprudentie van het HvJ EU. Dat geldt niet alleen voor het hoofdonderwerp van de grensoverschrijdende omzetting, maar ook voor een onderwerp dat als smokkelwaar in het Voorontwerp terecht is gekomen, namelijk de medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie. Het HvJ EU heeft Nederland in oktober 2013 op de vingers getikt omdat art. 16 Richtlijn 2005/56/EG betreffende vennootschapsrechtelijke medezeggenschap niet/niet juist in art. 2:333k BW is uitgevoerd.

In het Voorontwerp is de gelegenheid aangegrepen om niet alleen een regeling voor de grensoverschrijdende omzetting in Boek 2 BW op te nemen, maar ook om de regeling voor de interne omzetting te stroomlijnen. De in Boek 2 BW verspreid opgenomen artikelen over interne omzetting van rechtspersonen en in het bijzonder van de NV en de BV (art. 2:18, 71, 72, 181, 182 en 183 BW) worden samen met de nieuwe bepalingen over grensoverschrijdende omzetting opgenomen in een nieuwe titel 7A. Dit achten wij een goede ontwikkeling.

Een regeling voor grensoverschrijdende omzetting is een welkome aanvulling van Boek 2 BW. In de periode van 7 juni 2012 tot en met 31 maart 2014 zijn er in de Staatscourant 37 aankondigingen gedaan van voorgenomen grensoverschrijdende omzettingen. Indien deze omzettingen doorgang hebben gevonden, is dat gebeurd zonder dat er een formele procedure op van toepassing is. De praktijk moet zichzelf redden totdat een wettelijke regeling voorhanden is. Deze wettelijke regeling is onontbeerlijk, opdat wordt voorkomen dat de belangen van bijvoorbeeld minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers in het gedrang komen.

In het navolgende maken wij enkele opmerkingen bij het Voorontwerp. De volgende onderwerpen komen daarbij aan de orde:

- De grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen (par. 1);
  - De positie van pandhouders en vruchtgebruikers op aandelen van een NV/BV en houders van bijzondere vermogensrechten (par. 2);
  - Het uittredingsrecht van minderheidsaandeelhouders en houders van stemrechtloze aandelen alsmede de positie van certificaathouders (par. 3);
  - De grensoverschrijdende omzetting van een structuurvennootschap (par. 4).
- In par. 5 sluiten wij af met enkele redactionele opmerkingen.

### 1. Grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen

### 1.1 Inleiding

Art. 334oo lid 1, zin 1 Voorontwerp sluit de grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen uit. Een dergelijke algehele uitsluiting van een bepaalde categorie vennootschappen is ons inziens in strijd met het EU-vestigingsrecht. In het navolgende schetsen wij eerst het probleem en stellen wij daarna enkele mogelijke oplossingen voor.

### 1.2 Probleemschets

De omzettingsregeling in art. 2:18 BW staat op royale wijze toe dat nationale rechtspersonen van rechtsvorm wijzigen. De omzetting is niet beperkt tot gelijksoortige rechtsvormen, maar bijvoorbeeld ook een goede doel-stichting kan zich, na een daartoe verkregen rechterlijke machtiging, transformeren tot een NV/BV. Het bijzondere van de stichting is dat haar vermogen moet worden aangewend voor het doel dat zij nastreeft. Vanwege dat doel ontvangt de stichting donaties van particulieren en/of subsidies van de overheid. Bij omzetting van de stichting in een NV/BV mag dit vermogen niet worden uitgekeerd aan de aandeelhouders van de NV/BV. Met het oog hierop heeft de Nederlandse wetgever het stichtingsvermogen onder een zogenoemde vermogensklem geplaatst, inhoudende dat het alleen met toestemming van de rechter voor andere dan de (oude) stichtingsdoeleinden kan worden aangewend (art. 2:18 lid 6 BW).

Deze ruime binnenlandse omzettingsmogelijkheden kunnen niet los worden gezien van de grensoverschrijdende omzettingsmogelijkheden. Het is de vraag hoe daarmee moet worden omgegaan. Stel nu eens dat een in een BV omgezette stichting zich grensoverschrijdend wil omzetten in een Duitse GmbH (*outbound-omzetting*).

*Hierdoor neemt de BV de Duitse nationaliteit aan en is Duits vennootschapsrecht van toepassing. Het gebonden stichtingsvermogen verlaat de Nederlandse rechtssfeer, omdat de Nederlandse vermogensklem niet over de landsgrenzen heen werkt. Daardoor is het mogelijk via een grensoverschrijdende omzetting de door de Nederlandse wetgever voorgeschreven vermogensklem buiten spel te zetten.*

In het Voorontwerp is voormeld probleem onderkend. De gekozen oplossing is dat een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen zich niet grensoverschrijdend mag omzetten. Ons inziens mag de Nederlandse wetgever een bepaalde categorie kapitaalvennootschappen niet *systematisch uitsluiten van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting. Een dergelijke uitsluiting levert een verboden beperking van het in art. 49 jo. art. 54 VWEU neergelegde vestigingsrecht op. Dit vestigingsrecht is weliswaar niet absoluut, maar nationale beperkingen zijn slechts gerechtvaardigd indien er een dwingende reden van algemeen belang speelt en ook voor het overige aan de voorwaarden van de 'rule of reason' wordt voldaan. Vanwege strijd met het proportionaliteitsvereiste is hiervan geen sprake; een algehele uitsluiting gaat verder dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is. Bovendien wordt niet voldaan aan een extra vereiste dat het HvJ EU stelt, namelijk dat misbruik van geval tot geval moet worden aangetoond. De autonomie van de nationale wetgever wordt hier beperkt door het EU-recht.*

### 1.3. Mogelijke oplossingen voor het probleem van de grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen

Er zijn verscheidene mogelijkheden om het hiervoor gesignaleerde probleem op te lossen. De eerste is vrij radicaal: de Nederlandse wetgever schrapt de mogelijkheid

van binnenlandse omzetting van een Nederlandse stichting in een NV/BV. In Duitsland bestaat een dergelijk verbod. Een Stiftung mag zich niet omzetten in een AG of GmbH.

Een verbod brengt mee dat de stichting zowel binnenlands als grensoverschrijdend wordt beperkt in haar herstructureringsvrijheid. Dit komt de aantrekkelijkheid van de Nederlandse stichting niet ten goede.

Er bestaat een minder radicale oplossing waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheden van de stichting tot binnenlandse en grensoverschrijdende herstructurering. NV/BV's met een beklemd stichtingsvermogen kunnen zich in beginsel grensoverschrijdend omzetten, maar er komt een veiligheidsklep. Deze veiligheidsklep kan op twee verschillende manieren worden vormgegeven.

#### *Eerste veiligheidsklep*

In navolging van de binnenlandse omzetting van de stichting in een NV/BV wordt ook voor de grensoverschrijdende variant van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen een rechterlijke machtiging vereist. Dit stelt de rechter in staat per geval te toetsen of er een dwingende reden van algemeen belang speelt die zich tegen de grensoverschrijdende omzetting en daarmee tegen het afgeven van de machtiging verzet. Alle omstandigheden van het geval kunnen hierbij worden betrokken, zoals de redenen voor de grensoverschrijdende omzetting, de omvang van het beklemd stichtingsvermogen en de eventuele waarborgen dat het beklemd stichtingsvermogen ook na de grensoverschrijdende omzetting in overeenstemming met het stichtingsdoel wordt besteed.

Deze regeling doorstaat de Europese toets, omdat zij proportioneel is en concrete gevallen van misbruik beoogt tegen te gaan. Zij maakt het niet op voorhand, vanuit een abstracte misbruikgedachte, voor bepaalde rechtspersonen onmogelijk door grensoverschrijdende omzetting Nederland te verlaten.

#### *Tweede veiligheidsklep*

Een andere mogelijkheid is dat de veiligheidsklep bestaat uit een verzetrecht van de Minister van Veiligheid en Justitie. Hij kan zich om redenen van algemeen belang tegen een grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen verzetten. Een dergelijke veiligheidsklep is reeds ingebouwd bij een grensoverschrijdende herstructurering resulterend in een SE/SCE en bij een grensoverschrijdende omzetting van beide Europese rechtsvormen. Ook het Voorontwerp voorziet reeds in een verzetrecht van de Minister van Veiligheid en Justitie in art. 334rr waar het gaat om een voorgenomen grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV zonder een beklemd stichtingsvermogen.

Indien ervoor wordt gekozen aan te sluiten bij deze voor een aantal vormen van grensoverschrijdende herstructurering reeds geldende systematiek, verdient het aanbeveling de verzetregeling te optimaliseren. Een manco is dat thans niet is voorzien in een regeling dat de Minister van Veiligheid en Justitie op de hoogte wordt gebracht van herstructureringen waarbij mogelijk een algemeen belang in het geding is. Dat maakt het verzetrecht vrij inhoudsloos. Er is ons geen geval bekend waarin de minister er gebruik van heeft gemaakt. Bij een grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen wringt dit des te meer, omdat dan per definitie een algemeen belang speelt. Dit manco kan worden verholpen door de notaris die betrokken is bij grensoverschrijdende herstructureringen te verplichten hiervan melding te maken aan de minister op het moment dat het voorstel tot

grensoverschrijdende herstructurering wordt gedeponereerd bij het handelsregister. Dit stelt de minister in staat te beoordelen of er een algemeen belang in het geding is dat noodzaakt tot uitoefening van het verzetrecht ter voorkoming van de grensoverschrijdende herstructurering.

#### *1.4 Aanpalend probleem: de grensoverschrijdende fusie van de NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen*

De problematiek van de NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen die de Nederlandse rechtssfeer verlaat is niet nieuw. Een dergelijke NV/BV kan immers als verdwijnende vennootschap betrokken zijn bij een grensoverschrijdende fusie. Onderkend moet worden dat wanneer de NV/BV met een beklemd stichtingsvermogen wordt uitgesloten van de grensoverschrijdende omzetting (zoals in het Voorontwerp) of dit aan voorwaarden wordt gebonden (zoals door ons voorgesteld), uitgeweken zal worden naar de omweg van de grensoverschrijdende fusie. In de regeling van de grensoverschrijdende fusie dient daarom in een gelijksoortige veiligheidsklep te worden voorzien, zodat er in dit opzicht geen onderscheid bestaat met de grensoverschrijdende omzetting. Van Boxel heeft er al op gewezen dat een voorwaarde hiervoor is dat de Nederlandse wetgever eveneens voorziet in een verzetrecht van de Minister van Veiligheid en Justitie om redenen van algemeen belang bij een interne juridische fusie.

## **2. De positie van pandhouders en vruchtgebruikers op aandelen van een NV/BV en houders van bijzondere vermogensrechten**

In het Voorontwerp ontbreekt een regeling ter bescherming van de belangen van de rechthebbende van een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen van een grensoverschrijdend om te zetten NV/BV. Mogelijk biedt de wettelijke regeling voor (grensoverschrijdende) fusie inspiratie voor een op te nemen bepaling.

### *2.1 Pandrecht en vruchtgebruik bij (grensoverschrijdende) fusie*

Kijken we naar de regeling voor de interne fusie dan bepaalt art. 2:319 BW dat een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen van de verdwijnende NV/BV overgaat op aandelen van de verkrijgende NV/BV. Dit artikel is een uitwerking van de zaaksvervangingsregel zoals die voor de rechten van pand/hypotheek en vruchtgebruik is neergelegd in art. 3:229 respectievelijk art. 3:213 BW. In plaats van het pandrecht of vruchtgebruik op de verdwenen aandelen ontstaat van rechtswege pandrecht of vruchtgebruik op de ter vervanging verkregen aandelen. Treedt er niets in de plaats voor de aandelen in de verdwijnende NV/BV dan moet de verkrijgende NV/BV de rechthebbende van een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen een gelijkwaardige vervanging geven. Hiervan is sprake indien vanwege de ruilverhouding van de aandelen geen recht bestaat op een enkel aandeel; art. 311 lid 2 BW. Een ander voorbeeld is dat op grond van art. 2:325 lid 3 BW aandelen in het kapitaal van de verdwijnende vennootschappen die worden gehouden door of voor rekening van de fuserende vennootschappen, vervallen. Rust op dergelijke aandelen een pandrecht of vruchtgebruik, dan zal ook dat vervallen. Aan de pandhouder of vruchtgebruiker moet dan door de verkrijgende rechtspersoon een 'gelijkwaardige vervanging' worden gegeven.

Afdeling 3a van Titel 7, dat bijzondere bepalingen bevat voor grensoverschrijdende fusies, bevat geen bepaling over pandrecht of vruchtgebruik op aandelen. Dit is merkwaardig, omdat niet teruggevallen kan worden op de regeling voor interne fusie. Bij een outbound-grensoverschrijdende fusie vervallen de aandelen in de

Nederlandse verdwijnende NV/BV en komen daarvoor aandelen in de verkrijgende buitenlandse vennootschap in de plaats. De zaaksvervangingsregel zoals geldend bij een interne fusie kan vanwege het territoriale karakter van de Nederlandse wetgeving niet worden toegepast op een outbound-grensoverschrijdende fusie. Het Nederlandse recht kan een buitenlandse vennootschap niet voorschrijven voor de rechthebbende van een pandrecht of vruchtgebruik op aandelen van de bij de grensoverschrijdende fusie verdwijnende Nederlandse NV/BV een pandrecht of vruchtgebruik op de aandelen van de buitenlandse verkrijgende vennootschap te vestigen of hen een gelijkwaardige vervanging te geven. Het op de verkrijgende vennootschap van toepassing zijnde buitenlandse recht is hiervoor maatgevend.

### *2.2 Pandrecht en vruchtgebruik bij grensoverschrijdende omzetting*

Hetzelfde euvel als hiervoor beschreven bij een outbound-grensoverschrijdende fusie doet zich voor bij een outbound-grensoverschrijdende omzetting. In het Voorontwerp en de bijbehorende toelichting wordt met geen woord gerept over de positie van pandhouders en vruchtgebruikers op aandelen van een grensoverschrijdend om te zetten NV/BV. Zij kunnen aan het Voorontwerp geen enkele bescherming ontnemen. Het onderwerp van pand en vruchtgebruik op aandelen bij een grensoverschrijdende omzetting kan ons inziens alleen afdoende op EU-niveau (via een harmonisatierichtlijn) worden geregeld. Alleen dan is het mogelijk een regeling te ontwerpen die de *host state ertoe verplicht te regelen dat door de omgezette vennootschap aan de voormalige pandhouders en vruchtgebruikers op aandelen een gelijkwaardige vervanging voor hun rechten wordt geboden. Zolang een harmonisatierichtlijn uitblijft, doen pandhouders en vruchtgebruikers er goed aan hun eigen positie veilig te stellen in geval de vennootschap op wier aandelen zij een pandrecht of vruchtgebruik hebben van plan is zich grensoverschrijdend om te zetten. De pandhouder, veelal een bank, kan bijvoorbeeld bedingen dat een besluit tot grensoverschrijdende omzetting het recht tot parate executie genereert.*

### *2.3 Houders van bijzondere vermogensrechten*

Een onderwerp dat evenmin wordt geregeld in het Voorontwerp is de positie van de houder van een bijzonder vermogensrecht jegens een NV/BV bij een grensoverschrijdend om te zetten NV/BV. Het gaat dan bijvoorbeeld om houders van oprichters- en winstbewijzen, opties, converteerbare obligaties en statutaire rechten op een overschot na vereffening.

Voor de interne fusie voorziet art. 2:320 BW in een bijzondere bepaling ter bescherming van hun belangen, omdat de houders van bijzondere vermogensrechten door de wetgever niet als schuldeiser worden aangemerkt en zij daarom geen beroep kunnen doen op het aan schuldeisers toegekende verzetrecht. Bepaald wordt dat hij die, anders dan als aandeelhouder, een bijzonder recht jegens een verdwijnende NV/BV heeft een gelijkwaardig recht in de verkrijgende vennootschap moet krijgen of schadeloosstelling. De houder van het bijzondere vermogensrecht kan dit afdwingen voor de voorzieningenrechter van de rechtbank.

Bij een grensoverschrijdende fusie heeft de houder van een bijzonder vermogensrecht een recht op schadeloosstelling, omdat de Nederlandse wetgeving, gelet op het territoriale karakter ervan, de buitenlandse verkrijgende vennootschap niet kan verplichten tot het verschaffen van een gelijkwaardig recht.

Ook bij een grensoverschrijdende outbound-omzetting dient de houder van een bijzonder vermogensrecht jegens de grensoverschrijdend om te zetten NV/BV een recht op schadeloosstelling te krijgen ter compensatie van het verlies van zijn

bijzondere vermogensrecht. Wij stellen daarom voor in het Voorontwerp een daartoe strekkende bepaling op te nemen.

### **3. Het uittredingsrecht van minderheidsaandeelhouders en houders van stemrechtloze aandelen alsmede de positie van certificaathouders**

#### *3.1 Het uittredingsrecht van minderheidsaandeelhouders en houders van stemrechtloze aandelen*

Art. 334uu Voorontwerp geeft een regeling ter bescherming van zowel de minderheidsaandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende omzetting hebben gestemd als de houders van stemrechtloze aandelen bij een BV. Zij krijgen het recht uit de om te zetten NV/BV te treden, waarbij de NV/BV hun aandelen tegen betaling overneemt. In het door het bestuur op te stellen voorstel voor een grensoverschrijdende omzetting moet de door de NV/BV te betalen prijs worden vermeld (art. 334pp lid 2, sub d Voorontwerp). De genoemde aandeelhouders kunnen hun uittredingsrecht voor de Ondernemingskamer afdwingen.

Deze regeling lijkt op die bij een grensoverschrijdende fusie, zoals neergelegd in art. 2:333h BW. Een verschil is dat bij de grensoverschrijdende omzetting de om te zetten NV/BV de aandelen van de uittredende aandeelhouders overneemt, terwijl bij de grensoverschrijdende fusie de aandelen van de uittredende aandeelhouders vervallen op het moment dat de fusie van kracht wordt (art. 2:333h lid 3 BW). Dit verschil wordt in de memorie van toelichting niet nader toegelicht, terwijl aansluiting bij de regeling voor de grensoverschrijdende fusie voor de hand ligt ter bevordering van de eenvormigheid in de verschillende regelingen voor grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen.

Een ander argument om op dit punt aan te sluiten bij de regeling voor de grensoverschrijdende fusie is dat de overdracht van de aandelen van de uittredende aandeelhouders aan de om te zetten NV/BV voor de nodige problemen kan zorgen. De om te zetten NV/BV krijgt door de overdracht een zeker percentage aan eigen aandelen in portefeuille. Hoe groot dat percentage maximaal kan zijn, is niet helemaal duidelijk. Art. 334tt lid 1 Voorontwerp bepaalt dat voor het omzettingsbesluit een meerderheid van ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen vereist is, die ten minste de helft van het geplaatste kapitaal moet vertegenwoordigen. Omdat er ook aandelen met meervoudig stemrecht bij een om te zetten BV kunnen zijn uitgegeven, kan het in theorie zo zijn dat voor 50% van de aandelen minus één aandeel een beroep op de uittredingsregeling wordt gedaan. Het na omzetting toepasselijke rechtsstelsel kan echter bepalen dat het de omgezette BV niet is toegestaan een dergelijk groot percentage aan eigen aandelen in portefeuille te houden. Het kan zelfs zo zijn dat de nationale wetgeving van de *host state bepaalt dat een vennootschap geen eigen aandelen mag/kan houden*.

Ter vermijding van dergelijke complicaties stellen wij voor in navolging van art. 2:333h BW te bepalen dat de aandelen waarop het uittredingsverzoek betrekking heeft, vervallen op het moment waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht wordt. Dit moment wordt bepaald door de nationale wetgeving van de *host state*.

#### *3.2 De positie van certificaathouders*

Een manco van het Voorontwerp is dat deze geen rekening houdt met de positie van certificaathouders bij een grensoverschrijdend om te zetten NV/BV. Alleen in Nederland en België bestaat voor zover wij weten de rechtsfiguur van certificering. Een regeling ter bescherming van de belangen van de certificaathouders van de

grensoverschrijdend om te zetten NV/BV is daarom onontbeerlijk. Ook hier kan worden aangesloten bij de regeling voor de grensoverschrijdende fusie. Art. 2:333h lid 4 BW bepaalt dat voor de toepassing van dit artikel met aandeelhouders worden gelijkgesteld de houders van certificaten van aandelen als bedoeld in art. 2:118a BW. Dit betekent dat ook certificaathouders een beroep kunnen doen op het uittredingsrecht.

Deze bij de grensoverschrijdende fusie bestaande bepaling behoeft echter enige aanpassing, omdat art. 2:118a BW - kort gezegd - betrekking heeft op met medewerking van de NV aan de beurs genoteerde certificaten van aandelen. Dit is een te beperkte betekenis van de rechtsfiguur van certificering. Het betreft immers ook niet aan de beurs genoteerde certificaten. Bovendien is door de Wet Flex-BV de terminologie bij de BV-bepalingen in die zin gewijzigd dat niet langer wordt gesproken van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. Bij de statuten van een BV kan aan certificaathouders al dan niet het vergaderrecht in de AV worden toegekend (art. 2:227 lid 2 BW).

Wij stellen daarom voor in art. 334uu lid 1 Voorontwerp te bepalen dat niet alleen iedere aandeelhouder die tegen de omzetting heeft gestemd en iedere houder van stemrechtloze aandelen, maar ook iedere houder van certificaten van aandelen een beroep kan doen op het uittredingsrecht.

#### **4. De grensoverschrijdende omzetting van een structuurvennootschap**

Wanneer de om te zetten NV/BV een structuurvennootschap is, moet het bestuur in het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting vermelden hoe de medezeggenschap van werknemers er na de omzetting uit gaat zien; art. 334pp lid 2, sub c Voorontwerp. Deze regeling is nader uitgewerkt in art. 334ss Voorontwerp. Bepaald is dat een grensoverschrijdende omzetting van een structuurvennootschap niet mogelijk is, tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling met betrekking tot medezeggenschap zoals opgenomen in art. 1:1 lid 1, onderdeel n van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap. We vragen ons af of hier niet een suggestie van werknemersbescherming wordt geboden, die in de praktijk niet kan worden waargemaakt.

De structuurregeling valt Europeesrechtelijk gezien onder de variant van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. De werknemers of hun vertegenwoordigers krijgen medezeggenschapsrechten op het niveau van de vennootschap. Het betreft het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken.

Het recht in de 28 EU-lidstaten loopt op het punt van de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zeer uiteen. In sommige lidstaten (zoals Duitsland en de Scandinavische landen) hebben werknemers(vertegenwoordigers) een direct benoemingsrecht van enkele bestuurders of toezichthouders (veelal variërend van 30 tot 50%), terwijl in andere lidstaten (zoals Spanje en het Verenigd Koninkrijk) werknemers dergelijke rechten geheel ontberen.

Het is gezien het voorgaande begrijpelijk dat in het Voorontwerp een regeling is opgenomen om te voorkomen dat werknemers van een Nederlandse structuurvennootschap door een grensoverschrijdende omzetting hun vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten verliezen. Het gaat hier om een algemeen aanbevelingsrecht van de OR ter zake van de benoeming van alle

commissarissen (bij een two tier board) of de niet-uitvoerende bestuurders (bij een one tier board) en een versterkt aanbevelingsrecht ter zake van de benoeming van één derde van die commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:158/268 lid 5 en 6 BW).

De gekozen oplossing is dat een grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk is, tenzij de voorgestelde statuten voorzien in een regeling van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Dit kunnen genoemde aanbevelingsrechten zijn, maar ook andere varianten van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap zijn mogelijk. Aan de effectiviteit van deze regeling moet echter worden getwijfeld. Er is niets dat de vennootschap ervan weerhoudt direct na de grensoverschrijdende omzetting de statuten in die zin te wijzigen dat de vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsrechten vervallen. Nederlandse wetgeving kan een dergelijke statutenwijziging die plaatsvindt naar buitenlands recht niet verhinderen. Kortom, de regeling in art. 334ss Voorontwerp is een niet werkend doekje voor het bloeden.

Hier doet zich - opnieuw - het probleem voelen dat het onderwerp van de grensoverschrijdende omzetting op EU-niveau (via een harmonisatierichtlijn) zou moeten worden geregeld. Alleen dan is het mogelijk een regeling te ontwerpen die de *host state ertoe verplicht erop toe te zien dat in het hiervoor weergegeven geval de grensoverschrijdend omgezette vennootschap gedurende een bepaalde periode blijft voorzien in een stelsel van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.*

## **5. Redactionele opmerkingen**

In het Voorontwerp hebben wij enkele redactionele onvolkomenheden geconstateerd. Deze nemen wij hier op:

- In art. 334kk lid 3 Voorontwerp dienen na [besluit] de woorden [tot omzetting] te worden ingevoegd.
- In art. 334uu lid 1 Voorontwerp dient de verwijzing naar artikel 334pp lid 1, onderdeel d te worden gewijzigd in artikel 334pp *lid 2, onderdeel d.*
- In art. 334uu lid 5 Voorontwerp dient de verwijzing naar het vijfde lid te worden gewijzigd in het *vierde lid.*
- Op p. 13/14 van de memorie van toelichting bij het Voorontwerp wordt gesproken over de medezeggenschapsrechten van de OR ter zake van de benoeming van de *toezichthouders bij een structuurvennootschap. Dit is een onjuist gebruik van de term toezichthouder. Het betreft de benoeming van commissarissen (bij een two tier board) of niet-uitvoerende bestuurders (bij een one tier board). Deze laatste categorie bestuurders kan niet worden gevangen onder de term toezichthouders, omdat hun taak meeromvattend is dan het houden van toezicht. Daarom is het juister te spreken van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders.*