

Toekomstige medezeggenschap bij de Europese Vennootschap

Inleiding

Op 8 oktober 2001 is het statuut voor de Europese Vennootschap (*Societas Europaea*, hierna aangeduid als SE) vastgesteld. Het statuut is tweeledig en bestaat uit een verordening (hierna: de Verordening) en een richtlijn (hierna: de Richtlijn). Vanaf 8 oktober 2004 zal het voor ondernemingen mogelijk zijn een SE op te richten. De Verordening regelt de vennootschapsrechtelijke aspecten van de SE, zoals de oprichting, jaarrekening en ontbinding. In aanvulling op de Verordening regelt de Richtlijn de rol van werknemers binnen de SE. Verordening en Richtlijn zijn direct aan elkaar gekoppeld, waardoor een SE niet kan worden ingeschreven zonder dat is onderhandeld tussen de oprichtende vennootschappen van een SE en een bijzondere onderhandelingsgroep van werknemers (BOG) over de rol van werknemers.

In Nederland wordt de SE een nieuwe rechtsvorm naast de NV en de BV. Een SE kan worden opgericht door (1) fusie, (2) omzetting, (3) oprichting van een holding of (4) oprichting van een dochtervennootschap. Uitgangspunt van al deze wijzen van oprichting is dat vóór oprichting al sprake moet zijn van een communautaire dimensie. Voorwaarde is dan ook dat bij oprichting van de SE twee vennootschappen uit ten minste twee lidstaten betrokken zijn. Voorts dient de SE een geplaatst kapitaal te hebben van minimaal € 120.000. Oprichters hebben voorts de keuze tussen een monistische en dualistische structuur van de SE. In een monistische SE is er alleen een bestuursorgaan, terwijl in een dualistische SE een bestuursorgaan en een toezichthoudend orgaan functioneren. Een communautair fiscaal regime voor de SE ontbreekt vooralsnog, maar hiervoor is op korte termijn een regeling van de Europese wetgever te verwachten.

Uitvoering van de Verordening en implementatie van de Richtlijn dienen op uiterlijk 8 oktober 2004 in de lidstaten te zijn voltooid. In Nederland is het wetgevingstraject voor zowel de Verordening als de Richtlijn inmiddels in volle gang gezet. Voor de uitvoering van de Verordening heeft het ministerie van Justitie in maart 2003 een ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel ter uitvoering van de Verordening gepubliceerd. Voor wat betreft de implementatie van de Richtlijn heeft de ministerraad inmiddels ingestemd met het Wetsvoorstel rol werknemers bij de Europese Vennootschap (hierna: het Wetsvoorstel) en deze voor advies aan de Raad van State voorgelegd (zie persbericht Ministerie van Sociale Zaken 03/016 d.d. 30 juni 2003). Beide wetsvoorstellen zullen

vanwege de onderlinge samenhang tegelijkertijd bij de Tweede Kamer worden ingediend. Het is op dit moment nog niet bekend wanneer dit zal gebeuren. Wel diende het kabinet al in november 2002 een adviesaanvraag in bij de Sociaal-Economische Raad (SER). Deze adviesaanvraag bevat tien concrete beleidsvoornemens van het kabinet (hierna: de Beleidsvoornemens) over de wijze van implementatie van de Richtlijn. Recentelijk is het advies van de SER gepubliceerd (SER-advies 03/08 d.d. 20 juni 2003; een samenvatting is te downloaden van www.ser.nl).

Naar aanleiding van de Beleidsvoornemens en recente publicatie van het SER-advies zal in deze bijdrage worden stilgestaan bij een aantal aandachtspunten bij de implementatie van de Richtlijn in Nederland. In dit kader zal worden stilgestaan bij het doel en de inhoud van de Richtlijn. Daarbij zal tevens worden ingegaan op de verhouding tot, alsmede de verschillen tussen de Richtlijn met vigerende Nederlandse wetgeving, zoals de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en de structuurregeling.

De Richtlijn

Uitgangspunt van de Richtlijn is dat de oprichtende vennootschappen onderhandelen met een BOG over de rol van werknemers binnen de SE. Indien geen overeenstemming wordt bereikt over de rol van werknemers, zijn in beginsel de zogenoemde referentievoorschriften van de Bijlage van de Richtlijn (hierna: de Bijlage) van toepassing. Deze referentievoorschriften dienen door de lidstaten te worden opgesteld en moeten voldoen aan de eisen van de Bijlage. Ik kom hier later nog op terug.

Rechtsgrondslag

Opvallend is dat de rechtsgrondslag van de Richtlijn niet artikel 137 EG-Verdrag, maar artikel 308 EG-Verdrag is. In tegenstelling tot artikel 137 EG-Verdrag staat het de lidstaten op grond van artikel 308 EG-Verdrag niet vrij om gunstigere bepalingen in nationale wetgeving op te nemen dan waartoe de Richtlijn verplicht. Ratio van de keuze voor deze rechtsgrondslag is dat de Richtlijn direct gekoppeld is aan de Verordening. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de regels over de oprichting van de SE op uniforme wijze in de lidstaten worden toegepast, omdat het volgens de Europese wetgever niet wenselijk is dat lidstaten gunstigere bepalingen opnemen in nationale wetgeving.

Onderhandelingsmodel en systematiek

Van belang is dat het onderhandelingsmodel van de Richtlijn over de rol van werknemers gelijk is aan dat van de Richtlijn nr. 94/45/EG inzake de instelling van een

Europese Ondernemingsraad of een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (hierna: de EOR-richtlijn). Uit de Beleidsvoornemens blijkt dan ook dat de wetgever voornemens is om bij implementatie van de Richtlijn in Nederland 'vanuit het oogpunt van consistentie van beleid en wetgeving' zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de Wet op de Europese Ondernemingsraden (WEOR), die in 1997 is geïmplementeerd op grond van de EOR-richtlijn. Bij implementatie van de EOR-richtlijn heeft de regering destijds afgezien van het incorporeren van de Europese Ondernemingsraad (EOR) in de WOR. Uit de wetsgeschiedenis van de WEOR (Kamerstukken II 1995/96, 24 641, nr. 3, p. 7 en 15) blijkt dat de wetgever hiervoor twee redenen had. De eerste reden is dat de wetgever hiermee duidelijk wilde maken dat de Europese Ondernemingsraad niet thuishoort in de Nederlandse WOR, omdat de EOR juridisch gezien niet de top vormt van de Nederlandse medezeggenschapsstructuur (ondernemingsraad, groepsondernemingsraad en centrale ondernemingsraad). Incorporatie in de WOR zou volgens de wetgever verwarring opleveren. De tweede reden hangt samen met de eerste reden en is van technische aard: de begrippen van de EOR-richtlijn sluiten niet aan bij de begrippen zoals die in de WOR worden gehanteerd. Gelet op het uitgangspunt van het kabinet om bij implementatie van de Richtlijn zo veel mogelijk aan te sluiten bij de WEOR is het aannemelijk dat deze evenals de EOR-richtlijn niet zal worden geïncorporeerd in de WOR om voornoemde twee redenen. Zoals hierna zal blijken, speelt de rol van werknemers zich evenals bij de EOR uitsluitend af op SE-niveau en niet op nationaal niveau. Bovendien sluiten de begrippen van de Richtlijn, evenals die van de EOR-richtlijn, niet aan bij de begrippen zoals die in de WOR worden gehanteerd.

Gelet op het feit dat in de Richtlijn dezelfde systematiek en veel dezelfde begrippen als in de EOR-richtlijn worden gehanteerd, is het denkbaar dat bij oprichting van een SE blijkt dat deze voldoet aan de criteria van de EOR-richtlijn. In dit verband bepaalt overweging 14 van de Richtlijn dat de bepalingen van de EOR-richtlijn in beginsel niet van toepassing zijn op de SE, tenzij de BOG besluit om geen onderhandelingen te beginnen of om reeds begonnen onderhandelingen af te breken. Alsdan is de EOR-richtlijn alsnog van toepassing op de SE.

De rol van werknemers

De Richtlijn kent een tweeledige rol toe aan de werknemers, die tot uitdrukking komt in het recht op (1) informatie en raadpleging en (2) medezeggenschap.

Recht op informatie en raadpleging

In de eerste plaats hebben werknemers binnen de SE recht op informatie en raadpleging. In dit verband valt op dat het recht op informatie in de Richtlijn geclausuleerd is. Artikel 8 lid 1 van de Richtlijn bepaalt in dit verband – kort gezegd – dat er geen verplichting voor het leidinggevend orgaan van de SE is om informatie aan de BOG of de werknemersvertegenwoordiging van de SE te verstrekken voorzover dit volgens objectieve criteria de SE, haar dochterondernemingen en vestigingen ernstig in hun functioneren zou belemmeren of schaden. Dit is een essentieel verschil met de Nederlandse WOR, waarin het recht op informatie nu juist niet geclausuleerd is: de OR heeft hier recht op alle informatie die hij in redelijkheid nodig heeft (art. 31 lid 1 WOR). Teneinde het recht op informatie te waarborgen is in dit verband in artikel 8 lid 4 van de Richtlijn wel een verplichting voor de lidstaten opgenomen om in een administratieve of rechterlijke procedure te voorzien voor het geval de werknemers bezwaar zouden willen maken tegen de weigering van informatie. Daarnaast geeft artikel 8 lid 2 van de Richtlijn lidstaten de mogelijkheid om te voorzien in een zogenoemde preventieve toetsing, waarbij dit geclausuleerde informatierecht van tevoren wordt getoetst door een administratieve of rechterlijke instantie. Uit de Beleidsvoornemens en het advies van de SER blijkt dat de wetgever in Nederland bij implementatie alleen zal voorzien in een beroepsprocedure en geen gebruik zal maken van een preventieve toetsing.

Opgemerkt dient nog te worden dat artikel 13 lid 3 van de Richtlijn bepaalt dat deze bestaande rechten met betrekking tot de rol van werknemers overeenkomstig de nationale wetgeving of praktijk die de werknemers van de SE en haar dochtervennootschappen en vestigingen genieten, onverlet laat behoudens medezeggenschap in de organen van de SE. Dit impliceert in beginsel dat werknemers op basis van nationale wetgeving informatie en raadpleging kunnen claimen binnen de SE. Onduidelijk is – en dit blijkt ook niet duidelijk uit de Beleidsvoornemens en het SER-advies – of dit nu betekent dat de relevante bepalingen van de WOR van toepassing kunnen zijn op de SE. Het begrip informatie wordt immers, zoals uit het vorenstaande blijkt, in een andere betekenis gebruikt in de WOR dan in de Richtlijn. Dit zal in het Wetsvoorstel moeten worden verduidelijkt.

Recht op medezeggenschap

In de tweede plaats hebben werknemers recht op medezeggenschap. Dit begrip wordt in de Richtlijn uitsluitend in vennootschapsrechtelijke betekenis gebruikt. In dit kader wordt medezeggenschap van werknemers op

grond van de Richtlijn geëffectueerd door middel van (1) het recht om leden van het toezichthoudend orgaan en het bestuursorgaan binnen de SE te mogen benoemen, alsmede (2) het recht om bij deze benoemingen aanbevelingen te doen of bezwaar te maken. De effectuering van deze medezeggenschap vindt alleen plaats op het niveau van de SE zelf. Op grond van artikel 13 lid 2 van de Richtlijn zijn nationale bepalingen over *medezeggenschap* niet van toepassing op de SE. Dit betekent dat werknemers niet op basis van het nationale recht medezeggenschap kunnen claimen op SE-niveau (ten aanzien van informatie en raadpleging is dit onduidelijk; zie hiervoor). De relevante bepalingen van de Nederlandse structuurregeling zijn in beginsel dus niet van toepassing op de SE. Het staat de oprichters en de BOG vanzelfsprekend wel vrij om in de onderhandelingen de structuurregeling van toepassing te verklaren op SE-niveau. Op nationaal niveau binnen de dochtervennootschappen en vestigingen van de SE gelden wel de normale nationale regels. In de praktijk kan het dus voorkomen dat de SE Nederlandse vestigingen en dochtervennootschappen heeft waarop de structuurregeling van toepassing is.

Het begrip medezeggenschap zoals dit in de betekenis van de Richtlijn wordt gehanteerd, is verwarrend voor de Nederlandse rechtspraktijk. In het SER-advies (p. 54-55) wordt in dit kader gesignaleerd dat in het ambtelijk voorontwerp van de Verordening ten onrechte wordt geschreven dat er twee vormen van medezeggenschap in het Nederlandse recht zouden zijn in de betekenis van de Richtlijn. In de eerste plaats wijst het voorontwerp voor de samenstelling van de raad van commissarissen van de SE (in verband met het recht van benoeming, aanbeveling en bezwaar bij leden van het toezichthoudend orgaan) op de structuurregeling. In de tweede plaats wijst het voorontwerp voor de samenstelling van het bestuursorgaan (in verband met het recht van benoeming, aanbeveling en bezwaar bij leden van het bestuursorgaan) op artikel 30 WOR. Dit artikel bepaalt dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft bij de benoeming of het ontslag van een bestuurder. Terecht signaleert de SER dat dit adviesrecht niet een vorm van medezeggenschap is in de zin van de Richtlijn, aangezien dit adviesrecht niet met zich brengt dat de ondernemingsraad medezeggenschap zou hebben met betrekking tot de samenstelling van het bestuursorgaan van de onderneming in de zin van de Richtlijn.

Over de hiervoor genoemde tweeledige rol van werknemers (informatie en raadpleging, medezeggenschap) dient te worden onderhandeld bij oprichting van de SE.

Onderhandelingen

Partijen krijgen op grond van de Richtlijn zes maanden de tijd om overeenstemming te bereiken over de rol van werknemers. Deze termijn kan worden verlengd tot maximaal één jaar. Van belang is dat de Richtlijn slechts onderhandelingen over de rol van werknemers als uitgangspunt neemt, maar de oprichtende vennootschappen en de BOG vrijheid laat of, en in hoeverre, deze rol nader wordt ingevuld. Anders gezegd: de Richtlijn schrijft niet voor dat onderhandelingen ook daadwerkelijk tot overeenstemming moeten leiden. In dit verband kunnen de rechten op informatie, raadpleging en medezeggenschap worden ingeperkt of zelfs geheel achterwege worden gelaten op voorwaarde dat de BOG hiermee instemt. Zo staat het de BOG op grond van artikel 3 lid 6 Richtlijn vrij om af te zien van het openen van onderhandelingen of om reeds lopende onderhandelingen voortijdig af te breken, mits dit besluit ook met tweederde meerderheid van de stemmen wordt genomen. Alsdan zullen de regels voor informatie en raadpleging die gelden in de lidstaten waarin de SE vestigingen heeft, van toepassing zijn, en is de Richtlijn in het geheel niet van toepassing. In Nederland zullen in dit scenario, zoals eerder opgemerkt, de EOR-richtlijn (en dus de Nederlandse WEOR), alsmede de relevante bepalingen van de WOR van toepassing zijn. Voor wat betreft een inperking van medezeggenschapsrechten van de werknemers binnen de SE kan op grond van artikel 3 lid 4 Richtlijn met tweederde meerderheid van stemmen hiertoe door de BOG worden besloten. Uit het SER-advies (p. 26, tweede alinea) blijkt dat de Richtlijn onder 'inperking' van medezeggenschapsrechten verstaat dat werknemers na oprichting van de SE een recht van benoeming, aanbeveling en bezwaar hebben ten aanzien van een lager aantal leden van het bestuurs- of toezichthoudend orgaan dan het hoogste aantal leden dat voor de oprichting van de SE van toepassing was in de deelnemende vennootschappen.

Indien de BOG echter niet instemt met een inperking van het recht op informatie, raadpleging en medezeggenschap, en partijen geen overeenstemming kunnen bereiken, kan oprichting van de SE in beginsel alleen plaatsvinden met toepassing van de zogenoemde – door de lidstaten op te stellen – referentievoorschriften. Hierdoor is het onwaarschijnlijk dat de BOG geheel afstand doet van haar medezeggenschapsrechten. Deze zijn opgenomen in de Bijlage van de Richtlijn. Deel 2 van de Bijlage bevat referentievoorschriften voor informatie en raadpleging en deel 3 van de Bijlage geeft referentievoorschriften voor medezeggenschap. De werking van de referentievoorschriften is als volgt.

Referentievoorschriften voor informatie en raadpleging

Op grond van deel 2 van de Bijlage dient in geval geen overeenstemming wordt bereikt over informatie en raadpleging, in ieder geval een vertegenwoordigingsorgaan te worden opgericht. Deel 2 bepaalt dat er voor de SE een overlegverplichting is om ten minste eenmaal per jaar bijeen te komen met dit vertegenwoordigingsorgaan.

Referentievoorschriften voor medezeggenschap

Ingeval geen overeenstemming door partijen wordt bereikt over medezeggenschap, zijn de referentievoorschriften voor medezeggenschap, anders dan die voor informatie en raadpleging, niet automatisch van toepassing. Deel 3 van de Bijlage stelt in dit kader nadere voorwaarden aan de toepasselijkheid van de referentievoorschriften voor medezeggenschap op de SE, afhankelijk van de wijze van oprichting van de SE. Deze worden hier achtereenvolgens besproken.

Oprichting SE door omzetting

Ingeval de SE wordt opgericht door middel van omzetting van een bestaande NV, bepaalt de Bijlage dat de medezeggenschap die voor werknemers gold in de NV, van toepassing blijft. Indien geen van de aan de oprichting deelnemende vennootschappen van de SE voor de inschrijving medezeggenschapsregels kende, is er op grond van de Bijlage geen verplichting voor de SE om deze in te voeren, en gelden de referentievoorschriften niet.

Oprichting SE door fusie

In geval van fusie geldt dat de referentievoorschriften alleen van toepassing zijn indien 25% van de werknemers van de aan de fusie deelnemende vennootschappen een medezeggenschapsvorm kent. Indien sprake is van een lager percentage dan 25%, stelt deel 3 van de Bijlage als aanvullende voorwaarde dat de BOG besluit tot toepassing van de referentievoorschriften op de SE.

Opvallend is nog dat artikel 7 lid 3 van de Richtlijn in geval van oprichting van een SE door fusie bepaalt dat de lidstaten kunnen bepalen dat de referentievoorschriften hier niet van toepassing zijn. Uit de Beleidsvoornemens blijkt dat de Nederlandse wetgever voornemens is om geen gebruik te maken van deze mogelijkheid.

Oprichting SE door middel van een holding of dochtervennootschap

In geval van oprichting door middel van een holding of dochtervennootschap geldt dat de referentievoorschriften alleen van toepassing zijn indien 50% van de werknemers van de aan de oprichting deelnemende vennootschappen een medezeggenschapsvorm kent. Indien

sprake is van een lager percentage dan 50%, stelt deel 3 van de Bijlage, evenals bij oprichting van een SE door fusie, als aanvullende voorwaarde dat de BOG besluit tot toepassing van de referentievoorschriften op de SE.

Geen medezeggenschapsvorm voor oprichting SE

In alle hiervoor genoemde scenario's is denkbaar dat men in de praktijk te maken krijgt met deelnemende vennootschappen waar voor oprichting van de SE in het geheel geen medezeggenschapsregels golden. Alsdan bepaalt deel 3 van de Bijlage dat de SE in deze situatie geen medezeggenschap hoeft in te voeren.

Commentaar en gevolgen voor de praktijk

Het Wetsvoorstel voorziet in een rol van werknemers op het niveau van de SE zelf. Op het nationale niveau van de dochtervennootschappen en vestigingen van de SE in Nederland is nationale wetgeving van toepassing. De Richtlijn en de Bijlage zitten qua systematiek en inhoud ingewikkeld in elkaar. Het is nu dan ook niet goed te overzien op welke wijze de rol van werknemers binnen de SE in de praktijk daadwerkelijk zal worden geëffectueerd. Dit zal met name afhangen van de uitkomst van de onderhandelingen, en de besluiten van de BOG over de invulling van de rol van werknemers. Het is echter nog maar de vraag in hoeverre uiteindelijk een rol zal zijn weggelegd voor werknemers binnen de SE. Onder bepaalde voorwaarden kunnen op grond van de Richtlijn de rechten op informatie, raadpleging en medezeggenschap binnen de SE immers worden ingeperkt en zelfs geheel achterwege worden gelaten. In de literatuur zijn in dit verband dan ook al veel kritische kanttekeningen geplaatst bij de Richtlijn. Deze kritiek richt zich met name op de vraag in hoeverre nu daadwerkelijk sprake zal zijn van medezeggenschap binnen de SE, in het kader waarvan ook wel wordt gesproken van 'schijnmedezeggenschap' (zie in dit verband L. Timmerman, *Schijnmedezeggenschap, Ondernemingsrecht* 2003, p. 243).

Artikel 13 lid 3 van de Richtlijn bepaalt dat bestaande rechten met betrekking tot de rol van werknemers op grond van nationale wetgeving onverlet blijven. Gelet op deze bepaling is voorsnóg onduidelijk hoe de implementatiewet van de Richtlijn in Nederland en de WOR zich tot elkaar verhouden. De vraag rijst immers of, en in hoeverre, de relevante bepalingen van de WOR met betrekking tot informatie en raadpleging een rol zullen spelen op SE-niveau. Het Wetsvoorstel zal hierover de nodige duidelijkheid moeten verschaffen.

*Mr. drs. A.M. Helstone
Stibbe*