

# De implementatie van artikel 16 van de richtlijn voor grensoverschrijdende fusies: *third time's a charm?*

Mr. S.S.M. Rutten \*

## Inleiding

Het was geen complete verrassing. Een aantal schrijvers had reeds hun zorgen geuit over de implementatie van het medezeggenschapsartikel van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies (hierna: GOF-richtlijn).<sup>1</sup> Niet dat het zo duidelijk was hoe het beter had gekund, want het betreffende artikel is zeer technisch van aard en bevat een hoop ingewikkelde verwijzingen naar de SE-richtlijn voor een Europese vennootschap,<sup>2</sup> die Nederland reeds had geïmplementeerd in de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (WRWER). De implementatie was een complexe procedure, dus dat dit te laat en – volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in 2013 – niet correct is gedaan, is hierom niet heel vreemd. Het HvJ EU tikte Nederland op de vingers voor het niet volledig implementeren van het medezeggenschapsartikel van de GOF-richtlijn. Deze uitspraak was aanleiding voor de wetgever om artikel 2:333k van het Burgerlijk Wetboek (BW) ingrijpend te wijzigen: het is aangepast van acht naar vijftien leden.

Er kan veel worden geschreven over deze medezeggenschapskwestie, nu de discussie hierover reeds startte in 1966 met de totstandkoming van de SE-richtlijn en zowel bij die richtlijn als bij de GOF-richtlijn het grootste struikelblok is geweest. Deze bijdrage bestrijkt dan ook enkel een zeer specifiek gebied hierbinnen, afgebakend door de vraag 'Heeft de wetgever artikel 16 GOF-richtlijn in 2015 alsnog juist geïmplementeerd?' Ik bespreek hierbij de Europese regeling en geef steeds aan waar deze onjuist of onduidelijk is geïmplementeerd.

## Regels van artikel 16 GOF-richtlijn en de implementatie in artikel 2:333k BW

De medezeggenschapsregeling van de GOF-richtlijn is gebaseerd op die van de SE-richtlijn. De hoofdregel is echter anders bij beide richtlijnen. Hoofdregel bij de SE-richtlijn is dat

directie en werknemersvertegenwoordigers altijd dienen te onderhandelen over welk medezeggenschapsregime wordt toegepast op de verkrijgende vennootschap. Bij de GOF-richtlijn is conform artikel 16 lid 1 de hoofdregel dat de verkrijgende vennootschap de medezeggenschapsregeling van het land van vestiging krijgt, aldus ook het nieuwe lid 2 van artikel 2:333k BW. De lidstaten wensten namelijk de gevallen waarin onderhandeld dient te worden over het medezeggenschapsregime zo beperkt mogelijk te houden.<sup>3</sup> Onderhandelen hoeft dan ook slechts in drie uitzonderingssituaties. Bovendien, ook indien een van deze situaties zich voordoet, bestaat de optie om alsnog de hoofdregel, het medezeggenschapsregime van het vestigingsland, toe te passen. Mochten de onderhandelingen niet leiden tot een overeenkomst, dan gelden in beginsel de hierna te bespreken referentievoorschriften. Hierbij geldt, kort gezegd, dat het medezeggenschapsregime van het vestigingsland van de fusiepartner met het hoogste niveau aan medezeggenschap 'wint'.

De hoofdregel als zodanig staat niet in het oorspronkelijke artikel 2:333k BW. Volgens de minister was dat niet nodig omdat, indien er geen sprake was van een van de uitzonderingen, of wanneer men de referentievoorschriften moest toepassen, automatisch de structuurregeling van artikel 2:152/262 e.v. BW zou gelden voor de verkrijgende vennootschap. Dat oordeel is op meerdere gronden onbegrijpelijk, onder meer omdat de minister hierbij vergeet dat sommige vennootschappen weliswaar structuurvennootschappen zijn, maar geen of beperkte medezeggenschapsrechten hebben toegekend door gebruik te maken van het recht van artikel 2:158/268 lid 12 BW om deze rechten bij de statuten in te perken of te ontnemen. In de praktijk wordt dit zelden gedaan, maar het komt wel degelijk voor dat de ondernemingsraad (OR) instemt met een statutenwijziging waarbij zijn versterkte aanbevelingsrecht wordt weggelaten. Daarnaast bestaan andere medezeggenschapsregelingen in Nederland, zoals regelingen die tot stand zijn gekomen via de SE-richtlijn of via een NV of BV die uit een grensoverschrijdende fusie is ontstaan.<sup>4</sup> Ook zou medezeggenschap statutair kunnen zijn toegekend (art. 2:133/243

\* Mr. S.S.M. Rutten is professional support lawyer corporate M&A bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.  
2. 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.

3. Kamerstukken I 2007/08, 30929, C, p. 12.

4. Reactie NautaDutilh op internetconsultatie grensoverschrijdende omzetting op <[www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)>.

lid 1 en 2:143/253 BW).<sup>5</sup> Kortom, dit verdiende ook aanpassing. De minister stelde dan ook dat hij het risico wilde voorkomen dat het toepassingsbereik van de richtlijn in Nederland wordt uitgebreid zonder dat dit door de richtlijn wordt gevegd. Daarom heeft hij de hoofdregel nu exact overgenomen in het nieuwe artikel 2:333k lid 2 BW.<sup>6</sup> De hoofdregel, toepassing van het nationaal recht van de verkrijgende vennootschap, geldt bij drie uitzonderingen niet:

*Uitzondering 1: grote bedrijven met meer dan 500 werknemers met een medezeggenschapssysteem*

Bij één of meer van de fuserende vennootschappen zijn in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het fusievoorstel gemiddeld minimaal 500 werknemers werkzaam en op deze fuserende vennootschap is een regeling met betrekking tot medezeggenschap van toepassing. De werknemers van de dochters en vestigingen tellen niet mee; het gaat enkel om de fuserende vennootschap. Deze uitzondering was correct en helder geïmplementeerd in artikel 2:333k lid 2 onder a BW en staat nu identiek in het nieuwe lid 3 onder a.

*Uitzondering 2: wet van vestigingsland voorziet niet in minimaal hetzelfde medezeggenschapsniveau*

De nationale wetgeving die van toepassing is op de verkrijgende vennootschap voorziet niet in ten minste hetzelfde niveau van medezeggenschap als dat van toepassing is in een van de betrokken fuserende vennootschappen. Deze uitzondering geldt zowel voor grote als voor kleine ondernemingen, aangezien het in uitzondering 1 genoemde minimum van 500 werknemers hier niet geldt.

Nederland had deze regel geïmplementeerd in het voormalige artikel 2:333k lid 2 onder b BW, in de veronderstelling dat deze uitzondering slechts zou gelden indien er sprake was van een medezeggenschapssysteem bij een van de fusiepartners en er bij de verkrijgende vennootschap geen structuurregime gold. De wetgever gaat hier mijns inziens weer op dezelfde wijze de mist in door ervan uit te gaan dat Nederland het hoogste medezeggenschapsniveau heeft.<sup>7</sup> Ons structuurregime behelst krachtens artikel 2:158 lid 5 BW het recht voor de OR om aanbevelingen te doen ten aanzien van *alle* leden van een RvC, hetgeen kwantitatief inderdaad de sterkste vorm van medezeggenschap is. Daarbij wordt wederom vergeten dat dit statutair kan worden ingeperkt of uitgesloten volgens lid 12 (met toestemming van de OR), en dus wordt de richtlijn met deze implementatie te beperkt uitgelegd. In de literatuur werd het uitgangspunt van de minister dan ook meermaals verworpen en heerste de gedachte dat deze implementatie eveneens herziening behoefde.<sup>8</sup> Het HvJ EU heeft zich hier helaas niet over

uitgelaten. Inmiddels heeft wederom de wetgever het zekere voor het onzekere genomen en de richtlijn letterlijk overgenomen in artikel 2:333k lid 3 onder b BW.

*Uitzondering 3: nationaal medezeggenschapsregime heeft geen extraterritoriale werking*

De nationale wetgeving die van toepassing is op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap, de verkrijgende vennootschap, schrijft niet voor dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben. Volgens het HvJ EU is deze uitzondering in 2005 ten onrechte niet geïmplementeerd.<sup>9</sup>

Deze uitzondering is lastig te duiden, aangezien ten tijde van de implementatie van de richtlijn geen enkel EU-land een regeling had waardoor werknemers uit andere landen konden deelnemen aan medezeggenschap, ook Nederland niet.<sup>10</sup> Dit zou betekenen dat er altijd onderhandeld dient te worden indien de verkrijgende vennootschap onder Nederlandse jurisdictie valt. Nederland had deze uitzondering daarom volledig anders geïnterpreteerd. Het las allereerst, niet onbegrijpelijk, het woordje 'of' tussen uitzondering 2 en 3 zodanig dat er sprake diende te zijn van een van de uitzonderingen. En doordat het bij uitzondering 2 aannam dat Nederland als vestigingsland het hoogste niveau van medezeggenschap in Europa had en dus altijd zou 'winnen', kwam men aan uitzondering 3 niet toe. De wetgever had deze uitzondering dus in haar geheel niet geïmplementeerd. Dit is, zoals gezegd, een te beperkte uitleg van artikel 16 GOF-richtlijn. Daarnaast zag de wetgever hierbij over het hoofd dat deze uitzondering juist aan de orde is wanneer de structuurregeling van toepassing is, nu deze geen extraterritoriale werking heeft maar slechts rechten geeft aan werknemers van vestigingen in Nederland. Dit volgt niet zozeer uit artikel 16 GOF-richtlijn, als wel uit punt 13 van de considerans, waar expliciet wordt gesproken van de wens om werknemers van vestigingen dezelfde medezeggenschapsrechten te geven. Het HvJ EU bevestigde dit door te verwijzen naar de wetgeschiedenis van de GOF-richtlijn. Deze stelt dat artikel 16 de medezeggenschapsrechten van werknemers beoogt te waarborgen in andere lidstaten dan die van de verkrijgende vennootschap, ongeacht of alle werknemers vóór de fusie medezeggenschapsrechten genoten.<sup>11</sup>

Nu geen van de lidstaten in eerste instantie een medezeggenschapsstelsel met externe werking had, zou er altijd dienen te worden onderhandeld. Om dit te voorkomen zou het nationale recht extraterritoriale werking aan de medezeggenschapsregels moeten toekennen. Dit is in een aantal lidstaten reeds gebeurd. Nederland heeft dit (nog) niet gedaan.<sup>12</sup> Aangezien Nederland deze uitzondering nu heeft opgenomen in

5. F.G. Laagland, Artikel 16 Tiende richtlijn binnen het Nederlandse vennootschapsrecht. Vennootschappelijke medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie, ARBAC oktober 2012.

6. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 3, p. 4.

7. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 3, p. 1 en 2.

8. J. Roest, Grensoverschrijdende fusie en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap, WPNR (2007) 721; Laagland 2012; C.W.P. van Ommeren & D.W.J.M. Kemperink, De rol van werknemers bij een grensoverschrijdende juridische fusie, ArbeidsRecht 2008/51.

9. HvJ EU 20 juni 2013, NJ 2013/155.

10. HvJ EU 20 juni 2013, NJ 2013/155.

11. Verslag van de Groep sociale vraagstukken van de Raad van de EU, 30 juni 2004, kenmerk 10934/04 (art. 16 is hier nog art. 14) op <www.cumonitor.nl>.

12. Wenk bij HvJ EU 20 juni 2013, RO 2013/67.

artikel 2:333k lid 3 onder c BW, zal dus in beginsel steeds moeten worden onderhandeld.

### Gevolg indien sprake is van een van de drie uitzonderingen

Stel, er wordt voldaan aan een van de drie uitzonderingen. Er wordt dan in beginsel conform artikel 16 lid 3 onder a GOF-richtlijn jo. artikel 3 SE-richtlijn een bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) ingesteld. Deze dient samen met de deelnemende vennootschappen een regeling inzake de rol van de werknemers in de verkrijgende vennootschap vast te leggen in een medezeggenschapsovereenkomst. In het oorspronkelijke artikel 2:333k BW was dit in lid 2 opgenomen, in het nieuwe artikel staat het in lid 4. Hier zit echter mijns inziens nog wel een onjuistheid in. Lid 4 stelt namelijk dat artikel 1:26 lid 3 WRW-ER van toepassing is: de referentievoorschriften voor informatie en raadpleging. In het oorspronkelijke artikel werd hier ook reeds onterecht naar verwezen en daar is in een van de reacties op de consultatie dan ook op gewezen.<sup>13</sup> De verwijzing is namelijk niet alleen onnodig volgens de GOF-richtlijn, omdat het in deel 2 van de referentievoorschriften van de SE-richtlijn staat en de GOF-richtlijn alleen deel 3 van toepassing verklaart, maar ook misleidend, nu deze referentievoorschriften juist *geen* toepassing zouden moeten vinden conform de GOF-richtlijn. Daarnaast betreft artikel 2:333k lid 4 BW slechts de plicht tot het instellen van een BOG. Hierna is een aantal uitkomsten mogelijk, waaronder het van toepassing zijn van de referentievoorschriften. Dat hier reeds in lid 4 naar wordt verwezen, is derhalve voorbarig.

De vijf mogelijke opties die zich kunnen voordoen na het instellen van de BOG zijn de volgende:

- Optie 1: de BOG ziet af van het starten van onderhandelingen.
- Optie 2: de BOG beëindigt de reeds gestarte onderhandelingen. Optie 1 en 2 vloeien voort uit artikel 16 lid 4 onder b GOF-richtlijn. Bij beide geldt dat het besluit van de BOG dient te worden genomen met de stemmen van twee derde van de leden van de BOG die ten minste twee derde van de werknemers uit twee lidstaten vertegenwoordigen. In beide gevallen geldt dan de hoofdregel weer: het medezeggenschapsregime van het vestigingsland is van toepassing. Deze twee mogelijkheden alsmede de vereisten waren wel in het oorspronkelijke artikel 2:333k lid 4 BW opgenomen, maar het gevolg ervan niet. Dit is nu correct aangevuld in het nieuwe lid 9.
- Optie 3: de BOG en de fusiepartners komen samen tot een overeenkomst voor een medezeggenschapsregime voor de verkrijgende vennootschap. Hierbij geldt een grote mate van contractsvrijheid, zoals volgt uit artikel 4 lid 2 SE-richtlijn. Deze bepaling geeft een kader voor de inhoud van deze overeenkomst, maar spreekt daarbuiten van autonomie van partijen. Het gestelde onder g hiervan is opgenomen in artikel 1:18 lid 3 WRW-ER. Het geko-

zen medezeggenschapssysteem dient enkel te voldoen aan de toets die voortvloeit uit de definitie van medezeggenschap in artikel 2 onder k SE-richtlijn. Er kan dus een eigen systeem worden bedacht, of zelfs dat van een niet bij de fusie betrokken lidstaat worden gekozen.<sup>14</sup> In het oorspronkelijke Nederlandse artikel 2:333k lid 2 BW was wederom slechts naar de betreffende artikelen in de WRW-ER verwezen. In het nieuwe lid 5 is het meer uitgeschreven.

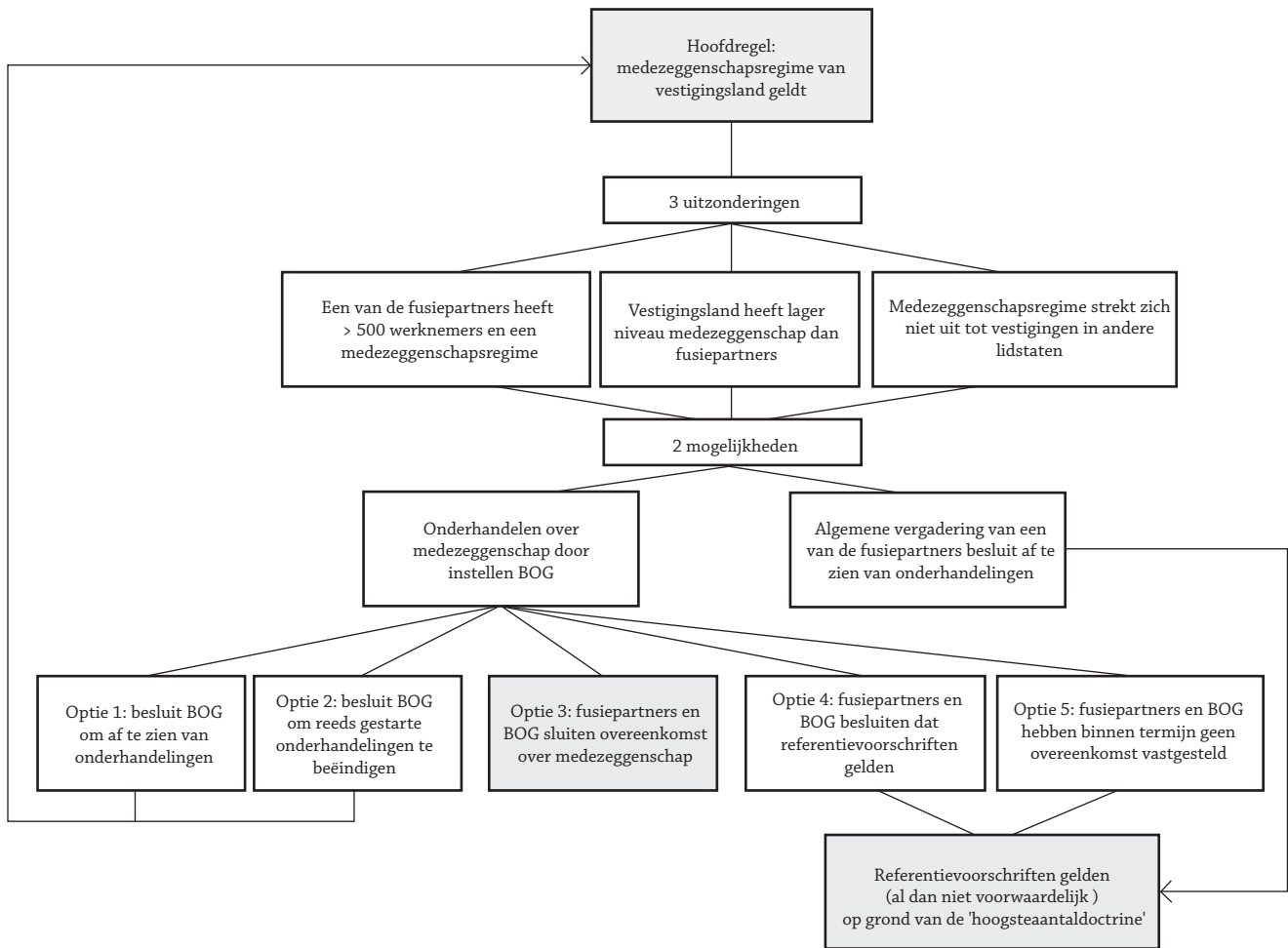
- Optie 4: de BOG en de fusiepartners besluiten samen dat de referentievoorschriften gelden voor de verkrijgende vennootschap. Als partijen inzien dat het onderhandelen niet het gewenste resultaat zal opleveren, of dat ze er in het geheel niet uit zullen komen, is dit een snellere optie dan de termijn afwachten (zie optie 5). In het oorspronkelijke artikel 2:333k lid 2 BW was slechts verwezen naar artikel 1:20 onder a WRW-ER, in het nieuwe artikel is dit uitgeschreven in lid 13 onder a. Hier is deze mogelijkheid tevens gekoppeld aan de voorwaarde dat er minimaal 33 1/3% van het totale aantal werknemers van de fuserende vennootschappen onder een medezeggenschapsregime valt. Naar mijn mening is dit niet terecht. In de paragraaf 'Voorwaarden voor toepasselijkheid van de referentievoorschriften' ga ik nader in op de situaties waarbinnen deze voorwaarde geldt.
- Optie 5: het onderhandelen van de BOG en de fusiepartners leidt niet (tijdig) tot een medezeggenschapsovereenkomst. De termijn is in beginsel een halfjaar, maar in onderling overleg kan deze verlengd worden tot ten hoogste één jaar met een maximale pauze van drie maanden. Dit was oorspronkelijk in artikel 2:333k lid 2 en 8 BW opgenomen en staat thans in lid 7. Indien er binnen deze termijn geen overeenkomst is gesloten, gelden volgens artikel 16 lid 3 onder h GOF-richtlijn de referentievoorschriften van deel 3 onder b van de bijlage van de SE-richtlijn. Deze referentievoorschriften zijn geïmplementeerd in artikel 1:31 lid 2 en 3 WRW-ER en het oorspronkelijke artikel 2:333k lid 2 BW verwees hiernaar. In het nieuwe artikel 2:333k BW wordt in lid 13 slechts verwezen naar lid 2 van artikel 1:31 WRW-ER. Het niet-opgenomen lid 3 betreft de regel dat indien er vóór de fusie bij geen van de deelnemende vennootschappen medezeggenschap bestond, er ook geen medezeggenschap hoeft te worden ingevoerd na de fusie. Aangezien artikel 2:333k lid 13 BW voor toepassing een ondergrens van 33 1/3% medezeggenschap hanteert, is verwijzing naar een situatie zonder medezeggenschap overbodig en dus terecht weggelaten.

Naast deze vijf mogelijkheden waarbij de BOG een rol speelt, bestaat ook de optie voor de fusiepartners zelf om zonder te onderhandelen rechtstreeks de referentievoorschriften van toepassing te verklaren. Deze mogelijkheid is opgenomen in de

13. Reactie NautaDutilh op internetconsultatie grensoverschrijdende omzetting op <www.internetconsultatie.nl>.

14. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 109), Deventer: Kluwer 2011, p. 344.

Figuur 1 Het toepasselijke medezeggenschapsregime



GOF-richtlijn, nu daar bij de SE-regeling behoefte aan bleek te zijn. Het moet volgens de GOF-richtlijn mogelijk zijn in elke lidstaat. Het oorspronkelijke artikel 2:333k lid 3 BW verwees hierbij naar het gehele artikel 1:31 WRW-ER. Daarmee verwees het foutief naar lid 1, hetgeen in het nieuwe lid 12 terecht niet meer van toepassing is verklaard, nu deze bepaling uitsluitend geldt in geval van omzetting in een SE. Artikel 1:31 lid 3 WRW-ER staat nog steeds in het nieuwe artikel 2:333k lid 12 BW en stelt dat indien er op geen van de deelnemende fusiepartners medezeggenschapsregels van toepassing waren, de verkrijgende vennootschap geen voorschriften voor medezeggenschap hoeft in te voeren. In lid 12 staat hierbij als voorwaarde dat er niet reeds een verplichting bestaat tot het doen van opgaaf die geldt in de drie jaren voorafgaand aan het van toepassing worden van het structuurregime. Indien de verkrijgende vennootschap, dus na de fusie, niet aan de voorwaarden van het structuurregime voldoet, en geen van de deelnemende vennootschappen vóór de fusie een medezeggenschapsregime heeft, dan kan de algemene vergadering afzien van onderhandelen en hoeft zij geen medezeggenschapssysteem in te voeren. Als er wel aan de vereisten van het structuurregime wordt voldaan, zal zij de hoogste-aantaldoctrine van de referentievoorschriften toe dienen te passen. Het nieu-

we artikel 2:333k lid 12 BW met verwijzing naar lid 2 en 3 van artikel 1:31 WRW-ER is dus correct.

In figuur 1 zijn bovenstaande opties schematisch weergegeven met in het donkergrijs de drie mogelijke uitkomsten.

### Referentievoorschriften en medezeggenschap

De referentievoorschriften houden in dat de verkrijgende vennootschap het medezeggenschapssysteem krijgt van de fusiepartij met het hoogste niveau aan medezeggenschap. De term 'niveau' is hierbij enigszins misleidend. Hierbij wordt immers de hoogste-aantaldoctrine toegepast, oftewel er wordt enkel gekeken naar de *meeste* medezeggenschapsrechten, die niet per se ook juridisch de sterkste zijn.

Welke medezeggenschapsrechten hieronder moeten worden verstaan staat in artikel 2 onder k SE-richtlijn. Het betreft:

'de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt (...) op de gang van zaken bij een vennootschap via het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan 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 aanbevelingen te doen of bezwaar te maken’.

Denk ook aan de benoeming door vakbonden van leden in het bestuursorgaan, zoals in Zweden mogelijk is.<sup>15</sup> Het betreft derhalve een zogenoemde (Europese) vennootschappelijke medezeggenschap. Daarmee wordt de veel bredere medezeggenschap van de OR in Nederland, waarbij de werknemer ook invloed kan uitoefenen op besluiten van het bestuur van de vennootschap, uitgesloten.

Daarnaast is van belang dat alle vormen van deze vennootschapsrechtelijke medezeggenschap over één kam worden geschoren bij het vergelijken van het niveau. Een recht op aanbeveling ten aanzien van alle leden van een RvC als bedoeld in artikel 2:158 lid 5 BW gaat derhalve vóór op een recht tot benoeming van de helft.<sup>16</sup> Deze kwantitatieve oplossing betreft een zeer praktische, maar niet per se een zeer geschikte oplossing, omdat het recht op aanbeveling juridisch minder sterk is dan het recht op benoeming. In de literatuur worden derhalve meer kwalitatieve benaderingen van de doctrine bepleit<sup>17</sup> en zelfs geheel nieuwe methoden voorgesteld.<sup>18</sup> Het HvJ EU heeft zich helaas niet expliciet uitgelaten over de reikwijdte van het begrip en sluit kortweg aan bij artikel 1:1 lid 1 WRW-ER.<sup>19</sup> Een ruime interpretatie van het Europese medezeggenschapsbegrip lijkt echter aan te sluiten bij de grote diversiteit aan nationale medezeggenschapsrechten en met name bij het uitgangspunt van de GOF-richtlijn: bescherming van werknemers.<sup>20</sup>

### Voorwaarden voor toepasselijkheid van de referentievoorschriften

Artikel 16 lid 3 onder e GOF-richtlijn stelt dat de referentievoorschriften slechts van toepassing zijn onder de twee voorwaarden zoals weergegeven in artikel 7 lid 2 onder b SE-richtlijn. Deze voorwaarden zijn geïmplementeerd in artikel 1:21 lid 2 (onder a en b) WRW-ER. De SE-richtlijn bepaalt echter in lid 3 van datzelfde artikel dat de lidstaten kunnen bepalen dat deze voorwaarden niet van toepassing zijn. De voorwaarden zijn als volgt:

- Allereerst de voorwaarde dat de referentievoorschriften slechts kunnen gelden indien vóór de fusie voor ten minste een derde deel van de werknemers van alle betrokken fusiepartijen samen een medezeggenschapsregeling gold. Deze voorwaarde was in zowel het oorspronkelijke als het nieuwe artikel 2:333k BW opgenomen. In het nieuwe lid 13 is de voorwaarde gekoppeld aan de twee opties van artikel 1:20 WRW-ER (optie 4 en 5 van het stroomschema).

- De tweede voorwaarde is dat indien *minder* dan een derde van de werknemers vóór de fusie onder een medezeggenschapsregeling valt, de referentievoorschriften slechts gelden indien de BOG hiertoe besluit. Deze laatste optie is in de Nederlandse wetgeving niet terug te vinden. Hierdoor vroegen de literatuur en de Tweede Kamer zich af of dat met opzet was gedaan en waarom de wetgever niet bij de SE-regeling aansloot.<sup>21</sup> De minister heeft dit uiteindelijk in de nota naar aanleiding van het verslag als volgt toegelicht. Hij stelt dat de mogelijkheid van een fuserende vennootschap om rechtstreeks de referentievoorschriften toe te passen, niet past bij een regeling dat ook de BOG hiertoe zou moeten besluiten. Het zou de BOG immers een soort ‘vetorecht’ geven en dat past niet bij de mogelijkheid van de GOF-richtlijn om zonder onderhandelingen tot een medezeggenschapsregeling te komen. In de SE-richtlijn bestaat een dergelijke bevoegdheid niet, omdat de SE-richtlijn sterker uitgaat van de onderhandelingen van partijen.<sup>22</sup>

Het is mijns inziens vreemd dat de richtlijn de optie geeft om de twee voorwaarden van artikel 7 lid 2 onder b SE-richtlijn niet van toepassing te verklaren en Nederland er vervolgens voor kiest slechts één hiervan niet te implementeren. Ook werpt het de vraag op in welke situaties deze voorwaarde geldt, aangezien de minister de toepasselijkheid van de voorwaarde in de eerste memorie van toelichting over artikel 2:333k BW anders lijkt te interpreteren en in de laatste memorie van toelichting hier geen duidelijkheid over schept. De literatuur is verdeeld op dit punt. Desondanks waag ik me eraan de bedoeling van de wetgever te duiden. Hierbij beperk ik me tot de eerste voorwaarde, de 33 1/3% aanwezige medezeggenschap als ondergrens voor toepassing van de referentievoorschriften, nu deze als enige is geïmplementeerd in artikel 2:333k BW.

### Wanneer gelden de referentievoorschriften enkel onder de voorwaarde dat ten minste 33 1/3% werknemers door medezeggenschap wordt bestreken?

Over het algemeen stelt de meerderheid in de literatuur, alsmede de memorie van toelichting van de laatste wetswijziging, dat de voorwaarde in ieder geval geldt ingeval de fusiepartners er met de BOG niet binnen de termijn uitkomen (optie 5 van het stroomschema).<sup>23</sup> Dat betekent dat in dit geval de referentievoorschriften slechts gelden indien er voorafgaand aan de fusie minimaal 33 1/3% van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen onder een medezeggen-

15. Roest 2007.

16. Kamerstukken II 2006/07, 30929, 3, p. 24.

17. Roest 2007.

18. R. Kingma, De weging van vennootschappelijke medezeggenschap binnen de EU: geen appels met peren vergelijken, AR 2013/22.

19. HvJ EU 20 juni 2013, C-635/11, ECLI:EU:C:2013:408.

20. Laagland 2012 en noot Kanen bij HvJ EU 20 juni 2013, JAR 2013/11.

21. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 4, p. 2 en op <www.internetconsultatie.nl> bij ‘Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen’ de reactie van NautaDutilh.

22. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 5, p. 3.

23. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 3, p. 2; Roest 2007, B.A. Spliet & A.L. Hustinx, Medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies, Arbeid Integraal 2009/3, P.A.M. Witteveen, Medezeggenschap en Europese rechtsvormen, Ondernemingsrecht 2009, p. 32 en E.E.G. Gepken-Jager, Wetsvoorstel betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, Ondernemingsrecht 2007, p. 95.

schapsregeling viel. Is dat niet het geval, dan gelden niet de referentievoorschriften, maar de hoofdregel (uit het nieuwe art. 2:333k lid 2 BW). De literatuur is verdeeld, of zwijgt over de toepasselijkheid van de ondergrens ingeval de fusierende vennootschappen besluiten niet te onderhandelen en rechtstreeks voor de referentievoorschriften kiezen.<sup>24</sup> Artikel 2:333k lid 12 BW noemt geen ondergrens. Dat sluit ook aan bij bovenstaand citaat van de minister, waarin hij stelt dat indien er minder dan een derde van de werknemers vóór de fusie medezeggenschapsrechten had, slechts de fusiepartners kunnen beslissen tot het toepassen van de referentievoorschriften. Dit betekent immers dat er geen ondergrens geldt en de fusiepartners hier altijd voor kunnen kiezen. De memorie van toelichting van de laatste wijziging stelt precies het tegenovergestelde, verklarende dat de voorwaarde wel van toepassing is ingeval de fusiepartners besluiten niet te onderhandelen en rechtstreeks de referentievoorschriften toepassen.<sup>25</sup> De memorie van toelichting van de eerste wijziging noemt de voorwaarde daarentegen niet wanneer zij spreekt over de situatie dat partijen er niet uitkomen, en juist wel wanneer zij de mogelijkheid noemt dat fusiepartijen zich er zonder te onderhandelen rechtstreeks op beroepen.<sup>26</sup> Dat is op zijn minst curieus.

Mij lijkt het nieuwe lid 12 van artikel 2:333k BW hoe dan ook begrijpelijk en correct. Laagland meent dit eveneens, stellende dat de kwestie weliswaar onduidelijk is, maar zij vanwege de redactie en locatie van lid 4 van artikel 16 GOF-richtlijn toch van mening is dat de voorwaarde niet geldt. Ze geeft aan dat de Nederlandse en Duitse wetgever hierover een verschillend standpunt hebben ingenomen en de Duitse wet in tegenstelling tot de Nederlandse wet de voorwaarde wel van overeenkomstige toepassing heeft verklaard. Met name doordat de tekst van artikel 16 lid 4 onder a GOF-richtlijn direct verwijst naar de referentievoorschriften en na lid 3 in de GOF-richtlijn is opgenomen, acht zij dit niet juist.<sup>27</sup> In geval van een medezeggenschapspercentage van minder dan 33,33% kiest de Duitse praktijk er voorlopig vaak voor om als fusiepartners rechtstreeks te kiezen voor de referentievoorschriften, om zodoende niet het risico te lopen dat ze onterecht niet hebben onderhandeld terwijl ze onder de derde uitzondering vielen. Vervolgens geldt volgens hen de voorwaarde van ten minste 33 1/3%, waardoor de referentievoorschriften niet van toepassing zijn, en dus geldt de hoofdregel: medezeggenschapsregime van het vestigingsland. Ik betwijfel of dit standpunt strookt met dat van het HvJ EU.

Het persbericht van de Raad van de Europese Unie stelt dat voor referentievoorschriften de hiervoor genoemde 33 1/3%-

ondergrens geldt.<sup>28</sup> Nu artikel 7 lid 3 SE-richtlijn van toepassing is verklaard op de GOF-richtlijn en deze stelt dat het mogelijk is deze voorwaarden niet van toepassing te verklaren door de lidstaten, is het daarmee mogelijk deze ondergrens als voorwaarde niet te implementeren. De strikt lijkende regel van deze stelling wordt daarmee toch weer aangetast. De redactie van de SE-richtlijn, waar de GOF-richtlijn naar verwijst, alsmede de implementatie hiervan in artikel 1:20 WRW-ER, biedt ook geen uitsluitel. De SE-richtlijn stelt immers: '*bovendien* zijn de referentievoorschriften slechts van toepassing' (in de Engelse versie: 'moreover'), terwijl de vertaling in artikel 1:21 lid 2 WRW-ER spreekt van 'onverminderd artikel 1:20'. Dit laatste zou betekenen dat optie 4 en 5 van het stroomschema van artikel 1:20 WRW-ER onverkort van toepassing zijn en de in artikel 1:21 lid 2 WRW-ER genoemde voorwaarden hier niet op van toepassing zijn.<sup>29</sup> Dat is ook het meest begrijpelijk, aangezien het vreemd zou zijn dat partijen overeen mogen komen de hoogste-aantaldoctrine te kiezen en er vervolgens de voorwaarde wordt gesteld dat dit slechts kan wanneer het medezeggenschapsregime vóór de fusie minimaal 33,33% van de werknemers bestreekt.

Daarnaast is opvallend dat er noch in de literatuur, noch in de memories van toelichting wordt gesproken over de toepasselijkheid van de ondergrens van 33 1/3% ingeval de BOG er *samen* met de fusiepartners voor kiest de referentievoorschriften toe te passen op de verkrijgende vennootschap. De Nederlandse wetgever is ervan uitgegaan dat de ondergrens bij deze mogelijkheid geldt, gezien artikel 2:333k lid 13 aanhef en onder a BW. In de kernpunten van de regeling uit de memorie van toelichting van het eerste wetsvoorstel staat slechts het volgende:

'Komen partijen er niet uit, dan gelden zogenoemde referentievoorschriften waardoor *afhankelijk van het aantal werknemers dat reeds medezeggenschap kende* [cursivering SSMR], een vorm van medezeggenschap moet worden ingevoerd in de verkrijgende vennootschap.'<sup>30</sup>

Hierbij zou 'er niet uitkomen' zo kunnen worden geïnterpreteerd dat hieronder optie 4 en 5 van het stroomschema worden verstaan: partijen komen niet tot een medezeggenschaps-overeenkomst, ofwel door het verstrijken van de deadline voor onderhandeling, ofwel doordat partijen dat zo afstemmen. Dan gelden vervolgens de referentievoorschriften, maar slechts indien minstens een derde van de werknemers reeds medezeggenschap kende. Dat zou betekenen dat geheel artikel 2:333k lid 13 BW terecht is ingevoerd (met dien verstande dat 'inschrijving van de verkrijgende vennootschap' wordt gewijzigd in 'inschrijving van de fusie').

24. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 3, p. 2; Roest 2007; Splet & Hustinx 2009; Witteveen 2009, p. 32; Gepken-Jager 2007, p. 95.

25. Kamerstukken II 2013/14, 34012, 3, p. 2.

26. Kamerstukken II 2006/07, 30929, 3, p. 38 en 39.

27. F.G. Laagland, Het compromis van artikel 16 Tiende richtlijn, ArA (9) 2010, afl. 3.

28. Press release C/05/238 of the Council of the European Union, Brussel, 20 september 2005, 12482/05 op <europa.eu>.

29. <www.kcwj.nl>. Onder Digitale Ar, hoofdstuk 3: Algemene aspecten van vormgeving, aanwijzing 85.

30. Kamerstukken II 2006/07, 30929, 3, p. 7.

Mij zou dat bevreemden. Als partijen zelf overeen mogen komen de referentievoorschriften toe te passen, meen ik dat ze dan niet alsnog aan een dergelijke voorwaarde kunnen worden onderworpen. Dat geldt mijns inziens voor fusiepartners alleen, alsmede samen met de BOG. De situatie houdt thans in dat onder de drempel van 33,33% noch de BOG samen met de fusiepartners, noch de fusiepartners alleen kunnen beslissen tot toepassing van de referentievoorschriften. Dit betekent vervolgens dat ze in dat geval verplicht worden het regime van het vestigingsland te kiezen, hetgeen veelal een aantasting is van de medezeggenschapsrechten van de werknemers. Dat is vooral vreemd omdat artikel 1:18 lid 6 WRW-ER stelt dat de referentievoorschriften ook van toepassing kunnen worden verklaard in de medezeggenschapsovereenkomst (optie 3 van het stroomschema). Zo ook de memorie van toelichting van de WRW-ER, die hieraan toevoegt dat de GOF-richtlijn ervan uitgaat dat alles mag worden afgesproken, mits de afspraken maar worden gemaakt met een BOG.<sup>31</sup> Het lijkt mij dat deze contractsvrijheid net zo goed geldt in de gevallen dat de referentievoorschriften als startpunt voor de medezeggenschap worden gekozen. Mijns inziens is sub a in artikel 2:333k lid 13 BW dan ook onterecht gekoppeld aan de ondergrens.

### Overige lacunes in het nieuwe artikel 2:333k BW

Van het nieuwe artikel 2:333k BW zijn nu lid 1 tot en met 3, 9, 12 en 13 besproken. Rest mij nog een laatste onjuistheid van dit artikel aan te stippen.

Het oorspronkelijke noch het nieuwe artikel 2:333k BW verwijst naar artikel 1:21 lid 4 en 5 WRW-ER betreffende de regels om de vorm van de medezeggenschap vast te stellen. Dat is echter een noodzakelijke verwijzing. Dat de referentievoorschriften gelden en daarmee het medezeggenschapsregime met het hoogste aantal, zegt immers niets over welke *vorm* van medezeggenschap (het recht tot kiezen, benoemen, het maken van bezwaar en/of het doen van aanbevelingen) vervolgens geldt. Artikel 16 lid 3 onder e GOF-richtlijn geeft daarom aan dat de laatste alinea van artikel 7 lid 2 van toepassing is, die stelt dat de BOG besluit welke vorm na de fusie wordt ingevoerd (geïmplementeerd in art. 1:21 lid 4 WRW-ER) en dat lidstaten aanvullende regels kunnen stellen bij gebreke van een dergelijk besluit. Dat heeft Nederland gedaan in artikel 1:21 lid 5 en 6 WRW-ER. Daarom had artikel 2:333k BW tevens naar artikel 1:21 lid 4, 5 en 6 WRW-ER moeten verwijzen.

### Conclusie

Het is duidelijk dat de medezeggenschapsregeling van de GOF-richtlijn complex is en bepaalde begrippen verschillend worden geïnterpreteerd en/of in andere lidstaten anders zijn geïmplementeerd. Voor wat betreft de ontbrekende duidelijkheid omtrent de situaties waarin de 33 1/3%-ondergrens geldt voor de toepasselijkheid van de referentievoorschriften, zullen we een uitspraak van het HvJ EU dienen af te wachten. In de tussentijd kan het verstandig zijn onder deze grens alsnog de

referentievoorschriften toe te passen, al dan niet opgenomen in een medezeggenschapsovereenkomst. De (voorbarige) verwijzing naar verkeerde referentievoorschriften in artikel 2:333k lid 4 BW lijkt mij echter evident onjuist. Zo ook het feit dat in artikel 2:333k BW is verzuimd te verwijzen naar de regels van de WRW-ER voor het vaststellen van de vorm van de medezeggenschap. Daarom moet ik tot de conclusie komen dat artikel 16 GOF-richtlijn wederom niet juist is geïmplementeerd en een derde uitwerking van artikel 2:333k BW aan te bevelen is.

31. Kamerstukken II 2003/04, 29298, 3, p. 43. Hier werd art. 1:18 nog art. 2:12 genoemd.