

Vennootschapsrecht

IV Voorgenomen besluiten EU

De Europese Vennoetschap: een instrument voor internationale reorganisaties voor liefhebbers van een rol voor de werknemers

Mr. D.C. Buijs

De Europese top in Nice bracht op 8 december 2000 onverwacht overeenstemming over de Europese Vennoetschap. Spanje kreeg genoegdoening met een mini opt-out. In recordtempo werd een bijeenkomst van de Raad (Werkgelegenheid en Sociaal Beleid) bijeengeroepen en voorbereid om de laatste problemen op te lossen. Die Raad werd het op 20 december 2000, 30 jaar na het eerste voorstel van de Commissie en meer dan 40 jaar na de rede 'Naar een Europese N.V.' van prof. Sanders, eens over een verordening en een richtlijn. Een doorbraak voor het Europese vennootschapsrecht! Maar ook voor de praktijk?

Inleiding

De Europese Vennoetschap, Societas Europaea (hierna: S.E.) vormt weerbarstige materie. De nieuwe kapitaalvennoetschap heeft niet voor niets een lange en roerige geschiedenis. Eerst was er een periode van grote activiteit die leidde tot een ontwerp-Sanders van 1966 en Commissievoorstellen van 1970 en 1975. Nadat de onderhandelingen daarover in een impasse waren geraakt, gaf de Europese Raad in 1985 zijn goedkeuring aan het Witboek van de Commissie inzake de voltooiing van de interne markt. Dat eiste revitalisering van het project. Daarop volgden nieuwe voorstellen van de Commissie, van 1989 en 1991. Inmiddels was er veel veranderd. Het oorspronkelijke voorstel gaf een alomvattende regeling, een werkelijk Europees statuut voor de S.E., met inbegrip van fiscale bepalingen en was gebaseerd op artikel 235 (nu 308) van het EG-Ver-

drag. Het zou een nieuwe rechtspersoon hebben gecreëerd, afwijkend van alle bestaande, met één structuur, waar ook binnen de gemeenschap gevestigd. Een mooi ideaal! Al snel bleek het echter toch noodzakelijk rekening te houden met nationale tradities. Zo stuitte het verplichte duale model, met strikt gescheiden raden van bestuur en toezicht (commissarissen) in sommige landen op krachtig verzet, zeker na de toetreding van het Verenigd Koninkrijk. Datzelfde gold voor vele andere aspecten. Met overeenstemming over de fiscale behandeling wilde het al helemaal niet vlotten. Intussen schreed de harmonisatie van het nationale vennootschapsrecht voort. Daardoor groeiden de nationale regimes naar elkaar toe op het gebied van bijvoorbeeld kapitaalbescherming, jaarrekeningenrecht en, al eerder, het vertrouwen dat derden mogen ontleenen aan gegevens die vennootschappen moeten publiceren. In zoverre verminderde de behoefte aan één uniforme nieuwe vennootschapsvorm. Toch bleef het georganiseerde bedrijfsleven aandringen op voortgang. De regeling zou immers een internationale juridische fusie van nationale vennootschappen mogelijk maken, zij het alleen met oprichting van een S.E. Voorts zou een S.E. haar zetel van de ene lidstaat naar de andere kunnen verplaatsen. Dat zijn instrumenten die een internationale herstructurering van vennootschappen, zoals een intra-concern reorganisatie, kunnen vergemakkelijken. Ze liggen overigens enigszins in elkaars verlengde: als alternatief voor de verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar een andere lidstaat is het niet al te ingewikkeld in deze andere lidstaat een bestaande of nieuwe vennootschap te laten optreden als verkrijger bij een internationale fusie met de te verplaatsen vennootschap, waarbij deze laatste verdwijnt en opgaat in de verkrijgende. Het bedrijfsleven zou deze instrumenten natuurlijk graag kunnen gebruiken voor de traditionele N.V.'s en B.V.'s. Er is wel een Europese richtlijn voor nationale juridische fusies, maar niet voor internationale. Het voorstel daarvoor stokt al vele jaren evenals dat voor internationale zetelverplaatsing. Het bedrijfsleven was wellicht van mening dat een regeling daarvoor in het statuut voor de S.E. al beter was dan niets. Vooral

echter hoopte het, en hoopt het nog steeds, dat een doorbraak bij de S.E. een doorbraak voor soortgelijke regelingen voor de gewone N.V.'s en B.V.'s teweeg zal brengen.

Wat hield nu een regeling voor die twee instrumenten tegen? De rol van de werknemers. Dat was ook een van de grote struikelblokken bij het overleg over de bestuurs- (en toezicht)structuur van de S.E. Bij de problemen over het duale dan wel monistische model (zoals bijvoorbeeld het Engelse met één board of directors met daarin eventueel naast executive ook non-executive directors), kwam namelijk nog het verschil van mening over de rol van de werknemers in of bij de samenstelling van die leidinggevende organen. Een land als Duitsland vond het onaanvaardbaar dat binnen die lidstaat vennootschappen gevestigd zouden kunnen zijn, ook al waren dat S.E.'s, die anders dan AG's met een gelijk aantal werknemers, geen vertegenwoordigers van die werknemers in de Aufsichtsrat zouden hebben. Nog minder denkbaar was dat dergelijke AG's zich zouden kunnen omzetten in S.E.'s en daarbij die werknemersvertegenwoordiging zouden kunnen afschaffen. Naar Duitse opvatting was zelfs onaanvaardbaar dat een in Duitsland gevestigde S.E., die in dit opzicht hetzelfde behandeld zou worden als een AG – dus ook met een personeelsvertegenwoordiging in de Aufsichtsrat – zich zou kunnen verplaatsen naar een lidstaat, of zou kunnen wegfuseren in een vennootschap in een lidstaat, waar deze rol niet voor de werknemers is weggelegd. Omgekeerd zag Engeland niet in waarom het zich zou moeten openstellen voor een nieuwe rol voor de werknemers die in Engelse ogen prima wordt gespeeld door de vakorganisaties zonder enige vertegenwoordiging in de board van Ltd's of PLC's.

Deze impasse dwong de Commissie zich bij de nieuwe voorstellen van 1989 en 1991 in allerlei bochten te wringen. Naast een ontwerpverordening voor het statuut van de S.E. kwam ze in 1989 met een ontwerprichtlijn voor de rol van de werknemers. De verordening was niet langer gebaseerd op artikel 235 (nu 308) dat unanimitieit in de Raad eist, maar op artikel 100A (nu 95) lid 1 EG, het interne-markt-harmonisatieartikel dat voorziet in de codecisie-procedure van wat nu artikel 251 EG is. Aangezien echter artikel 100A lid 2 bepaalde dat lid 1 niet kan worden toegepast op bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers, moest de regeling daarvan op een ander artikel van het verdrag worden gebaseerd. De Commissie koos artikel 54 (nu 44) uit het hoofdstuk over de vrijheid van vestiging dat de basis vormt voor de harmonisatie van vennootschapsrecht en dat eveneens in de codecisie-procedure voorziet. Op basis van artikel 54 was echter alleen een richtlijn mogelijk. Deze constructie was uitermate artificieel om niet te zeggen koddig. Gelukkig zijn de voorstellen van 20 december 2000 weer gebaseerd op artikel 308, het kapstokartikel voor onvoorziene gevallen. De scheiding tussen ver-

ordening en richtlijn is echter helaas gebleven. De technische scheiding in 1989 loste uiteraard de inhoudelijke impasse niet op. De richtlijn liet weliswaar keuzes open tussen het duale en het monistische model en tussen verschillende modellen voor de rol van de werknemers, maar Duitsland achtte die vrijheid te groot, ook voor de andere lidstaten, terwijl landen als Engeland ook het lichtste toegestane regime van werknemersvertegenwoordiging nog te zwaar vonden.

Licht eufoor door het onverwachte succes met de richtlijn Europese ondernemingsraden (waarbij het Verenigd Koninkrijk overigens oorspronkelijk een opt-out bedong waarvan pas na het aantreden van Blair niet langer gebruik is gemaakt) benoemde de Commissie in 1996 een groep experts onder leiding van oud-commissaris burggraaf Davignon. Deze stelde naar analogie van het systeem van de richtlijn Europese ondernemingsraden voor bij de S.E. de rol van de werknemers te laten regelen in onderhandelingen tussen de betrokken besturen en werknemersvertegenwoordigers. Volgens datzelfde stramien zouden slechts voor het geval een overeenkomst niet tot stand kwam, zogenaamde referentievoorschriften gelden. Als zodanig stelde de groep Davignon voor dat een vijfde van het bestuur dan wel, in het duale systeem, van de raad van toezicht, zou bestaan uit ten minste twee, werknemersvertegenwoordigers.

Dat ging Engeland nog steeds te ver. Maar het primaat voor een regeling bij overeenkomst is in de uiteindelijke ontwerprichtlijn van de Raad gehandhaafd. Bij gebreke daarvan eisen de referentievoorschriften in beginsel de instelling bij de S.E. van iets dat veel op een Europese ondernemingsraad lijkt alsmede een rol voor de werknemers in de leiding van de S.E. die overeenkomt met het in dit opzicht zwaarste regime van alle aan de oprichting deelnemende vennootschappen. Waarom het Verenigd Koninkrijk deze oplossing heeft geaccepteerd is niet helemaal duidelijk. In ieder geval heeft daarbij een belangrijke rol gespeeld dat vennootschappen die de oprichting van een S.E. overwegen, daarvan altijd af kunnen zien indien de rol die de werknemers daarbij zouden spelen hen teveel bezwaart. In die zin is de S.E. er alleen voor de liefhebbers.

Het statuut zelf, zoals in de uiteindelijke ontwerpverordening van de Raad neergelegd, leidt zowel rechtstreeks als via de ruimte die het de lidstaten laat om nadere regelingen te treffen conform die voor nationale N.V.'s, tot evenzovele S.E.'s als er lidstaten zijn en tot een nauwe aanknoping bij de respectievelijke nationale N.V.-regimes. Van het oorspronkelijke ideaal van één uniform communautair lichaam is dus niets over.

Wel zijn de door het bedrijfsleven begeerde oprichting via een internationale juridische fusie en zetelverplaatsing nog steeds mogelijk. Deze kunnen dus tot voorbeeld dienen voor een meer algemene regeling. Daarnaast hoopte het bedrijfsleven zeer op

een speciale fiscale faciliteit. De gedachte was onder andere dat de S.E. als communautair vehikel internationale fiscale verliescompensatie zou mogen toepassen. En alweer zou dan een dergelijke faciliteit voor de S.E. als opstapje dienen voor een algemene regeling. Daar is echter niets van terechtgekomen. Vooralsnog geldt voor de S.E. geen enkele specifieke fiscale regeling. Wat blijft, is dat een S.E. internationale reorganisaties kan vergemakkelijken, zij het onder de voorwaarde van onderhandelingen met de werknemers over hun rol. Voor die reorganisaties beschikt de internationale vennootschapsjurist ook nu reeds over een goed gevulde gereedschapskist, zodat de nieuwe instrumenten nu ook weer niet zo erg veel toevoegen. De overwegingen bij de verordening gaan overigens nog verder en beweren dat de nieuwe regeling *'de oprichting en het bestuur mogelijk zullen maken van vennootschappen met een Europese dimensie zonder dat de belemmeringen die het gevolg zijn van de verschillen tussen, en de territoriaal beperkte toepassing van het nationale vennootschapsrecht deze operaties kunnen beletten of bemoeilijken'*. Dat is vrij grote onzin. Afgezien van de internationale juridische fusie en de internationale zetelverplaatsing zijn er geen serieuze belemmeringen die de verordening wegneemt. Zij gaat uit van het systeem van de siège réel in die zin dat de statutaire zetel van de S.E. in de lidstaat moet liggen waar ook het hoofdbestuur is gevestigd. Onder die voorwaarde is er ook nu al geen enkele echte belemmering voor de oprichting en het bestuur van een nationale N.V. die waar dan ook elders in de gemeenschap actief kan zijn. Sommige landen kennen iets als de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen. Die verklaart bepaalde Nederlandse regels van toepassing op naar vreemd recht opgerichte vennootschappen die met dat vreemde land geen band hebben en vrijwel geheel in Nederland werkzaam zijn. Binnen de gemeenschap is bijvoorbeeld een Engelse vennootschap wegens de eenvoudige, snelle en goedkope oprichting nogal in trek. Doet die vennootschap daar niets en hier vrijwel alles, dan zijn enkele Nederlandse regels toch van toepassing. Nu zal er allereerst, indien ook het hoofdbestuur in Engeland gevestigd is, niet licht sprake zijn van een aldus gedefinieerde formeel buitenlandse vennootschap. Daar komt bij dat de status van in ieder geval sommige, door de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen opgelegde regels nogal dubieus is in het licht van het Centros-arrest van het Hof van Justitie (Jur. 1999, p. I-1459) en dit trouwens al was op grond van het veel eerdere Segers-arrest (Jur. 1986, p. 2375). Letterlijk genomen betekent het Centros-arrest zelfs dat alle lidstaten, ook die welke in hun nationale IPR het stelsel van de siège réel aanhangen, en dus aanknopen bij het recht van het land waar het hoofdbestuur is gevestigd, een puur formeel Engelse vennootschap zouden moeten accepteren, zelfs als het hoofdbestuur niet in Engeland is gevestigd. Wat van dit laatste ook zij, in ieder

geval suggereren de overwegingen bij de verordening belemmeringen die er niet zijn.

De ontwerpverordening

Nederland is traditioneel niet een siège réel land, maar een siège statutair land. Volgens het Nederlandse IPR wordt een vennootschap die ingevolge de oprichtingsakte haar statutaire zetel heeft in het land naar welk recht ze is opgericht, beheerst door het recht van dat land. Waar het hoofdbestuur is gevestigd is irrelevant. Omdat de verordening, zoals gezegd, eist dat bij de S.E. de statutaire zetel en het hoofdbestuur in hetzelfde land gevestigd zijn, aarzelde Nederland tot het laatste moment over de aanvaardbaarheid. Uiteindelijk is de verordening toch unaniem in de Raad aanvaard. Nederland heeft slechts bereikt dat een overweging is toegevoegd die zegt dat de keuze hier voor de siège réel niet voortvloeit op de keuze bij andere regelgeving. Een gevolg van die keuze is dat geregeld moet worden wat er gebeurt indien de statutaire zetel en het hoofdbestuur zich niet langer in hetzelfde land bevinden. Dan moet één van de twee verplaatst worden, zodat ze weer samenvallen. Gebeurt dat niet dan dient de lidstaat van de statutaire zetel ervoor te zorgen dat de S.E. wordt geliquideerd.

De S.E. is een instrument voor de internationale reorganisatie van vennootschappen. Natuurlijke personen kunnen dus geen S.E. oprichten. Voorts is voor die oprichting vereist dat er sprake is van een soort communautaire dimensie. Een S.E. kan door N.V.'s worden opgericht via een juridische fusie mits die N.V.'s volgens het recht van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de gemeenschap hebben en mits ten minste twee van die N.V.'s onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren. Blijkbaar is niet vereist dat een fuseerende vennootschap haar statutaire zetel en hoofdbestuur in dezelfde lidstaat heeft. Het is voldoende dat beide binnen de gemeenschap liggen. Dan rijst wel de vraag welk IPR moet worden toegepast om te bepalen of ten minste twee fusiepartners onder verschillend recht vallen. Ik vermoed het IPR van het land van oprichting van de S.E. Een communautaire aanknopingsregel zou echter fraaier zijn.

Behalve door een fusie van N.V.'s kan een S.E. worden opgericht door N.V.'s en B.V.'s die een S.E. als holding oprichten en zichzelf daarmee tot dochter maken. Dat is één van de voorbeelden waaruit blijkt dat het jammer is dat de verordening en de richtlijn niets bepalen over moeder-dochterverhoudingen of, in het algemeen, over groepsrelaties. Ik ben geen voorstander van een al te uitgewerkt concernrecht, maar nu de rol van de werknemers zoveel aandacht krijgt had ook wel iets geregeld mogen worden over de rol bij de moeder-S.E. van de werknemers van dochters. Ook bij deze oprichtingsmodaliteit is weer vereist dat de deelnemende N.V.'s of B.V.'s met de gemeenschap zijn verbonden en dat

ten minste twee hunner onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren. Aan de eis van een communautaire dimensie kan nu echter ook worden voldaan indien alle deelnemers onder hetzelfde recht ressorteren doch ten minste twee daarvan sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert dan wel een bijkantoor dat in een andere lidstaat is gelegen. Waarom dit alternatief niet aan de fuserende N.V.'s wordt geboden is niet aanstonds duidelijk. De gehele regeling van de verordening en richtlijn ademt echter bijzondere voorzichtigheid bij fusies (en omzettingen). Daarbij verdwijnen immers, anders dan bij de andere wijzen van oprichting van een S.E., vennootschappen en dus ook wellicht medezeggenschap. Voorts is niet duidelijk wat met 'een andere lidstaat' wordt bedoeld. Ik neem aan dat het een andere lidstaat moet zijn dan die van de oprichtende vennootschap, maar dat dus wel bijvoorbeeld beide dochters onder hetzelfde recht mogen ressorteren, mits dit een ander is dan dat van hun beide moeders. Niet duidelijk is waarom één 'vreemde' dochter niet voldoende is.

Een soortgelijke regeling geldt voor de oprichting van een gemeenschappelijke dochter-S.E. Alleen is de kring van toegelaten oprichters nog weer ruimer. Hieraan mogen ook maatschappen, coöperatieve verenigingen en andere publiekrechtelijke en privaatrechtelijke lichamen deelnemen.

Een nationale N.V. kan worden omgezet in de S.E., doch slechts zonder dat de statutaire zetel wordt verplaatst naar een andere lidstaat. De zetel van de S.E. kan vervolgens wel worden verplaatst. Twee jaar na de omzetting en nadat de eerste twee jaarrekeningen zijn goedgekeurd, kan de S.E. in een nationale N.V. worden omgezet, wederom zonder zetelverplaatsing. Aldus is, zij het in twee stappen en met een interim S.E.-periode van enige jaren, internationale zetelverplaatsing van een N.V. mogelijk, althans voor liefhebbers van een rol voor de werknemers.

Aan de oprichting van een S.E. door fusie, als holding of als dochter, kan ook een andere S.E. deelnemen. Deze wordt voor dat doel gelijkgesteld aan een N.V. Een S.E. kan ook dochter-S.E.'s oprichten. Bij de oprichting via fusie en als holding geldt dat de algemene vergadering van aandeelhouders van elke deelnemende vennootschap zich het recht kan voorbehouden de inschrijving van de S.E. (en pas dan verkrijgt zij rechtspersoonlijkheid) afhankelijk te stellen van haar uitdrukkelijke bekrachtiging van de regelingen die over de rol van de werknemers in de S.E. conform de richtlijn worden overeengekomen. Mijns inziens is de beperking tot overeengekomen regelingen betrekkelijk onzinnig. De bedoeling moet toch zijn dat de algemene vergaderingen het ontstaan van een S.E. kunnen tegenhouden wanneer één harer het niet eens is met de rol die de werknemers bij die S.E. zullen krijgen, of die rol nu op een overeenkomst of op de referentievoorschriften

berust. Bij de oprichting van een S.E. als dochter en bij een omzetting is aan een vergelijkbare bepaling geen behoefte.

Voor het kapitaal van de S.E. en haar aandelen en andere effecten gelden dezelfde voorschriften als voor een N.V. met statutaire zetel in dezelfde lidstaat. De statuten van de S.E. bepalen of haar leiding een monistisch of duaal model zal hebben. De verordening zegt dat waar een lidstaat niet in één van die modellen voorziet, zij passende maatregelen voor de S.E. kan vaststellen. Een lidstaat kan niet weigeren één van beide modellen toe te laten. De keuze wordt immers aan de statuten gelaten. Een lidstaat kan echter voor een S.E. aanvullende regels voor het voor andere vennootschappen niet geregelde, of wellicht zelfs verboden, model stellen. Denk aan het Nederlandse structuurregime, dat de daaraan onderworpen vennootschappen geen monistisch model toestaat. S.E.'s moeten hier altijd een monistisch model kunnen aannemen en ook een ander duaal dan het Nederlandse structuurregime.

Opmerkelijk is dat in het duale model de hoofdregel is dat het toezichthoudend orgaan de leden van het bestuur benoemt en ontslaat. Een lidstaat kan bepalen of toelaten dat de statuten die bevoegdheid leggen bij de algemene vergadering, mits onder dezelfde voorwaarden als voor N.V.'s. Dat beperkt de keuzevrijheid voor S.E.'s. In een lidstaat waar ter zake niets is bepaald, geldt de hoofdregel. Ons gemitteerde structuurregime is daar niet mogelijk. Legt een lidstaat dwingend de bevoegdheid bij de algemene vergadering, dan is daar geen volledig structuurregime mogelijk. De verordening en de richtlijn lijken bij de rol van de medezeggenschap in de leiding slechts te denken aan het aantal leden waarvoor die medezeggenschap geldt en niet aan speciale bevoegdheden, zoals in ons structuurregime.

De richtlijn

Een S.E. verkrijgt rechtspersoonlijkheid vanaf de datum van inschrijving. Inschrijving is slechts mogelijk indien (1) er een overeenkomst is over de rol van de werknemers of (2) een besluit is genomen waarbij de vertegenwoordigers van de werknemers hebben afgezien van (verdere) onderhandelingen over een dergelijke overeenkomst of (3) de termijn is verstreken voor die onderhandelingen zonder dat er een overeenkomst is gesloten.

Wie voert die onderhandelingen? Enerzijds het bevoegde orgaan van de deelnemende vennootschap en anderzijds een bijzondere onderhandelingsgroep (hierna: BOG). Die BOG wordt samengesteld op zodanige wijze dat deze representatief is voor de werknemers in de deelnemende vennootschappen en hun dochterondernemingen en vestigingen voorzover deze volgens het voorstel tot oprichting van de S.E. daarvan een dochter of vestiging zullen worden (hierna: betrokken dochterondernemingen of vestigingen). Voor de samenstelling van de BOG gelden

regelingen die lijken op die van de Richtlijn Europese ondernemingsraden. De onderhandelingen gaan over de rol van de werknemers. Deze omvat enerzijds informatie en raadpleging en anderzijds medezeggenschap. Informatie en raadpleging is zo ongeveer datgene waarop een ondernemingsraad recht heeft, maar dan zonder Nederlandse verworvenheden zoals instemmingsrechten en recht van beroep indien de leiding van een advies van de OR wil afwijken. Medezeggenschap is gedefinieerd als de invloed van de werknemers via het recht leden van het bestuur of de raad van toezicht te kiezen of benoemen of via het recht van aanbeveling of bezwaar bij zodanige benoemingen. De hoogte van de invloed lijkt puur te worden afgemeten aan het aantal leden waarop de keuze-, benoemings-, aanbevelings- of bezwaarrechten betrekking hebben. De aard van het recht en de bevoegdheid van de desbetreffende leden en organen lijken geheel irrelevant te zijn. De BOG besluit met volstrekte meerderheid. Een besluit tot beknotten van de medezeggenschap (dat wil zeggen tot minder dan het hoogste niveau van medezeggenschap dat bij de deelnemende vennootschappen bestaat) is echter slechts mogelijk met een bijzondere meerderheid van stemmen indien het gaat om (1) een oprichting van een S.E. via fusie indien de medezeggenschap ten minste 25% van het aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt (de 25%-regel) en (2) een oprichting van een holding- of dochter-S.E. indien de medezeggenschap ten minste 50% van het aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt (de 50%-regel). Alweer speciale zorg voor de werknemers van fusierende dus potentieel verdwijnende vennootschappen. Eigenaardig is dat bij de bepaling van de percentages geen rekening wordt gehouden met betrokken dochterondernemingen of vestigingen. De regel is helemaal nogal arbitrair. Indien de deelnemende vennootschappen bijvoorbeeld een dochter-S.E. willen oprichten voor een nieuwe activiteit zonder dat er voor de deelnemende vennootschap en haar werknemers iets verandert, lijkt de eis van een versterkte meerderheid onder de 50%-regel sterk overdreven.

De BOG kan wel of niet een overeenkomst bereiken met het bevoegde orgaan. Bereikt het die tijdig, dan geldt hetgeen overeengekomen is. Dat kan zijn een verwijzing naar de referentievoorschriften. De BOG kan ook besluiten af te zien van (verder) onderhandelen. Dan geldt geen enkele bepaling van de referentievoorschriften. De BOG kan dat echter niet doen bij de oprichting van een S.E. door omzetting van een N.V. indien bij die N.V. medezeggenschap bestaat. Men kon blijkbaar niet toestaan dat medezeggenschap bij een simpele omzetting verloren zou gaan zelfs al zouden alle werknemers dat wensen. Bij de andere oprichtingsvormen is een bijzondere meerderheid van de BOG nodig. Wordt dat besluit genomen en is er dus geen geregelde rol voor de werknemers, dan wordt de BOG

op verzoek van ten minste 10% van de werknemers van de S.E. en haar dochterondernemingen en vestigingen, ten vroegste twee jaar later, opnieuw bijeengeroepen. Indien dan geen akkoord wordt bereikt gaan de referentievoorschriften nog steeds niet gelden.

Die gaan wel gelden indien de onderhandelingen voor de oprichting niet tot een overeenkomst leiden. Daarvoor staat een termijn van zes maanden die één keer door partijen gezamenlijk kan worden verlengd tot één jaar, vanaf de instelling van de BOG. Ook indien binnen die termijn geen overeenkomst wordt bereikt gaan die referentievoorschriften natuurlijk alleen gelden indien de bevoegde organen van elk van de deelnemende vennootschappen besluiten de inschrijving voort te zetten. Bovendien gelden de referentievoorschriften voor medezeggenschap alleen indien er bij ten minste één van de aan de oprichting van de S.E. deelnemende vennootschap al van medezeggenschap sprake was en bovendien slechts voor (1) een S.E. die ontstaat door omzetting, (2) een S.E. die ontstaat uit een fusie indien aan de 25%-regel voldaan is of de BOG daartoe besloot en (3) een S.E. die ontstaat als holding of dochter indien aan de 50%-regel voldaan is of de BOG daartoe besloot. Over de vorm van medezeggenschap besluit de BOG en bij gebreke daarvan de lidstaat van inschrijving van de S.E. Met 'vorm van medezeggenschap' wordt waarschijnlijk bedoeld: kiezen, benoemen, aanbevelen of bezwaar maken.

Ingevolge de door Spanje bedongen opt-out kan een lidstaat bepalen dat de referentievoorschriften niet gelden voor een S.E. ontstaan via fusie. Dan kan een fusie-S.E. in die lidstaat echter slechts worden ingeschreven indien (1) er een overeenkomst tussen BOG en bevoegde organen is of (2) geen van de deelnemende vennootschappen onderworpen was aan medezeggenschap.

Zoals gezegd gelden de referentievoorschriften niet wanneer de BOG met de vereiste meerderheid van (verdere) onderhandeling afziet. Dan zijn echter, mits de S.E. groot genoeg is, wel de regels ingevolge de Richtlijn Europese ondernemingsraden van toepassing. Voorts gelden gewoon de nationale regelingen over de rol van de werknemers zoals in Nederland die van de WOR. Nationale medezeggenschapsregelingen, zoals ons structuurregime, zijn echter niet van toepassing op een S.E. Nationale medezeggenschapsregels gelden echter weer wel voor dochters van een S.E. maar, naar ik aanneem, niet als die zelf ook een S.E. zijn.

Voorts is vermeldenswaard dat voor dochters van een S.E. die zelf S.E. zijn, ook niet de referentievoorschriften voor medezeggenschap gelden, waar die wel voor andere S.E.'s zouden gelden, dus vooral indien er niet binnen de termijn een overeenkomst tot stand is gekomen.

De referentievoorschriften zelf voorzien voor informatie en consultatie in een speciaal soort ondernemingsraad die qua samenstelling en

bevoegdheid lijkt op de Europese, maar die dus ook bij kleine S.E.'s verplicht kan zijn. Na vier jaar onderzoekt die ondernemingsraad of het wenselijk is onderhandelingen te openen om alsnog tot een overeenkomst te komen. Wordt daartoe besloten maar leiden deze weer niet tot resultaat, dan blijven de referentievoorschriften gelden.

De referentievoorschriften voor medezeggenschap voor een S.E. die ontstaat door omzetting, houden in dat de bij de N.V. bestaande medezeggenschap wordt gehandhaafd. Voor alle andere gevallen ontstaat medezeggenschap bij de S.E. tot het hoogste niveau dat bestond bij de deelnemende vennootschappen. Bestaat bij geen van de deelnemende vennootschappen medezeggenschap, dan hoeft de S.E. die ook niet in te voeren. De ondernemingsraad beslist over de verdeling van de zetels ten aanzien waarvan medezeggenschap geldt, over de werknemers van de S.E.

De verdere gang van zaken

Artikel 308 EG vereist naast unanimiteit in de Raad over een voorstel van de Commissie slechts raadpleging van het Europees Parlement. Dat behoeft niet lang meer te duren. De verordening treedt in werking na de implementatietermijn van de richtlijn. Hoewel er nog erg veel moet gebeuren om de richtlijn uit te voeren door omzetting in nationaal recht en ook de verordening nog wel wat nationaalrechtelijke uitwerking vraagt, wordt gedacht aan een omzettingstermijn van slechts drie jaar.

Daarna is het woord aan de praktijk. De oprichting van een S.E. kan aantrekkelijk zijn al doet het ontbreken van flankerende fiscale maatregelen veel

afbreuk aan die aantrekkelijkheid. De samenstelling van een BOG en het overleg daarmee over de rol van de werknemers zullen tijd vergen. Die tijd is er meestal niet in de 'M&A' praktijk. Soms kan die tijd natuurlijk gemaakt worden. Soms, bijvoorbeeld, indien bij geen van de deelnemende vennootschappen de werknemers recht op informatie en raadpleging of medezeggenschap hebben, zal het mogelijk zijn de BOG van onderhandelingen te laten afzien. Wellicht is het in andere gevallen mogelijk snel overeenstemming te bereiken. Feit blijft echter dat het enkele samenstellen van de BOG al tijd kost en vaak slecht in het uitgestippelde tijdschema met een strak publiciteitsbeleid past. Misschien kan dan gebruik worden gemaakt van een bestaande S.E. Meer kansen zijn er voor de S.E. als instrument bij intra-concern reorganisaties. Daarvoor is vaak meer tijd. Een eventuele rol van de werknemers kan dan misschien ook gemakkelijker worden ingepast in een concernbeleid.

Een complicatie voor ons land is dat Nederland nu uitgerekend voor medezeggenschap een uitgewerkt concernrecht heeft. Het structuurregime kent immers een fijnmazig systeem van doortellingen en gehele en gedeeltelijke uitzonderingen. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat werknemers hun medezeggenschapsrechten uitoefenen bij een geheel andere (moeder)vennootschap dan die welke deelneemt aan de oprichting van de S.E. en waarbij zij in dienst zijn. De voorgestelde Europese regeling houdt daar geen rekening mee. Gelukkig staat dat structuurregime al om andere redenen op de helling, zodat onze nationale wetgever bij de wijziging daarvan aandacht kan besteden aan de invoering van de S.E.