
Medezeggenschap en een uniform Europees vennootschapsrecht

Masterscriptie

Auteur: M. Verhagen

Examencommissie: Dr. mr. G.J.H. van der Sangen

Mw. mr. M.I. Zeldenrust-Visch

Master Ondernemingsrecht

Tilburg University

Tilburg, november 2013

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie ter afsluiting van mijn masterstudie Ondernemingsrecht aan Tilburg University. In mijn scriptie wordt gekeken naar de reikwijdte van de medezeggenschap van werknemers binnen kapitaalvennootschappen en coöperaties bij de grensoverschrijdende mobiliteit van deze rechtspersonen met betrekking tot het verder harmoniseren van het vennootschapsrecht binnen de EU.

Bij de keuze van dit onderwerp heb ik mij laten inspireren door het vak Capita selecta ondernemingsrecht dat verzorgd wordt door dr. mr. Van der Sangen. Deze cursus toont vele raakvlakken met het door mij gekozen onderwerp, waardoor ik vanaf dag één veel affiniteit had met alle onderdelen die in mijn scriptie worden behandeld. Mijn aandacht werd gegrepen door de diversiteit in medezeggenschapsrechten in Europa die de totstandkoming van een uniform Europees vennootschapsrecht belemmeren. Dit interessante onderwerp heeft ertoe geleid dat ik de afgelopen maanden met veel plezier en enthousiasme aan deze scriptie heb gewerkt.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om iedereen te bedanken die op welke wijze dan ook heeft bijgedragen aan de totstandkoming van deze scriptie. In het bijzonder dank ik mijn scriptiebegeleider dr. mr. Van der Sangen voor zijn constructieve feedback op mijn geschreven stukken. Daarnaast ben ik mijn ouders enorm dankbaar voor hun onvoorwaardelijke steun tijdens de door mij genoten studie. Last but not least gaat mijn dank uit naar mijn vriendin, die mij tijdens deze studie altijd heeft gesteund en begrip heeft getoond voor de tijd die het studeren in beslag nam.

Marck Verhagen

Kaatsheuvel, oktober 2013

Inhoudsopgave

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Voorwoord | 2 |
| Lijst van gebruikte afkortingen en verkorte aanduidingen | 6 |
| HOOFDSTUK 1 Introductie | 1 |
| 1.1 Inleiding | 1 |
| 1.2 Probleemstelling..... | 4 |
| 1.3 Deelvragen | 5 |
| 1.4 Opbouw en methode van onderzoek | 6 |
| HOOFDSTUK 2 Harmonisatie van het vennootschapsrecht binnen de EU..... | 8 |
| 2.1 Inleiding | 8 |
| 2.2 Harmonisatie door middel van verordeningen en richtlijnen..... | 9 |
| 2.2.1 Eerste fase van harmonisatie..... | 9 |
| 2.2.2 Europese rechtsvormen..... | 11 |
| 2.2.3 Grensoverschrijdende mobiliteit..... | 12 |
| 2.3 Europese harmonisatie VS regulatory competition..... | 13 |
| 2.3.1 Regulatory competition huidige stand van zaken..... | 14 |
| 2.3.2 Race to the top of race to the bottom | 19 |
| 2.3.3 Volwaardige regulatory competition? | 20 |
| 2.4 Conclusie hoofdstuk 2 | 21 |
| HOOFDSTUK 3 Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU | 23 |
| 3.1 Inleiding | 23 |
| 3.2 Vrijheid van vestiging..... | 23 |
| 3.2.1 Aanknopingsvereiste | 25 |
| 3.2.2 Incorporatieleer VS werkelijke zetelleer | 26 |
| 3.3 Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting..... | 27 |
| 3.3.1 Grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel | 27 |
| 3.3.2 Grensoverschrijdende omzetting..... | 29 |
| 3.3.3 Wenselijkheid van een veertiende richtlijn..... | 32 |
| 3.4 Grensoverschrijdende fusie en splitsing | 33 |
| 3.4.1 Grensoverschrijdende fusie | 33 |

| | | |
|-----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.4.2 | Grensoverschrijdende splitsing..... | 34 |
| 3.5 | Jurisprudentie van het HvJ EG inzake het recht van vrije vestiging..... | 35 |
| 3.5.1 | HvJ EG Segers (79/85)..... | 35 |
| 3.5.2 | HvJ EG Daily Mail (C-81/87)..... | 36 |
| 3.5.3 | HvJ EG Centros (C-212/97)..... | 36 |
| 3.5.4 | HvJ EG Überseering (C-208/00)..... | 37 |
| 3.5.5 | HvJ EG Inspire Art (C-167/01)..... | 38 |
| 3.5.6 | HvJ EG SEVIC systems (C-411/03)..... | 39 |
| 3.5.7 | HvJ EG Cartesio (C-210/06)..... | 40 |
| 3.5.8 | HvJ EG VALE (C-378/10)..... | 40 |
| 3.6 | Conclusie hoofdstuk 3..... | 42 |
| HOOFDSTUK 4 Medezeggenschap in Europees perspectief..... | | 44 |
| 4.1 | Inleiding..... | 44 |
| 4.2 | Begripsbepaling..... | 45 |
| 4.3 | De Europese Ondernemingsraad..... | 45 |
| 4.4 | Medezeggenschap met de Societas Europaea (SE)..... | 48 |
| 4.5 | Medezeggenschap en de Tiende EG-richtlijn..... | 53 |
| 4.6 | Medezeggenschap in andere EER-Landen..... | 54 |
| 4.6.1 | Duitsland..... | 55 |
| 4.6.2 | Zweden..... | 57 |
| 4.6.3 | Frankrijk..... | 59 |
| 4.6.4 | België..... | 61 |
| 4.6.5 | Verenigd Koninkrijk..... | 62 |
| 4.7 | Conclusie hoofdstuk 4..... | 63 |
| HOOFDSTUK 5 Medezeggenschapsrechten in Nederland..... | | 67 |
| 5.1 | Inleiding..... | 67 |
| 5.2 | In het belang van de vennootschap..... | 67 |
| 5.3 | Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap..... | 68 |
| 5.4 | Vennootschappelijke medezeggenschap..... | 70 |
| 5.4.1 | De structuurregeling..... | 70 |
| 5.4.2 | Enquêterecht..... | 74 |

| | | |
|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 5.4.3 | Spreekrecht OR..... | 75 |
| 5.5 | Andere mogelijkheden voor werknemersinvloed..... | 76 |
| 5.6 | Vergelijking tussen het medezeggenschapsrecht van Nederland en andere EU-lidstaten . | 77 |
| 5.6.1 | Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap..... | 78 |
| 5.6.2 | Vennootschappelijke medezeggenschap | 79 |
| 5.7 | Conclusie hoofdstuk 5 | 81 |
| HOOFDSTUK 6 Conclusies & Aanbevelingen | | 82 |
| 6.1 | Inleiding | 82 |
| 6.2 | Conclusie..... | 83 |
| Lijst van verkort aangehaalde en geraadpleegde bronnen..... | | 91 |

Lijst van gebruikte afkortingen en verkorte aanduidingen

| | |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| AFM | Autoriteit Financiële Markten |
| AktG | Aktiengesetz |
| ANI | Accord national interprofessionnel |
| AVA | Algemene vergadering van aandeelhouders |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| Bob | Besluit openbare biedingen |
| BOG | Bijzondere onderhandelingsgroep |
| BV | Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (NL) |
| BW | Burgerlijk Wetboek (NL) |
| COR | Centrale ondernemingsraad |
| CPBW | Comité de protection et de prévention du travail |
| c.s. | cum suis (met zijn deel- of lotgenoten) |
| e.a. | en andere |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EER | Europese Economische Ruimte |
| EG | Europese Gemeenschap |
| EG-Verdrag | Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (VWEU) |
| EOR | Europese ondernemingsraad |
| EU | Europese Unie |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung (besloten vennootschap DE) |
| HvJ EG | Europese Hof van Justitie |
| JCC | Joint Consultative Committee |
| KvK | Kamer van Koophandel |
| Ltd | Limited Company (besloten vennootschap EN) |
| MoMig | Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen |
| NV | Naamloze vennootschap (NL) |
| OK | Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam |
| OR | Ondernemingsraad |
| Plc | Public Limited Company (naamloze vennootschap EN) |
| PVT | Personeelsvertegenwoordiging |

| | |
|------|--------------------------------------------------------------------|
| r.o. | rechtsoverweging |
| RvC | Raad van Commissarissen |
| SA | Société Anonyme (naamloze vennootschap FR) |
| SARL | Société à responsabilité limitée (besloten vennootschap FR) |
| SAS | Société par actions simplifiée (FR) |
| SCE | Societas Cooperativa Europaea (Europese coöperatieve vennootschap) |
| SLNE | Sociedad Limitada Nueva Empresa (besloten vennootschap ES) |
| SE | Societas Europaea (Europese naamloze vennootschap) |
| SER | Sociaal-Economische Raad |
| SPA | Share Purchase agreement (aandelenovereenkomst) |
| SPE | Societas Privata Europaea (Europese besloten vennootschap) |
| SRL | Società a Responsabilità Limitata (besloten vennootschap IT) |
| WEOR | Wet op de Europese ondernemingsraden |
| WFBV | Wet op formeel buitenlandse vennootschappen |
| Wft | Wet op het financieel toezicht |

HOOFDSTUK 1

Introductie

1.1 Inleiding

Met de oprichting van een gemeenschappelijke markt en de ondertekening van het verdrag van Rome¹ is het recht op vrije vestiging ontstaan. Om dit recht van vrije vestiging te bevorderen moesten de grote verschillen in vennootschapsrecht tussen de EU-lidstaten kleiner worden.² In Europa bestaat er namelijk tussen de lidstaten een groot verschil in vennootschapsrecht, dit verschil wordt veroorzaakt door het fenomeen dat 'path dependency'³ wordt genoemd. Het vennootschapsrecht behoefde harmonisatie en met het EG harmonisatieprogramma zijn verschillende verplichte regelgeving voor het vennootschapsrecht door middel van richtlijnen en verordeningen tot stand gekomen.⁴ De harmonisatie van belangrijke onderwerpen op het gebied van het vennootschapsrecht verliepen traag⁵ en het harmonisatieprogramma van de EG toonde al snel zijn beperkingen.⁶ Tussen de lidstaten bestonden namelijk grote meningsverschillen over belangrijke kwesties, zoals onder andere de medezeggenschap van werknemers. Aan het einde van de jaren tachtig van de twintigste eeuw is de Europese Commissie gestopt met het inhoudelijk harmoniseren van het vennootschapsrecht binnen de EU.⁷ Een nieuwe periode treedt in met het subsidiariteitsbeginsel⁸ en vanaf dat moment richt de Europese Commissie zich voornamelijk op de totstandkoming van communautaire rechtsvormen en grensoverschrijdende mobiliteit. Er werd getracht om het vennootschapsrecht te harmoniseren met de totstandkoming van een SE-Verordening⁹ en een SE-richtlijn¹⁰. De SE-richtlijn werd opgesteld, omdat sommige lidstaten

¹ Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (1957).

² Dorresteyn en van het Kaar 2010, p.80.

³ Path Dependency betekent dat de keuzes die gemaakt zijn in het verleden de keuzes in het heden mede bepalen. Anders gezegd houdt Path Dependency in dat in het verleden gemaakte keuzes andere keuzemogelijkheden in het heden uitsluiten. In veel jurisdicties is het vennootschapsrecht niet vanaf een blank vel gemaakt, het vennootschapsrecht heeft een geschiedenis en is vaak toevallig zo ontstaan.

⁴ De volgende richtlijnen zijn in het kader van het harmoniseringsprogramma tot stand gekomen: Eerste EG-richtlijn Nr. 68/151/EEG, Pb EG 1968 L 65/8; Tweede EG-richtlijn Nr. 77/91/EEG, Pb EG 1977 L 26/1, Derde EG-richtlijn Nr. 78/855/EEG, Pb EG 1978 L 295/36; Vierde EG-richtlijn Nr. 78/660/EEG, Pb EG 1978 L222/11; Zesde EG-richtlijn Nr. 82/891/EEG, Pb EG 1982 L378/47; Zevende EG-richtlijn Nr. 83/349/EEG, Pb EG L193/1; Tiende EG-richtlijn Nr. 2005/56/EG, PbEU 2005 L310/1; Elfde EG-richtlijn Nr. 89/666/EEG, Pb EG 1989 L 395; Twaalfde EG-richtlijn Nr. 89/667/EEG, Pb EG 1989 L395/40; Dertiende EG-richtlijn Nr. 2004/25/EG, Pb EG 2004 L 142/12.

⁵ McCahery 2006, p. 170.

⁶ Gewezen kan worden op het niet tot stand komen van de vijfde EG-richtlijn (Pb EG nr. C 131/49, 13 december 1972) en het verzet van de lidstaten tegen het wetsvoorstel voor de invoering van de Europese vennootschap in 1970, vanwege de opgenomen medezeggenschapsbepalingen.

⁷ Roest 2012, p.2.

⁸ Het Subsidiariteitsbeginsel komt tot stand door ondertekening van het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag) in 1992.

⁹ VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

¹⁰ RICHTLIJN 2005/56/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

vreesden voor het verlies van de medezeggenschap van werknemers.¹¹ Deze richtlijn regelt dat de medezeggenschap van het hoogste niveau¹² in beginsel intact wordt gelaten. Ook bij de tiende richtlijn¹³ is het hoogste niveau aan medezeggenschap, zoals dat voorafgaand aan de fusie binnen de fuserende vennootschappen bestond, bepalend voor het medezeggenschapsregime waaraan de vennootschap die uit de fusie ontstaat gebonden is.¹⁴ Dit lijkt dus op harmonisatie, maar dat is het eigenlijk niet.

Het gebrek aan eenduidigheid van Europese uniforme regels omtrent uniform Europees vennootschapsrecht, heeft als gevolg dat er door deze verschillen een jurisdictionele competitie in het Europese vennootschapsrecht ontstaat.¹⁵ In Europa is er sinds enige tijd sprake van “regulatory arbitrage”¹⁶, dat hoofdzakelijk wordt veroorzaakt door verschillen in vennootschapsbelasting.¹⁷ Ondanks het recht van vrije vestiging werd bij een aantal lidstaten de verplaatsing van de zetel van ondernemingen naar een lidstaat met een aantrekkelijker vestigingsklimaat verhinderd. Dit werd onder andere bewerkstelligd door de leer van de werkelijke zetel¹⁸ te hanteren. De lidstaten die niet de werkelijke zetelleer hanteren hadden de toegang voor ondernemingen tot andere jurisdicties beperkt door hoge emigratiebelastingen op te leggen.¹⁹ Het stelsel van de werkelijke zetelleer is door het HvJ EG in twijfel getrokken en staat onder zware druk in de lidstaten van de Europese Unie. Het toepassen van het eigen recht op vennootschappen, die geldig zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat, is in strijd met de vestigingsvrijheid van artikelen 49-55 VWEU (43-48 EG).²⁰ De zaken Centros, Überseering en Inspire Art hebben voor een kantelpunt gezorgd, waarna het recht van vrije vestiging kan worden gebruikt om de werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat.²¹

¹¹ RICHTLIJN VAN DE RAAD van 8 oktober 2001, tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, 2001/86/EG.

¹² Bijvoorbeeld het medezeggenschapsregime van Nederland of Duitsland, omdat deze landen een strenge regeling omtrent medezeggenschap hanteren.

¹³ RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 oktober 2005, betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, 2005/56/EG.

¹⁴ Laagland 2010, p. 3.

¹⁵ Amour 2005.

¹⁶ Regulatory arbitrage ziet op de mogelijkheid voor ondernemers om actief te kiezen voor een jurisdictie die het meest effectieve vennootschapsrecht heeft via het primaire of secundaire recht van vrije vestiging.

¹⁷ McCahery 2006, 155-205.

¹⁸ Bij de werkelijke zetelleer is het niet enkel van belang dat een onderneming rechtsgeldig is opgericht naar het daar geldende vennootschapsrecht, maar ook dat de werkelijke zetel zich in het land van oprichting blijft bevinden. Als deze wordt verplaatst verbindt men daar de consequentie aan dat deze rechtspersoon niet meer bestaat. De mobiliteit van rechtspersonen wordt dan zeer ernstig beperkt. Zie hierover Van den Braak 2010, p. 184.

¹⁹ Navez, Van de Velden 2012, p.6.

²⁰ Vlas 2009, 101.

²¹ HvJ EG 9 maart 1999, NJ 2000, 48, JOR 1999, 117 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Jur. 2002, p. I-9919 (Überseering), HvJ 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (Inspire Arts).

Bij al die Europese voorstellen om het vennootschapsrecht te harmoniseren schuilt het gevaar dat een onderneming zijn jurisdictie verlaat en zich opricht naar ander vennootschapsrecht. Het thuisland dat een strenger medezeggenschapsregime kent dan het vestigingsland, vreest dat deze mate van medezeggenschap verloren gaat en dat hierdoor minder bescherming wordt geboden aan werknemers.²² De bescherming van werknemers is wel in een bepaalde mate geharmoniseerd door middel van richtlijnen.²³ Echter er blijven, na de implementatie van die richtlijnen, verschillen bestaan in nationaal arbeids- en sociaal recht, aangezien de meeste van deze richtlijnen gericht zijn op een minimum harmonisatie. Het staat dus niet ter discussie dat werknemers medezeggenschapsrechten behoren te hebben. Wat wel ter discussie staat is de reikwijdte van deze medezeggenschapsrechten. Een minimumnorm van de betrokkenheid van werknemers bij de vorming van de raad van bestuur en/of de besluitvorming is niet geharmoniseerd, niet zijnde doormiddel van de introductie van de ondernemingsraden of een gelijke procedure voor de informatie en raadpleging van werknemers, hetzij op nationaal²⁴ of communautair schaalniveau²⁵.²⁶ Hierdoor bestaan tussen de lidstaten van de EU grote verschillen in rechtstelsels met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers.²⁷ Sommige lidstaten hebben zeer vergaande medezeggenschapsregelingen. Bijvoorbeeld Nederland heeft de structuurregeling en Duitsland hanteert de 'Mitbestimmung'-regeling. In Zweden is de werkgever wettelijk verplicht om met de vakbonden op de werkplaats te onderhandelen voordat hij belangrijke besluiten kan doorvoeren.²⁸ Diverse pogingen zijn gedaan om de betrokkenheid van werknemers op het niveau van het bestuur te harmoniseren, echter hebben geen van deze pogingen resultaat geboekt.²⁹ Tussen EER-Landen bestaat dus een groot verschil in gehanteerde medezeggenschapsrechten. In dit onderzoek zullen de medezeggenschapsregelingen van een aantal EER-landen uiteengezet worden en vergeleken worden met Nederlandse medezeggenschapsrechten.

²² Eerste Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 309, E, p.1-2 (MVT).

²³ RICHTLIJN VAN DE RAAD van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, 98/59/EG, OJ L 225/16, RICHTLIJN VAN DE RAAD van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, 2001/23/EG OJ L 82/16.

²⁴ RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, 2002/14/EG, L 80/29.

²⁵ Richtlijn van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, 94/45/EG, L254/64.

²⁶ Van der Sangen 2006, p. 170.

²⁷ Verschillen die worden veroorzaakt door sociaalhistorische keuzes en politieke terughoudendheid (path dependency).

²⁸ Van de Pas, van Deijk 2008, p.2.

²⁹ Dit blijkt uit het verzet van de lidstaten tegen het wetsvoorstel voor de invoering van de Europese vennootschap in 1970 en het intrekken van een vijfde EG-richtlijn.

Vanuit Europees perspectief zijn ondernemingen die multinationala actief zijn, onderworpen aan de EOR-richtlijn.³⁰ Deze richtlijn stelt werknemers in staat om een advies uit te brengen over zaken die van belang kunnen zijn voor het gehele concern of minstens voor twee vestigingen. Daarnaast biedt het SE statuut enige medezeggenschap dat betrekking heeft op het toezicht op en de bepaling van het langere termijnbeleid van de onderneming.³¹ In Nederland kent men sinds 1997 wetgeving betreffende het recht op informatie en consultatie van werknemers die werkzaam zijn in ondernemingen met een communautaire dimensie. Deze wetgeving wordt de Wet op de Europese OR (WEOR) genoemd en vloeit voort uit de implementatie van de Europese Richtlijn 94/45/EG.³² Medezeggenschap van werknemers kan onderscheiden worden in vennootschappelijke medezeggenschap³³, ondernemingsrechtelijke medezeggenschap³⁴ en andere mogelijkheden voor werknemersinvloed/-betrokkenheid³⁵. Dat er op Europees niveau veel verschillen bestaan in medezeggenschapsrechten is reeds ter sprake gekomen. Op nationaal niveau bestaan tevens verschillen tussen verschillende vormen van medezeggenschap van werknemers binnen de onderneming. In Nederland kunnen werknemers/vertegenwoordigers op verschillende manieren zeggenschap binnen de onderneming uitoefenen. Zij hebben dit recht op grond van de structuurregeling, het recht van enquête, collectief ontslag, SER fusiegedragsregels en de wet op de ondernemingsraden.

1.2 Probleemstelling

De medezeggenschap van werknemers binnen een vennootschap kan een struikelblok vormen voor de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. Deze medezeggenschap kan problematisch zijn, omdat er in Europa door de EU-lidstaten verschillende medezeggenschapsregimes worden gehanteerd. Die diversiteit in gehanteerde medezeggenschapsrechten brengt een bepaalde mate van complexiteit met zich mee. Daarnaast zijn niet alle medezeggenschapsrechten van een gelijk niveau, zo zijn er EU-lidstaten die een strenger regime hebben dan andere EU-lidstaten. Een gevolg van een strenger gehanteerd regime kan zijn dat een EU-lidstaat minder aantrekkelijk is als vestigingsland voor vennootschappen die gebonden zijn aan minder strenge medezeggenschapsrechten. Bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk wordt

³⁰ Richtlijn van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, 94/45/EG, L254/64.

³¹ Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad betreffende het statuut van de Europese vennootschap [Publicatieblad L 294 van 10.11.2001].

³² RICHTLIJN 94/45/EG VAN DE RAAD van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers.

³³ Invloedsuitoefening door werknemers(vertegenwoordigers) op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan (dualistisch model) of het bestuursorgaan (monistisch model).

³⁴ Informatie en raadpleging van werknemers op het niveau van de werkvloer.

³⁵ Voorbeelden zijn: aandelenparticipatie door werknemers, corporate governance, het Nederlandse enquêterecht en de SER fusie gedragsregels. Zie hierover P.F. van der Heijden, F.B.J. Grapperhaus, G.J.J. Heerma van Voss, L.Timmerman en E.Verhulp, Medezeggenschap: ontwikkelingen in de 21^e eeuw, notitie juni 2012.

de informatie en raadpleging van werknemers bewerkstelligd door middel van vakbonden en/of vakbondsafgevaardigden. Deze informatie en raadpleging vinden niet plaats door middel van ondernemingsraden, omdat in het Verenigd Koninkrijk geen ondernemingsraden bestaan naar continentaal model.³⁶ Indien een onderneming een communautaire dimensie heeft, kan informatie en raadpleging plaatsvinden via de verplichte Europese ondernemingsraad (EOR). Naast het Verenigd Koninkrijk hebben meerdere lidstaten van de Europese unie geen wettelijk kader met betrekking tot de medezeggenschap, van werknemers binnen een vennootschap, op het niveau van het bestuur.³⁷

Men kan zich afvragen of het echt nodig en wenselijk is, om zo zwaar in te zetten op de bescherming van werknemers met de medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht. De vraag die dan rijst is: moeten we zo zwaar tillen aan jurisdicties die dergelijke medezeggenschapsrechten hebben met betrekking tot de grensoverschrijdende mobiliteit van ondernemingen in het kader van de verdere harmonisatie van het vennootschapsrecht?

Gezien het voorgaande hanteer ik in mijn scriptie de volgende centrale probleemstelling:

“Welke reikwijdte zou toegekend moeten worden aan de medezeggenschap van werknemers, binnen kapitaalvennootschappen en coöperaties bij de grensoverschrijdende mobiliteit van deze rechtspersonen, met betrekking tot het verder harmoniseren van het vennootschapsrecht binnen de EU?”

1.3 Deelvragen

De centrale vraag zal worden beantwoord aan de hand van deelvragen. De volgende deelvragen worden in deze scriptie gehanteerd:

- *In hoeverre is het vennootschapsrecht in Europa geharmoniseerd en bestaat er concurrentie tussen vennootschapssystemen van EU-lidstaten? Zo ja, waar bestaat deze concurrentiestrijd dan uit en dient deze concurrentiestrijd gekwalificeerd te worden als een ‘race to the top’ of een ‘race to the bottom’?*

- *Welke mogelijkheden hebben ondernemers voor grensoverschrijdende mobiliteit en is de vrijheid van vestiging voldoende gewaarborgd door uitspraken van het HvJ EG?*

³⁶ Van de Pas en van Deijk 2007, p.7.

³⁷ In de volgende lidstaten hebben werknemers geen medezeggenschapsrechten op het niveau van het bestuur: het Verenigd Koninkrijk, Italië, Spanje, Portugal, Ierland, België, Griekenland, Litouwen, Letland, Estland, Malta en Cyprus; zie hierover Van der Sangen 2006, p.182.

- *Welke gevolgen heeft de grensoverschrijdende mobiliteit voor Europese werknemers en in welke mate kunnen zij haar medezeggenschap uitoefenen?*
- *Hoe verhoudt de Nederlandse medezeggenschap van werknemers zich tot de medezeggenschap van werknemers in Europa?*
- *Welke conclusies en aanbevelingen zijn te formuleren naar aanleiding van het onderzoek?*

1.4 Opbouw en methode van onderzoek

In dit onderzoek wordt gekeken naar de reikwijdte van de medezeggenschapsrechten, van werknemers binnen ondernemingen, die verschillende lidstaten van de Europese Unie in haar vennootschapsrecht hanteren. Dit onderzoek zal inzichtelijk maken in hoeverre het wenselijk is dat deze lidstaten vergaande medezeggenschapsrechten hebben met betrekking tot het Europese harmonisatieprogramma, betreffende een uniform Europees vennootschapsrecht. Voor een goed onderbouwd antwoord op de hoofdvraag is een goede aanpak noodzakelijk. Er zal allereerst een gedegen literatuuronderzoek moeten plaatsvinden. Door het doen van een systematische studie op actuele en relevante wetenschappelijke literatuur, wet & regelgeving, jurisprudentie en andere documenten, kan een degelijke analyse gemaakt worden om zo de gegeven vraagstelling te kunnen beantwoorden en daaruit een conclusie te trekken. Daarnaast, om een volledig beeld te krijgen over dit onderwerp, wordt er rechtsvergelijkend onderzoek gedaan. Door te kijken naar andere landen hoe zij de medezeggenschap invulling hebben gegeven en hoe zij deze hanteren en dit te vergelijken naar Nederlands recht, wordt er meer inzicht verkregen in de werking van de medezeggenschapsregeling en zijn problemen. Er zal getracht worden om een antwoord te geven op de probleemstelling. Tevens zal ik mijn standpunten weergeven omtrent de probleemstelling.

Voordat gekomen kan worden tot enige conclusies of aanbevelingen omtrent de reikwijdte van de medezeggenschapsrechten, zal eerst de stand van zaken omtrent het harmoniseringsproces van uniform Europees vennootschapsrecht beschreven moeten worden. In hoofdstuk 2 zal geïnventariseerd worden welke onderdelen van het vennootschapsrecht tot nu toe zijn geharmoniseerd en wie hier aanspraak op kunnen maken. Daarnaast zal gekeken worden in welke mate er sprake is van een concurrentiestrijd tussen vennootschapssystemen van EU-lidstaten, vanwege het ontbreken van geharmoniseerde regelgeving. Aansluitend op het voorgaande hoofdstuk worden in hoofdstuk 3 de mogelijkheden voor grensoverschrijdende mobiliteit in de EU

beschreven. Dit wordt onder andere gedaan aan de hand van de vrijheid van vestiging die voortvloeit uit artikelen 49 en 54 VWEU en een reeks arresten van het HvJ EG waarbij de reikwijdte van de vrijheid van vestiging nader is bepaald. Voortbouwend hierop worden in hoofdstuk 4 de gevolgen van grensoverschrijdende mobiliteit voor werknemers uiteengezet en vanuit een Europees perspectief wordt gekeken welke rechten werknemers hebben om medezeggenschap binnen een onderneming uit te oefenen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 de positie van werknemers met betrekking tot de medezeggenschap in Nederland geschetst, waarbij daaropvolgend de vergelijking wordt getrokken met andere EER-landen. Ter afsluiting worden in hoofdstuk 6 van deze scriptie de bevindingen uit voorgaande hoofdstukken samengevat, en aangevuld met een conclusie die dient ter beantwoording van de centrale probleemstelling.

HOOFDSTUK 2

Harmonisatie van het vennootschapsrecht binnen de EU

2.1 Inleiding

Het harmonisatieprogramma van de EU, met betrekking tot uniform Europees vennootschapsrecht, beoogt de vrijheid van vestiging te bevorderen.³⁸ Men dacht dat de vrijheid van vestiging geen betekenis zou hebben, als de grote verschillen tussen de lidstaten in vennootschapsrecht bleven bestaan en het vennootschapsrecht niet op bepaalde gebieden geharmoniseerd zou worden.³⁹ Daarnaast probeerde men een hevige concurrentiestrijd (het zogenoemde ‘Delaware-effect’) tussen de lidstaten om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht te voorkomen. De uniforme regelgeving die door deze harmonisatie ontstaat, heeft als gevolg dat de bescherming van aandeelhouders, schuldeisers en andere belanghebbenden in de EU gelijkwaardig is.⁴⁰ Een uniform Europees vennootschapsrecht is van belang voor de rechtszekerheid en aandeelhouders genieten meer bescherming ten aanzien van hun rechten. De interne markt⁴¹ heeft als gevolg dat er een toename is van grensoverschrijdende handelsactiviteiten. Deze toename biedt voor ondernemers tal van kansen, en deze kansen kunnen optimaal worden benut als het bestaande regelgevingskader voor vennootschappen in de EU geharmoniseerd wordt. Ondernemingen kunnen daardoor eenvoudiger producten en diensten in de EU aanbieden en afnemen.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de harmonisering van het Europese vennootschapsrecht. Dit wordt gedaan aan de hand van verordeningen en richtlijnen en door de huidige stand van zaken en ontwikkelingen te bespreken omtrent het uniforme vennootschapsrecht. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is, in hoeverre er concurrentie bestaat tussen vennootschapsystemen in Europa, waar deze concurrentiestrijd uit bestaat en op welke rechtsvormen deze betrekking heeft en tot slot of deze concurrentiestrijd gekwalificeerd kan worden als een ‘*race to the top*’ of een ‘*race to the bottom*’.

³⁸ Dorresteyn en van het Kaar 2012, p.80.

³⁹ Vanwege de positie in de tekst van het EG-Verdrag, bestaat er geen twijfel dat het bevorderen van het recht van vrije vestiging de primaire doelstelling is van de harmonisatie van het vennootschapsrecht.

⁴⁰ ‘Europees vennootschapsrecht: hoe verder?’, Europa 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-149_nl.htm.

⁴¹ De interne markt van de Europese Unie is een gemeenschappelijke markt met vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen; de zogenoemde vier vrijheden, zie hierover vgl. artikel 26 lid 2 VWEU.

2.2 Harmonisatie door middel van verordeningen en richtlijnen

In 1957 werd de gemeenschappelijke Europese markt gecreëerd door middel van het Verdrag van Rome (hierna EG-Verdrag).⁴² Dit verdrag werd gesloten tussen Nederland, België, West-Duitsland, Italië, Frankrijk en Luxemburg en had voornamelijk als doel om betere economische omstandigheden tot stand te brengen voor het handelsverkeer en de productie in de Europese Gemeenschap (EG). Daarnaast werd met dit verdrag getracht om bij te dragen aan de functionele integratie van Europa op politiek vlak.⁴³ Om de oprichting van een gemeenschappelijke Europese markt te bewerkstelligen werden er vier vrijheden in het EG-Verdrag vastgelegd: de vrijheid van verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen. Het recht van een EU burger om een onderneming ergens in de Europese Unie op te richten is hier een onderdeel van en is vastgelegd in artikelen 49-54 (voorheen artikelen 43 tot en met 48 VEG): het recht van vestiging. In hoofdstuk 2 (Recht van vestiging) van dit verdrag werd bepaald dat onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd vrij zijn om agentschappen, filialen of dochterondernemingen op te richten, hier mochten geen beperkingen aan worden opgelegd.⁴⁴ Om dit recht van vrije vestiging te bevorderen moesten de grote verschillen in vennootschapsrecht tussen de lidstaten kleiner worden. Het vennootschapsrecht behoefde harmonisatie en met het EG harmonisatieprogramma zijn verschillende verplichte regelgeving voor het vennootschapsrecht door middel van richtlijnen en verordeningen tot stand gekomen. De richtlijnen in het kader van het vennootschapsrecht zijn veelal gebaseerd op artikel 50 lid 2 sub g WVEU.⁴⁵ Het vennootschapsrecht is een economisch gevoelig terrein waarop lidstaten enige zeggenschap willen behouden. Door gebruik te maken van richtlijnen⁴⁶ hebben lidstaten nog enige inbreng over de invulling van die richtlijn bij de implementatie daarvan.⁴⁷

2.2.1 *Eerste fase van harmonisatie*

In 1968 is de eerste EEG-richtlijn⁴⁸ met betrekking tot het vennootschapsrecht een feit. Het is de eerste van een reeks richtlijnen die nog zou volgen in het kader van de harmonisatie van het

⁴² Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (1957).

⁴³ Zie de preambule van het verdrag tot oprichting van de Europese economische gemeenschap.

⁴⁴ Zie artikel 52 en 53 van het verdrag tot oprichting van de Europese economische gemeenschap.

⁴⁵ Dit artikel bepaalt dat De Raad en de Commissie haar taken moet uitoefenen om de vrijheid van vestiging voor een bepaalde werkzaamheid te verwezenlijken. Zij zal voor zover nodig, de waarborgen coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van 'de rechtspersonen' (artikel 54 WVEU), om de belangen van aandeelhouders/deelnemers als van derden te beschermen. Zij zal er zorg voor dragen dat die waarborgen gelijkwaardig gemaakt worden.

⁴⁶ Een richtlijn geeft een gewenst resultaat aan. Om dit gewenst resultaat te verwezenlijken mogen lidstaten zelf de vorm en de middelen kiezen. Daarnaast krijgen ze een overgangperiode om de richtlijn te implementeren in de nationale wetgeving.

⁴⁷ Nieuwe Weme 2008, p.129-130.

⁴⁸ Nr. 68/151/EEG, Pb EG 1968 L 65/8.

vennootschapsrecht.⁴⁹ De totstandkoming van dergelijke richtlijnen had als gevolg voor EU-lidstaten dat de wijze waarop zij haar eigen vennootschapsrecht vorm konden geven flink zou veranderen.⁵⁰ Het harmonisatieprogramma van de EG toonde al snel zijn beperkingen. De harmonisatie van belangrijke onderwerpen op het gebied van het vennootschapsrecht verliep traag.⁵¹ Tussen de lidstaten bestonden grote meningsverschillen over belangrijke kwesties, zoals onder andere de medezeggenschap van werknemers.⁵² Daarnaast hadden de lidstaten een sterke voorkeur voor het behoud van hun autonomie op het gebied van het vennootschapsrecht. Dit bleek onder meer uit het verzet van de lidstaten tegen het wetsvoorstel voor de invoering van de Europese vennootschap in 1970.⁵³ Tevens is op Europees niveau geprobeerd om een regeling te creëren voor concerns, omdat concernrecht niet op Europees niveau is gereguleerd. Er werd getracht om dit te ontwerpen in de negende richtlijn, zodat iedere lidstaat minimaal bepaalde concernrecht verplichtingen zou hebben en om de concernproblematiek⁵⁴ te voorkomen. De negende richtlijn - inzake concerns - heeft de ontwerpfase niet eens gehaald.

Het mislukken van de onderhandelingen over de vijfde en negende richtlijn, betekende het einde van de periode waarin de Commissie het vennootschapsrecht inhoudelijk trachtte te harmoniseren binnen de EU.⁵⁵ Een nieuwe periode trad in met het subsidiariteitsbeginsel,⁵⁶ dat de lidstaten in 1992 in het Verdrag van Maastricht⁵⁷ hadden vastgelegd. Na deze periode richt de Commissie zich onder andere op de totstandkoming van communautaire rechtsvormen, grensoverschrijdende mobiliteit en meer specifieke onderwerpen, zoals de eenpersoonsvennootschap (twaalfde EG-

⁴⁹ Regels betreffende kapitaalbescherming en crediteurenbescherming is neergelegd in de tweede EG-richtlijn (Nr. 77/91/EEG, Pb EG 1977 L 26/1), harmonisatie van de regelgeving omtrent binnenlandse (juridische)fusies en splitsingen wordt bewerkstelligd door de derde (Nr. 78/855/EEG, Pb EG 1978 L 295/36.) en zesde EG-richtlijn (Nr. 82/891/EEG, Pb EG 1982 L378/47), regelgeving omtrent het jaarrekeningenrecht is geharmoniseerd door middel van de vierde (Nr. 78/660/EEG, Pb EG 1978 L222/11) en de zevende EG-richtlijn (Nr. 83/349/EEG, Pb EG L193/1).

⁵⁰ Verbrugh 2008, p.1.

⁵¹ McCahery 2006, p. 170.

⁵² De regelgeving omtrent de interne structuur van de NV is nooit geharmoniseerd. De vijfde richtlijn moest dit bewerkstelligen, echter werd dit geblokkeerd wegens de daarin opgenomen bepalingen over de medezeggenschap van werknemers. De vijfde richtlijn is niet verder gekomen dan de ontwerpfase. Zie hierover het voorstel voor een vijfde richtlijn: Pb EG nr. C 131/49, 13 december 1972; Gewijzigd voorstel voor een vijfde richtlijn: Pb EG nr. C120, 9 september 1983; tweede wijziging van het voorstel voor een vijfde richtlijn, Pb EG nr. 7, 11 januari 1991; derde wijziging van het voorstel voor een vijfde richtlijn: Pb EG nr. C 321/9, 12 december 1991; zie ook Timmermans 1973, p. 167-174.

⁵³ In 1970 werd door de commissie een voorstel ingediend ten aanzien van een verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap. Dit voorstel werd niet geaccepteerd, ondanks de talloze wijzigingen. De reden voor het niet accepteren waren de bepalingen betreffende de medezeggenschap van de werknemers. Deze medezeggenschap was voor sommige lidstaten niet welkom, echter voor andere lidstaten was deze medezeggenschap een voorwaarde voor de aanvaarding van een Europese vennootschap. Zie: http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/market/legislation/article_7200_nl.htm.

⁵⁴ Concernproblematiek: Tussen de centrale leiding van het concern en de juridische zelfstandigheid van de eenheden die deel uitmaken van het concern kan spanning ontstaan. Er kunnen conflicten ontstaan waarbij de belangen van aandeelhouders en crediteuren van de dochters geschaad kunnen worden en derhalve bijzondere wettelijke bescherming zouden behoeven.

⁵⁵ Roest 2012, p. 2.

⁵⁶ Subsidiariteitsbeginsel: De betrokkenheid van de Europese regelgever "should focus on those issues where individual Member States cannot provide solutions, and, in addition, on those issues where the evidence of a benefit of a solution on EU level over a solution by individual Member States is clear.", aldus Jaap Winter 2009a, p.48.

⁵⁷ Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag).

richtlijn⁵⁸), Richtlijn aandeelhoudersrechten van 2007 en de dertiende EG-richtlijn⁵⁹ omtrent openbare biedingen op aandelen en het verplichte openbare bod, dat sinds 2004 in werking is getreden.

2.2.2 Europese rechtsvormen

In het vervolgtraject probeert men het vennootschapsrecht te harmoniseren door middel van een Verordening voor een Europese vennootschap (SE verordening⁶⁰)⁶¹ en de bijhorende richtlijn die de rechten van de werknemers reguleert (SE-richtlijn⁶²). Een uniforme regeling bleek niet mogelijk te zijn, waardoor er compromissen gesloten moesten worden. Daardoor refereert de SE-Verordening in belangrijke mate aan het nationaal NV-recht.⁶³ Het gevolg van deze compromissen is dat er binnen de EU 27 verschillende SE-regimes zijn ontstaan, waardoor de SE niet gekwalificeerd kan worden als een 'echte' supranationale rechtsvorm.

De medezeggenschap⁶⁴ vormde een belangrijke belemmering voor het ontstaan van de SE. Om te voorkomen dat door middel van een SE de medezeggenschap omzeild zou kunnen worden, werd er naast de SE verordening een SE richtlijn⁶⁵ opgesteld. Deze richtlijn regelt dat de medezeggenschap van het hoogste niveau in beginsel intact wordt gelaten. Ook bij de tiende richtlijn⁶⁶ is het hoogste niveau aan medezeggenschap, zoals dat voorafgaand aan de fusie binnen de fusierende vennootschappen bestond, bepalend voor het medezeggenschapsregime waaraan de vennootschap die uit de fusie ontstaat gebonden is.⁶⁷ Dit lijkt dus op harmonisatie, maar dat is het eigenlijk niet. De Europese Commissie heeft in 2010 de SE geëvalueerd en uit deze evaluatie kan worden afgeleid dat de SE niet zeer succesvol is geweest.⁶⁸ Bijvoorbeeld in Nederland waren er op 11 april 2013 in

⁵⁸ Richtlijn 2009/102/EG inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.

⁵⁹ Nr.2004/25/EG, Pb EG 2004 L142/12.

⁶⁰ VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

⁶¹ Het essentiële doel van de SE-Verordening is het geven van de mogelijkheid om een Europese vennootschap op te richten. Deze Europese vennootschap kan een grensoverschrijdende fusie aangaan, een holdingvennootschap oprichten. Grensoverschrijdend de zetel verplaatsen en gemeenschappelijke dochtervennootschappen oprichten.

⁶² RICHTLIJN 2157/2001/EG (Pb EG, L294) en Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (Stb. 2006, 361).

⁶³ Lennarts en Roest 2012, p.13.

⁶⁴ In Europese context wordt hieronder verstaan: Invloedsuitoefening door werknemers (vertegenwoordigers) op de samenstelling van het toezichthoudend orgaan (dualistisch model) of het bestuursorgaan (monistisch model).

⁶⁵ 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.

⁶⁶ RICHTLIJN 2005/56/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 oktober 2005, betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

⁶⁷ Zie artikel 16 van de Tiende richtlijn, zie hieromtrent Laagland 2010, p.3.

⁶⁸ Zie COM(2010) 676, De toepassing van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (Brussel 17 november 2010),

zie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:NL:PDF>.

totaal maar 34 SE's opgericht.⁶⁹ De medezeggenschapsregeling⁷⁰, beperkte mogelijkheden voor grensoverschrijdende mobiliteit⁷¹, het feit dat de SE sterk door het nationale NV-recht wordt beïnvloed en de hoogte van het minimumkapitaal⁷² zijn redenen waarom de SE tot nu toe niet succesvol is geweest.

Naast de Europese vennootschap (SE) is in 2003 de verordening en de bijhorende richtlijn voor een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) aangenomen.⁷³ De medezeggenschapsregeling van deze SCE is vrijwel identiek aan die van de SE.⁷⁴ De oprichting van een SCE in Europa is evenals de SE zeer beperkt gebleven.⁷⁵ Een Europese BV (SPE) is er tot op het heden nog niet gekomen, ondanks dat hier wel meerdere pogingen tot zijn gedaan. Een ontwerpverordening is in 2008 ingediend en in 2009 door het Europees Parlement geaccepteerd. In 2011 zijn de onderhandelingen over de SPE gestopt.⁷⁶ De invoering van de SPE was onder andere een slecht idee, omdat het probleem van medezeggenschap, zoals we die kennen bij de SE, bij de SPE weer terugkomt.⁷⁷

2.2.3 Grensoverschrijdende mobiliteit

Sinds 1999 heeft het HvJ EG weer een impuls gegeven aan de vestigingsvrijheid van ondernemingen in Europa met de arresten: Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC systems, Cartesio en Vale.⁷⁸ Met de arresten Überseering en Inspire Art is er een zekere concurrentiestrijd ontstaan tussen EU-lidstaten om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht (regulatory competition), zie daarover nader par. 1.2.3. Met het SEVIC systems-arrest stond de mogelijkheid van een grensoverschrijdende fusie open. In 2005 kwam de richtlijn grensoverschrijdende fusie (tiende EG-richtlijn) tot stand,⁷⁹

⁶⁹ Op 11 april 2013 zijn er in totaal 1776 SE's geregistreerd. Tsjechië is veruit de koploper met het aantal opgerichte SE's, namelijk 1215. Duitsland komt op de tweede plaats met 249 opgerichte SE's en Slowakije als derde met 74 opgerichte SE's. Zie www.worker-participation.eu.

⁷⁰ Zie hierover nader par. 4.3.

⁷¹ Een voorwaarde voor het bestaan van een SE is dat zowel de werkelijke zetel als de statutaire zetel in dezelfde lidstaat gelegen moeten zijn. Grensoverschrijdende mobiliteit wordt door deze eis sterk verhinderd.

⁷² In artikel 4 van de SE-Verordening (VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)) is bepaald dat het minimumkapitaal van de SE 120.000 euro bedraagt.

⁷³ Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) *Publicatieblad Nr. L 207 van 18/08/2003 blz. 0001 - 0024 en Richtlijn 2003/72/EG van de Raad van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers* *Publicatieblad Nr. L 207 van 18/08/2003 blz. 0025 - 0036*.

⁷⁴ Van Veen 2006, p. 85.

⁷⁵ In november 2011 waren er in de 30 EU-/EER-lidstaten 24 SCE's geregistreerd, namelijk vijf in Italië; zeven in Slowakije; telkens één in Frankrijk, Liechtenstein, Nederland, Spanje en Zweden; drie in Hongarije, twee in Duitsland en twee in België, zie hierover VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE RAAD, HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ EN HET COMITÉ VAN DE REGIO'S De toepassing van Verordening (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap (SCE).

⁷⁶ Lennarts en Roest 2012, p. 14.

⁷⁷ Sanders 2010, p.102.

⁷⁸ HvJ EG 9 maart 1999, NJ 2000, 48, JOR 1999, 117 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Jur. 2002, p. I-9919 (Überseering), HvJ 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (Inspire Arts), HvJ 13 december 2005, JOR 2006, 33 (SEVIC systems), HvJ EU 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10 (Vale).

⁷⁹ Nr. 2005/56/EG, Pb EU 2005 L310/1.

die in 2008 in Nederland is geïmplementeerd.⁸⁰ De grensoverschrijdende zetelverplaatsing (omzetting) heeft men geprobeerd Europees te reguleren door middel van de veertiende richtlijn. Voor lidstaten was het een zeer ingrijpende beslissing om eventueel in te stemmen met deze veertiende richtlijn. Deze richtlijn zou bij een kale zetelverplaatsing als gevolg hebben dat het interne vennootschapsrecht zou wijzigen en dat de lidstaten geen rechtsmacht meer over deze vennootschap kunnen uitoefenen, waardoor zij geen belasting meer kunnen heffen. Belastingtechnisch gezien is dat funest, de veertiende richtlijn is daarom ook ingetrokken. Naast de genoemde belastingtechnische bezwaren zijn de leemte en verstoringen van het harmonisatieprogramma de oorzaak van fundamentele meningsverschillen tussen de lidstaten over bepaalde onderwerpen.⁸¹

Het is lastig om marktregulering te bewerkstelligen, indien er een degelijke legitieme basis op Europees niveau ontbreekt. Lidstaten zullen zich blijven vasthouden aan hun eigen wetgevingsproducten en zij zullen dit blijven opleggen en verdedigen. De aanpak van de EU door middel van het harmonisatieprogramma heeft steeds te maken met consensus en het sluiten van compromissen om wetgeving tot stand te brengen.⁸² Het harmoniseringsproces ziet niet alleen op een regelgevend kader dat bestemd is om de mogelijkheden voor economische transacties binnen de EU efficiënter te maken, de harmonisatie van het vennootschapsrecht is namelijk ook een middel om concurrentie tussen lidstaten te voorkomen. Het is een reactie op lidstaten die druk uitoefenen door vast te houden aan haar bestaande wettelijk kader en concurrerende wetgeving blokkeren, waardoor de vrijheid van vestiging beperkt wordt.

2.3 Europese harmonisatie VS regulatory competition

De vrijheid van vestiging, die is ontstaan bij het EG-verdrag, kan leiden tot een concurrentiestrijd tussen vennootschapssystemen van verschillende EU-lidstaten. Tussen deze lidstaten bestaan namelijk grote verschillen in vennootschapsrecht. De oorzaak van deze grote verschillen wordt ook wel aangeduid als 'path dependency'.⁸³ Een voorwaarde voor het ontstaan van 'regulatory competition' is dat er sprake moet zijn van het feit dat een ondernemer min of meer bewust kan

⁸⁰ Huizink 2009, p. 19-21.

⁸¹ McCahery 2006, p. 168.

⁸² Scharpf 1999.

⁸³ Path Dependency betekent dat de keuzes die gemaakt zijn in het verleden de keuzes in het heden mede bepalen. Anders gezegd houdt Path Dependency in dat in het verleden gemaakte keuzes andere keuzemogelijkheden in het heden uitsluiten. In veel jurisdicties is het vennootschapsrecht niet vanaf een blank vel gemaakt, het vennootschapsrecht heeft een geschiedenis en is vaak toevallig zo ontstaan.

kiezen waar hij zijn onderneming vestigt om daardoor gebruik te maken van allerlei voordelen,⁸⁴ indien hierin een keuzemogelijkheid bestaat spreekt men ook wel van ‘regulatory arbitrage’. De toename van grensoverschrijdende transacties zullen de nationale overheden dwingen om haar economische beleidsfuncties efficiënter uit te voeren. Indien zij dit niet doen kan het voor ondernemingen minder aantrekkelijker zijn om zich in een bepaalde lidstaat te vestigen.⁸⁵ Lidstaten zullen daarom streven naar aantrekkelijk vennootschapsrecht. Immers om goed te kunnen ondernemen is een goed ondernemingsklimaat geen overbodige luxe en om een goed ondernemingsklimaat te creëren is er een degelijk en bruikbaar vennootschapsrecht nodig.⁸⁶

2.3.1 *Regulatory competition huidige stand van zaken*

Uit het voorgaande is gebleken dat ‘regulatory arbitrage’ een voorwaarde is voor het ontstaan van ‘regulatory competition’. De vrijheid van secundaire vestiging⁸⁷ is gewaarborgd door de uitspraken van het HvJ EG in de zaken Centros⁸⁸ en Inspire Art⁸⁹. Daarnaast moeten er relevante verschillen bestaan tussen het vennootschapsrecht van de lidstaten. Deze verschillen in vennootschapsrecht bestaan en zijn een gevolg van ‘path dependency’. De vraag die dan rijst is of en zo ja, in hoeverre er sprake is van ‘regulatory competition’ tussen de lidstaten en waar deze concurrentiestrijd uit bestaat? Voor de beantwoording van deze vraag is het relevant of wetgevers in Europa wijzigingen in het vennootschapsrecht hebben doorgevoerd dan wel de intentie daartoe hebben, die vermoedelijk het doel hebben om het vennootschapsrecht aantrekkelijker te maken om zowel binnenlandse als buitenlandse ondernemers aan te trekken.⁹⁰ Daarnaast kan het gebruik van buitenlandse rechtsvormen een reactie bij wetgevers uitlokken om haar vennootschapsrecht aan te passen.

2.3.1.1 *Het gebruik van buitenlandse rechtsvormen*

Sinds het Centros-arrest is men vrij om ondernemingen op te richten in een lidstaat en is men vrij om activiteiten in een andere lidstaat te ontplooiën, mits er wordt voldaan aan artikel 54 WVEU.

⁸⁴ Volgens Charles Tiebout moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan wil competitie tussen rechtsstelsels succesvol zijn. Deze voorwaarden zijn: Full mobility at zero cost, full information en de keuze tussen verschillende rechtsstelsels moet groot genoeg zijn. Zie hierover Tiebout 1956, p. 416 e.v. en Wagner 2005, p. 5 e.v.

⁸⁵ Nederland wordt gezien als een lidstaat met een aantrekkelijk vestigingsklimaat. Zie hierover de brief van de staatssecretaris van financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 17 januari 2013 (Kamerstukken II 2013/01, 25 087, nr. 34, p.1.).

⁸⁶ Verbrugh 2008, p.2.

⁸⁷ De secundaire vestigingsvrijheid betreft de vrijheid om in een andere lidstaat agentschappen, dochterondernemingen of filialen op te richten.

⁸⁸ HvJ EG 9 maart 1999, NJ 2000, 48, JOR 1999, 117 (Centros).

⁸⁹ HvJ 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (Inspire Art).

⁹⁰ Verbrugh 2008, p.7.

Ten tijde van het Centros-arrest waren er nog twee beperkingen⁹¹ mogelijk, echter is aan deze beperkingen een einde gemaakt door het HvJ EG met het Überseering-arrest en het Inspire Art-arrest.⁹² Deze arresten hebben als gevolg dat een ondernemer bij oprichting kan kiezen uit de rechtsvormen van 27 lidstaten, echter wordt er in de praktijk het meest voor de *UK Ltd.* gekozen.⁹³ Deze rechtsvorm is om meerdere factoren populair.⁹⁴ In 2007 is er een rapport verschenen van Becht, Mayer en Wagner over het gebruik van buitenlandse rechtsvormen na het Centros-arrest.⁹⁵ Dit rapport toont aan dat het gebruik van de *UK Ltd.* inderdaad is toegenomen na het Centros-arrest. Voornamelijk in Duitsland en in Nederland is het gebruik van de *UK Ltd.* na 1999 flink toegenomen.⁹⁶ Hoewel de gegevens over de situatie in Duitsland en Nederland de conclusie van een actieve markt voor 'regulatory arbitrage' ondersteunen, is het aantal ondernemers van andere lidstaten die een *UK Ltd.* hebben opgericht relatief laag ten opzichte van het aantal oprichtingen door ondernemers van binnenlandse rechtsvormen.⁹⁷ Nederlandse ondernemers lijken niet massaal voor deze optie van een *UK Ltd.* te kiezen. De reden hiervoor kan zijn dat Nederlandse ondernemers, die in een lokale markt actief zijn, vertrouwd zijn met de Nederlandse BV en niet met de *UK Ltd.* Een andere verklaring kan gevonden worden in het gebrek aan kennis van het 'vreemde' vennootschapsrecht dat van toepassing is op de *UK Ltd.*, daarnaast kunnen binnenlandse crediteuren en contractpartijen argwanend en voorzichtig zijn tegenover een buitenlandse 'vreemde' rechtsvorm.⁹⁸

2.3.1.2 Flexibilisering van het BV-recht

Het BV-recht is in tegenstelling tot het NV-recht slechts in beperkte mate geharmoniseerd, daardoor kan die concurrentie ook daadwerkelijk worden aangegaan.⁹⁹¹⁰⁰ Meerdere EU-lidstaten zijn sinds de rechtspraak van het HvJ EG begonnen met het wijzigen van het BV-recht. Naast Nederland hebben bijvoorbeeld Duitsland, Spanje en Frankrijk haar BV-recht aangepast. In

⁹¹ De eerste beperking zag op het alsnog van toepassing verklaren van het eigen recht door landen die de werkelijke zetelleer hanteren. De tweede beperking zag op aanvullende eisen die een lidstaat bij secundaire vestiging oplegt. Door het HvJ EG is aan de eerste beperking een einde gemaakt met het Überseering-arrest en aan de tweede beperking is een einde gemaakt met het Inspire Art-arrest.

⁹² Zie HvJ 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (Inspire Art), resp. HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Jur. 2002, I-9919 (Überseering).

⁹³ Verbrugh 2011, p. 42-43.

⁹⁴ Een belangrijke factor is dat er geen wettelijk minimumkapitaal is voorgeschreven, daarnaast kan deze rechtsvorm redelijk eenvoudig en relatief goedkoop via het internet worden opgericht (zie hierover: www.companieshouse.gov.uk en www.berr.gov.uk). Ook het feit dat het Engels een wereldtaal is en door velen wordt beheerst in Europa, is van invloed op de populariteit van de *UK Ltd.* als rechtsvorm.

⁹⁵ Becht, Mayer en Wagner 2007, te raadplegen via: www.ssrn.com.

⁹⁶ Zie tabel 3a van Becht, Mayer en Wagner 2007, p.28.

⁹⁷ Kemmeren en van der Sangen 2011, p.186.

⁹⁸ Kemmeren en van der Sangen 2011, p.186.

⁹⁹ Van den Ingh en Nowak 2006, p. 12.

¹⁰⁰ Bijvoorbeeld de bepalingen voor kapitaalbescherming van de tweede EG-richtlijn gelden in principe alleen voor NV's of de daaraan equivalente rechtsvormen. De EU heeft met deze richtlijn de lidstaten niet gedwongen om de regels voor kapitaalbescherming te implementeren voor BV's. Een voorbeeld hiervan is de *UK Ltd.* waarbij geen minimum kapitaal is vereist. Zie hierover Van der Sangen en Raaijmakers 2004, p. 255 en McCahery 2006, p.170.

Nederland is het voorontwerp voor de flexibilisering van het BV-recht in 2003 gestart.¹⁰¹ Op 10 oktober 2012 is de flex-BV definitief in werking getreden. De voornaamste doelstelling van dit wetsvoorstel is het aantrekkelijker maken van Nederland als vestigingsland.¹⁰²

Bij de wijzigingen van het BV-recht staan steeds de flexibilisering en afschaffing van voorschriften voorop. Het aantrekkelijker maken van het vennootschapsrecht voor gebruikers wordt veelal als voornaamste doelstelling aangedragen.¹⁰³ Spanje heeft in april 2003 de *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (SLNE) – een variant van de Sociedad de Responsabilidad Limitada – opgericht.¹⁰⁴ De SLNE heeft als doel om het midden- en kleinbedrijf te stimuleren.¹⁰⁵ Frankrijk heeft meerdere pogingen gedaan om haar vennootschapsrecht aantrekkelijker te maken. In 1994 is er in Frankrijk een geheel nieuwe kapitaalvennootschap opgericht – de société par actions simplifiée (SAS), waardoor er meer vrijheid is ontstaan omtrent de inrichting van de vennootschap.¹⁰⁶ Naast de SAS heeft in 2003 een belangrijke wijziging plaatsgevonden in het recht van de société à responsabilité limitée (SARL), door middel van de Loi pour l'initiative économique.¹⁰⁷ Deze wet beoogt de oprichting van ondernemingen te stimuleren en het verplichte minimumkapitaal van de SARL is door deze wet afgeschaft.¹⁰⁸ Duitsland is relatief laat gestart met de aanpassing van het BV-recht. Op 29 mei 2006 is een voorontwerp voor een wet (MoMiG¹⁰⁹) kenbaar gemaakt. Die voorstellen bevatten aanzienlijke wijzigingen van het GmbH-recht. In de toelichting van het voorontwerp¹¹⁰ wordt gewezen op de twee voornaamste na te streven doelen, namelijk het tegengaan van misbruik en het aantrekkelijker maken van het GmbH-recht voor gebruikers. De Duitse bondsraad heeft de modernisering van het GmbH-recht in het kader van de Wet MoMiG op 19 september 2008 goedgekeurd en is op 1 november 2008 in werking getreden.¹¹¹

2.3.1.3 Concurrentie bestaande vennootschappen

Gezien het voorgaande kan geconcludeerd worden dat EU-lidstaten hervormingen van het BV-recht hebben doorgevoerd dan wel van plan zijn deze door te voeren. Deze hervormingen zien voornamelijk op de regels met betrekking tot het oprichten van vennootschappen van het BV-type.

¹⁰¹ Zie hierover: de Kluiver e.a. 2004 (Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken).

¹⁰² Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p.1 (MVT).

¹⁰³ Hijink 2010, p. 177.

¹⁰⁴ Juan-Mateu 2004, p. 60-70.

¹⁰⁵ Juan-Mateu 2004, p. 61.

¹⁰⁶ Verbrugh 2008, p.10.

¹⁰⁷ Loi nr 2003-271 du 1er aout 2003 pour L'initiative économique, artikel 1, te raadplegen via: www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁸ Zie artikel L223-2 Code de commerce.

¹⁰⁹ Voorontwerp voor een wet ' zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen'.

¹¹⁰ Zie de toelichting bij het Referentenentwurf (RefE), p.33 en de toelichting bij het Regierungsentwurf (RegE), p.55.

¹¹¹ Verbrugh 2008, p.1.

Bij de keuze van ondernemers voor een bepaalde rechtsvorm blijkt het wettelijk voorgeschreven minimumkapitaal een grote rol te spelen. Om die reden hebben meerdere lidstaten het BV-recht met betrekking tot het wettelijke voorgeschreven minimumkapitaal aangepast. Een concurrentiestrijd tussen lidstaten om bestaande vennootschappen is op dit moment niet gaande. De reden hiervoor is dat het zeer complex is om de statutaire zetel te verplaatsen, aangezien de grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing niet is geharmoniseerd.¹¹² Een statutaire zetelverplaatsing kan onder omstandigheden mogelijk zijn.¹¹³ Indirect kan een vennootschap haar statutaire zetel verplaatsen door het toepassen van een zogenaamde downstream merger.¹¹⁴ In het rapport van de 'Reflection Group on the Future of EU Company Law'¹¹⁵ wordt aanbevolen om een nieuwe regeling omtrent grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing in het leven te roepen, om hiermee de mobiliteit van vennootschappen te vergroten. De Reflection Group is van mening dat het argument van de Europese Commissie over de bereiking van hetzelfde resultaat door middel van een downstream merger niet sterk is.¹¹⁶ Het is goed denkbaar dat er een helder raamwerk voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen op Europees niveau wordt ingevoerd. Indien dit raamwerk wordt ingevoerd zal er, naar alle waarschijnlijkheid, een nieuwe fase aanvangen in de concurrentiestrijd om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht. Immers kunnen ondernemers dan hun bestaande vennootschappen verplaatsen, indien zij ontevreden zijn over het toepasselijk recht.¹¹⁷

2.3.1.4 Beursvennootschappen

Bij beursvennootschappen is het van belang dat er voldoende bescherming wordt geboden aan beleggers. Indien deze bescherming ontbreekt, weerhoudt dat een belegger ervan om in een vennootschap te investeren. Doordat de meeste beursgenoteerde vennootschappen internationaal

¹¹² Zie hierover nader par. 2.2.

¹¹³ In het Cartesio-arrest is bepaald dat de lidstaat van oprichting geen beperkingen mag opleggen aan een vennootschap die zich wil omzetten in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat. Of een vennootschap zich daadwerkelijk kan omzetten is afhankelijk van de vraag of het gastland de omzetting toestaat.

¹¹⁴ Bij een downstream merger wordt een dochtervennootschap in een andere lidstaat opgericht. Deze dochtervennootschap fuseert vervolgens op grond van de tiende EG-richtlijn of het SEVIC Systems-arrest met de moedervennootschap, waarbij de dochter de verkrijgende vennootschap is en de moeder de verdwijnende vennootschap. Op deze manier wordt feitelijk een grensoverschrijdende zetelverplaatsing bewerkstelligd.

¹¹⁵ Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law Brussels, 5 April 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

¹¹⁶ Zie: Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law Brussels, 5 April 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

¹¹⁷ In de praktijk spelen motieven, zoals fiscale consequenties en wijzigingen in wetgeving van EU-lidstaten anders dan het vennootschapsrecht een rol voor de beslissing van een onderneming om al dan niet te vertrekken uit een lidstaat. Specifieke verschillen in vennootschapsrecht, zoals de mate van medezeggenschap en het wettelijke bestuursstelsel dat gehanteerd wordt door een lidstaat (one-tier of two-tier bestuursmodel) kunnen van invloed zijn. In de lidstaten zijn ontwikkelingen waar te nemen waarbij er getracht wordt om het BV-recht te vereenvoudigen en te flexibiliseren, maar ook wijzigingen die de keuze tussen een one-tier of een two-tier bestuursmodel mogelijk maken. Sinds 1 januari 2013 is het mogelijk om in Nederland te kiezen tussen het one-tier of het two-tier bestuursmodel, zie hierover de rechtsvergelijkende analyse van Van der Sangen & Kemmeren 2011, p. 178-224.; Kamerstukken II, 2003-04, 29752, nr. 2, resp. Kamerstukken II, 2008-09, 31763, nr. 2 zie verder Vossestein 2007, p. 397-428.

actief zijn, zijn beurzen onderling met elkaar in competitie.¹¹⁸ Zij streven naar de meest efficiënte regelgeving, zodat ondernemingen zich zullen vestigen in hun jurisdictie.¹¹⁹ Hierdoor ontstaat concurrentie tussen verschillende jurisdicties, omdat een lidstaat zich niet kan veroorloven om zeer afwijkende regelgeving te hebben voor effecten- en vennootschapsrecht. Met andere woorden regelgeving die sterk afwijkt van wat de gemiddelde investeerder prettig vindt.¹²⁰ Voor een onderneming heeft het dus een meerwaarde om onderworpen te zijn aan een regime dat bekend staat als betrouwbaar. Effectenbeurzen waarop strenge regels gelden ter bescherming van beleggers blijken het meest succesvol in het aantrekken van noteringen van ondernemingen.¹²¹ Hansmann en Kraakman hebben betoogd dat, doordat kapitaalmarkten met elkaar aan het concurreren zijn, het vennootschapsrecht op het gebied van de bescherming van aandeelhouders naar elkaar toegroeien. Zij trokken de conclusie dat eigenlijk alle beursgenoteerde vennootschappen wat betreft 'interne governance'¹²² naar elkaar toe groeien. Zij verbonden daaraan de conclusie dat er uiteindelijk maar een set van dominante corporate governance bepalingen zouden zijn, namelijk die van de Verenigde Staten. Zij stelde dat overige landen deze bepalingen zouden kopiëren en overnemen.¹²³ Voor een groot gedeelte hebben zij hierin gelijk gekregen. Belangrijke oorzaken hiervan zijn de globalisering van de kapitaalmarkten en aandeelhoudersactivisme. Een andere belangrijke oorzaak is het naar elkaar toegroeien van corporate governance codes, op kernpunten verschillen de codes in verschillende landen namelijk niet.¹²⁴

De Europese Commissie heeft een actieplan vastgesteld met een serie maatregelen op het gebied van vennootschapsrecht en corporate governance, die de harmonisatie hiervan een nieuwe impuls moet geven.¹²⁵ Corporate governance en Europees vennootschapsrecht moeten de concurrentiekracht van vennootschappen garanderen.¹²⁶ Op het gebied van het

¹¹⁸ Hijink 2010, p. 207-208.

¹¹⁹ Coffee 2002, p. 4.

¹²⁰ Denk hierbij aan: het stemrecht kunnen uitoefenen, mogelijkheid van elektronisch stemmen, in staat zijn om via de AVA het bestuur te benoemen of te ontslaan (wel of niet indirect middels de RvC), bescherming door middel van regelgeving tegen belangenverstrengeling van een bestuurder (bijvoorbeeld tegenstrijdig belangregeling) en regelgeving omtrent de onafhankelijkheid van de RvC; zie hierover: Timmerman 2003, p.38.

¹²¹ Timmerman 2003, p.38.

¹²² Governance gaat over een stelsel van spelregels en omgangsvormen voor het realiseren van goed bestuur, goede verantwoording, goed toezicht en eventuele beïnvloeding door belanghebbenden binnen een organisatie. Corporate governance codes bieden "stakeholders" beginselen die de 'best practice' vormen. Deze best practice bepalingen kunnen een bijdrage leveren aan de vermindering van opportunisme van aandeelhouders en de verbetering van de performance van ondernemingen, zie hierover McCahery 2006, p. 169.

¹²³ Hansmann en Kraakman 2000.

¹²⁴ Zie hierover: Monitoring Commissie Corporate Governance Code, vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code, December 2012, www.mccg.nl.

¹²⁵ Dit blijkt uit een persbericht van de Europese Commissie van 12 december 2012, www.europa.eu.

¹²⁶ Het succes van corporate governance codes kan gevonden worden in de opgestelde bepalingen die in de behoefte voorzien van de ondernemingen, daarnaast worden de codes steeds gewijzigd naar de veranderende marktomstandigheden (Denk hierbij aan de wijzigingen die hebben plaatsgevonden bij de NL corporate governance code naar aanleiding van de veranderende

vennootschapsrecht en corporate governance zijn verbeteringen mogelijk,¹²⁷ namelijk door betrokkenheid van de aandeelhouders op lange termijn aan te moedigen en te faciliteren, door de transparantie tussen vennootschappen en hun aandeelhouders te vergroten en door grensoverschrijdende operaties van Europese ondernemingen eenvoudiger te maken.¹²⁸ Gezien het voorgaande kan mijn inziens op het terrein van beursvennootschappen het gebruik van corporate governance bijdragen aan beter vennootschapsrecht.

2.3.2 *Race to the top of race to the bottom*

Vennootschapsrecht kan ontstaan door dit over te laten aan de nationale wetgevers (concurrentiemodel) of door het vennootschapsrecht op Europees niveau te harmoniseren (harmonisatie model). De meningen, over de beste omstandigheden voor de totstandkoming van uniform vennootschapsrecht, zijn verdeeld.¹²⁹ Indien het vennootschapsrecht op Europees niveau wordt opgesteld, heeft dit vaak als reden dat hier mee getracht wordt om een ongewenste situatie te voorkomen die kan ontstaan als er niet wordt ingegrepen vanuit een hoger niveau.¹³⁰ Bij het harmonisatiemodel staat de gedachte centraal dat ‘regulatory competition’ tussen EU-lidstaten leidt tot ongewenste situaties.¹³¹

Bij het concurrentiemodel staat de gedachte centraal dat de markt zelf het meest geschikt is om te bepalen wat het meest gunstige vennootschapsrecht is.¹³² De nationale wetgevers worden geprikkeld om rekening te houden met de wensen van de ondernemingen, omdat zij degene zijn die zich zullen gaan vestigen. Het gevaar hierbij is wel dat wetgevers het vennootschapsrecht zullen aanpassen ten gunste van de bestuurders¹³³ en ten nadele van aandeelhouders en andere belanghebbenden. Voorstanders van het harmonisatiemodel spreken ook wel van een *race to the*

marktomstandigheden). Immers kan een governance code pas succesvol zijn als ondernemingen die code aannemen. Een doeltreffend kader voor corporate governance is van cruciaal belang, omdat goed beheerde vennootschappen op de lange termijn concurrerender en duurzamer kunnen zijn, zie hierover Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's ‘Action plan: European company law and corporate governance – A modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies’ van 12 december 2012, COM(2012)740/2.

¹²⁷ Feedback Statement, Summary of responses to the public consultation on the future of European company law, July 2012, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf.

¹²⁸ Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's ‘Action plan: European company law and corporate governance – A modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies’ van 12 december 2012, COM(2012)740/2.

¹²⁹ Hijink 2010, p. 173-174.

¹³⁰ McCahery 2006, p. 160.

¹³¹ Gewezen kan worden op een andere doelstelling dan het bevorderen van het recht van vrije vestiging bij de harmonisering van het vennootschapsrecht, namelijk het voorkomen van een concurrentiestrijd tussen de lidstaten om het meest gunstige vennootschapsrecht (het zogenoemde Delaware-effect). Delaware: De meeste beursgenoteerde Amerikaanse bedrijven zijn statutair gevestigd in de staat Delaware omdat het daar bestaande vennootschapsrecht voor hen het meest gunstig zou zijn. Zie hierover Kroeze en Vletter-van Dort p. 80- 84; Smiddy en Cunningham 2010 p. 228-231, 241; Verbrugh 2011, p. 42-43.

¹³² Zie: Verbrugh 2011, p. 42-43.

¹³³ Het bestuur bepaald in beginsel waar zij de onderneming zullen vestigen. Aannemelijk is dat als het bestuur van plan is om een grensoverschrijdende omzetting door te voeren, de AVA hier nog wel zal moeten instemmen conform het geldende vennootschapsrecht.

bottom.¹³⁴ Een voordeel wat vaak genoemd wordt bij het concurrentiemodel is dat lidstaten van elkaar kunnen leren. Zij zullen regelgeving van elkaar overnemen, die in de praktijk gunstig blijkt te zijn voor ondernemingen, om zo de concurrentiestrijd aan te gaan.¹³⁵ Indien zij dit niet doen lopen zij het risico steeds minder aantrekkelijk te worden als vestigingsland. Voorstanders van het concurrentiemodel wijzen op nadelen die harmonisatie tot gevolg kan hebben, zoals een traag en bureaucratisch wetgevingsproces, het in stand houden van het centrale wetgevingsapparaat enzovoorts.¹³⁶ Voorstanders van het concurrentiemodel zijn van mening dat concurrentie leidt tot een *race to the top* voor zowel BV's als beursvennootschappen.¹³⁷ Zij concluderen dat de concurrentiestrijd tussen lidstaten om het beste vennootschapsrecht, lidstaten zal dwingen kritisch naar hun vennootschapsrecht en het effect van nieuwe wetgeving te kijken en te luisteren naar de wensen van gebruikers. De voorstanders van het harmonisatiemodel zijn inmiddels in de minderheid ten opzichte van de voorstanders van het concurrentiemodel. Dat geldt zowel voor de Verenigde Staten als voor Europa.¹³⁸

2.3.3 *Volwaardige regulatory competition?*

In Europa was het voorkomen van een Delaware-effect¹³⁹ een belangrijk argument om het vennootschapsrecht te harmoniseren.¹⁴⁰ De gedachte was dat de lidstaten niet met elkaar in concurrentie konden treden om het meest gunstige vennootschapsrecht, als het vennootschapsrecht op Europees niveau werd geharmoniseerd. Indien men de situatie in Europa vergelijkt met de situatie in de Verenigde Staten vallen er een aantal verschillen op. Allereerst kan gewezen worden op de inzet van de concurrentiestrijd. In de Verenigde Staten werd er gebruik gemaakt van *franchise taxes*¹⁴¹, waardoor staten er belang bij hebben om ondernemingen uit andere staten aan te trekken.¹⁴² Een dergelijk belang hebben Europese lidstaten niet. In Europa is er eerder sprake van het tegengaan van het gebruik van buitenlandse ondernemingen door eigen onderdanen. Daarbij ziet het vennootschapsrecht in de Verenigde Staten vooral op het beschermen

¹³⁴ Smits 2006, p. 21-26.

¹³⁵ Smits 2006, p. 21-26.

¹³⁶ Verbrugh 2008, p.3.

¹³⁷ Timmerman 2003, p. 41; Amour 2005, p. 2 en p. 20; Eidenmuller p. 178 en Verbrugh 2008, p. 11; Zij delen allen de mening dat er geen sprake is van een *race to the bottom*.

¹³⁸ Zie voor de V.S. bijv. Romano 1985 p. 225-283; Zie voor Europa bijv.: Smits 2006, p. 24; Van den Bergh en Visscher 2006, p. 47; Enriques 2006, p. 59-82.

¹³⁹ Met het voorkomen van een Delaware-effect wordt bedoeld op een *race to the bottom*, zie hierover. Timmermans 1983, p. 166.

¹⁴⁰ Zie hierover: Wouters 2000, p. 269-270 en Timmermans 1983, p. 165-173, hierin wordt het voorkomen van het "Delaware-effect" als een doelstelling van de harmonisatie van het vennootschapsrecht genoemd.

¹⁴¹ Een *franchise tax* houdt in dat alle ondernemingen die in Delaware zijn gevestigd een jaarlijkse belasting betalen. Zie hierover Schön, 2005, p. 336.

¹⁴² Zie De Wulf 1999, p.14 en Kirchner, Painter en Kaal 2004, p.26

van aandeelhouders,¹⁴³ terwijl in Europa het vennootschapsrecht vooral gericht is op een mengeling van belangen van werknemers, schuldeisers en aandeelhouders.¹⁴⁴

Verschillenden redenen zijn aan te dragen om sceptisch te zijn over de kansen van een volwaardige ‘regulatory competition’ in Europa. Als eerste kan gewezen worden op het ontbreken van een ‘volstreckte mobiliteit’ van vennootschappen.¹⁴⁵ Indien een vennootschap succesvol haar zetel heeft verplaatst dienen nog aanzienlijke kosten gemaakt te worden aan het inwinnen van juridisch advies om het nieuwe recht te leren kennen.¹⁴⁶ In de Verenigde Staten kent men dit niet, dit vanwege het feit dat juristen in New York of Los Angeles doorgaans ook kennis hebben van het recht van de staat Delaware. Daarnaast kan gewezen worden op het feit dat Nederlandse ondernemingen doorgaans door Nederlandse juristen worden geadviseerd. Deze adviseurs zullen niet snel een Nederlandse onderneming adviseren om zich elders te vestigen, omdat zij hierdoor inkomsten zullen mislopen. Doordat de verschillen in rechtstelsels steeds kleiner worden loont het vaak niet om het toepasselijke recht te veranderen. Dit geldt met name voor besloten vennootschappen waarop de kosten van juridisch advies en heropbouw van expertise zwaarder doorwegen.¹⁴⁷ Voor naamloze vennootschappen geldt dat op veel terreinen (het zij onvolledig) harmonisatie heeft plaatsgevonden, waardoor er nog maar weinig punten overblijven voor lidstaten om concurrentie over te voeren.¹⁴⁸ Tot slot spelen in Europa ook nog culturele, emotionele en politieke factoren mee voor ondernemingen die ‘regulatory competition’ bemoeilijken. Door deze factoren, die gereflecteerd zijn in de nationale regelgeving, zijn buitenlandse vennootschapssystemen al snel minder aantrekkelijk voor ondernemers. Door het homogene karakter van het vennootschapsrecht van de Verenigde Staten, heeft men daar geen last van dergelijke belemmeringen.

2.4 Conclusie hoofdstuk 2

Het aantrekkelijker maken van het vennootschapsrecht door verschillende lidstaten, waarbij de flexibilisering en de afschaffing van voorschriften voorop staan, kan de populariteit van de *UK Ltd.* doen afnemen. Absoluut is sinds het *Centros*-arrest het gebruik van de *UK Ltd.* aanzienlijk

¹⁴³ Smits 2006, p. 21-26.

¹⁴⁴ Binnen de EU bestaan er verschillen tussen het niveau van bescherming van belangen van werknemers, aandeelhouders en schuldeisers, maar dat neemt niet weg dat alle EU-lidstaten een zeker minimumniveau van bescherming van fundamentele belangen hebben.

¹⁴⁵ Smits 2005, p. 3.

¹⁴⁶ Smits 2005, p. 4.

¹⁴⁷ Smits 2005, p. 4.

¹⁴⁸ McCahery en Vermeulen 2007, p.17.

toegenomen, echter relatief gezien is dit niet het geval. Dit fenomeen blijkt dus redelijk triviaal te zijn. Dit fenomeen heeft er wel voor gezorgd dat verschillende lidstaten daadwerkelijk op zoek zijn gegaan naar een meer flexibel BV-recht. Geconcludeerd kan worden dat er een zekere concurrentiestrijd is ontstaan op het gebied van het BV-recht. Mijn verwachting is dat deze strijd niet echt zal doorzetten, omdat hier vooral sprake van is bij de oprichting van ondernemingen en de verschillen in vennootschapsrecht steeds kleiner worden. Daarnaast kleven er nog altijd bezwaren aan het gebruik van buitenlandse rechtsvormen, bijvoorbeeld het negatieve imago dat buitenlandse rechtsvormen kunnen hebben en jaarlijks terugkerende administratieve lasten in het land van oprichting. Het feit dat veel opgerichte *UK Ltd.* binnen een redelijk korte termijn weer worden ontbonden laat ook zien dat het gebruik van buitenlandse rechtsvormen door veel ondernemers onderschat wordt.¹⁴⁹ Gelet op de hervormingen van het BV-recht, het gebrek aan overeenstemming bij de SPE en het ontbreken van 'echte' 'regulatory competition', zal het hier niet gaan om een *race to the top* maar eerder om een *race to the bottom* dan wel neutraal. Op het gebied van de NV en gelijkwaardige rechtsvormen is er geen vergelijkbare concurrentiestrijd gaande als bij het BV-recht.¹⁵⁰ De reden hiervoor is dat in tegenstelling tot het BV-recht het NV-recht veelal geharmoniseerd is.

Bij beursvennootschappen verwacht ik dat het effect van een zekere competitie tussen vennootschapssystemen zal leiden tot een *race to the top*.¹⁵¹ Lidstaten kunnen van elkaar leren en zullen regels overnemen die goed blijken te werken in de praktijk en gunstig zijn voor aandeelhouders, omdat het leidt tot de bereidheid van beleggers om in een dergelijke jurisdictie te investeren. Ik verwacht dat geïmporteerde elementen steeds vaker naast traditionele kenmerken van het nationale vennootschapsrecht aanwezig zullen zijn. Als voorbeeld kan de geïmporteerde Amerikaanse 'Business Judgment Rule'¹⁵² in Duitsland worden genoemd.¹⁵³

¹⁴⁹ McCahery en Vermeulen 2007, p. 267.

¹⁵⁰ Ondanks dat een concurrentiestrijd op het gebied van het NV-recht niet vergelijkbaar is met de concurrentiestrijd op het gebied van het BV-recht, heeft NL wel haar NV-recht in 2008 gewijzigd. De voornaamste doelstellingen waren bij deze wijziging het bevorderen van de flexibiliteit en administratieve lasten verlichting. Minister Opstelten heeft in januari 2012 aangegeven voorbereidingen te starten om het NV-recht te moderniseren. Dit blijkt uit antwoorden die de minister geeft op vragen van Tweede Kamerlid Schouw (D66), Kamerstukken II 2012/01, 962. Sinds 1 januari 2013 is de wet bestuur en toezicht in werking getreden. De oorspronkelijke doelstelling van de wet is het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de N.V. en de B.V. in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen. Wijzigingen hebben plaatsgevonden op diverse terreinen, zoals onder andere de inrichting van het bestuur, taakverdeling en besluitvorming van bestuurders, de tegenstrijdig belangregeling van de B.V./N.V. heeft geen externe werking meer, evenwichtige verdeling tussen mannen en vrouwen van zetels van het bestuur en de raad van commissarissen, geen arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en beursvennootschap en bindende voordracht bij benoeming bestuurder of commissaris van een N.V. Er zijn dus wel degelijk ontwikkelingen waar te nemen dat NL haar vennootschapsrecht voor de N.V. aantrekkelijker probeert te maken.

¹⁵¹ Zie hierover Coffee 2002, p. 1757-1831.

¹⁵² Business Judgment rule: bij het beoordelen van een bestuurlijk gedrag gaat de Amerikaanse rechter na of objectief bezien het aangevallen bestuurlijk gedrag geen rationeel zakelijk doel heeft. Blijkt dat wel het geval, dan is de bestuurder niet aansprakelijk. Deze toets is zeer terughoudend.

¹⁵³ In Duitsland is de Amerikaanse 'business judgment rule' in de wet opgenomen, Zie hierover verder Assink 2005, p. 372-376.

HOOFDSTUK 3

Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU

3.1 Inleiding

Grensoverschrijdende mobiliteit voor ondernemingen is voor veel Europese ondernemingen een aloude droom. Men zou kunnen verwachten dat met de oprichting van de Europese Unie en het EG-Verdrag, met het concept van een ‘interne markt’ en de ‘vrijheid van vestiging’, deze droom verwezenlijkt zou kunnen worden. Echter duurde het meer dan veertig jaar na de oprichting van de EEG, voordat er een bepaalde (beperkte) vrijheid op dit gebied was bewerkstelligd. Dit heeft het Europese Hof van Justitie bepaald met de beroemde *Centros*¹⁵⁴ uitspraak. Later hebben de zaken *Überseering*¹⁵⁵ en *Inspire Art*¹⁵⁶ de *Centros* uitspraak verduidelijkt. Naast verschillen tussen deze zaken, hebben zij ook overeenkomsten. In alle drie de zaken is er sprake van beperkingen die opgelegd zijn door de lidstaat van ontvangst. Deze beperkingen zijn in strijd zijn met het recht op vrije vestiging, aldus het HvJ EG.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU. Dit wordt onder andere gedaan aan de hand van de vrijheid van vestiging die voortvloeit uit artikelen 49 en 54 VWEU en een reeks arresten van het HvJ EG waarbij de reikwijdte van de vrijheid van vestiging nader is bepaald. Daarnaast wordt gekeken welke mogelijkheden er zijn voor vennootschappen om zich grensoverschrijdend te vestigen, zoals een grensoverschrijdende fusie/splitsing, grensoverschrijdende omzetting en secundaire vestiging. De onderzoeksvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt als volgt: Welke mogelijkheden zijn er voor grensoverschrijdende mobiliteit binnen de EU en is de vrijheid van vestiging voldoende gewaarborgd door het HvJ EG?

3.2 Vrijheid van vestiging

Feitelijk is de Europese eenwording begonnen met de oprichting van de Benelux (1948)¹⁵⁷ en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (1950)¹⁵⁸. Met de ondertekening in 1957 van het EG-

¹⁵⁴ HvJ EG EG 9 maart 1999, NJ 2000, 48, JOR 1999, 117 (*Centros*).

¹⁵⁵ HvJ EG EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Jur. 2002, p. I-9919 (*Überseering*).

¹⁵⁶ HvJ EG 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (*Inspire Art*).

¹⁵⁷ De Benelux ging in 1944 van start als douane-unie. Zo namen de drie partners het initiatief in de allereerste stappen naar Europese integratie. In 1958 mondde de douane-unie tussen België, Nederland en Luxemburg uit in het Verdrag tot de oprichting van de Benelux Economische Unie, die een verbreding en een verdieping van de economische samenwerking inhield; zie ‘Benelux in een opslag’, http://www.benelux.int/nl/bnl/bnl_intro.asp.

¹⁵⁸ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, EGKS-Verdrag.

Verdrag¹⁵⁹ werd een Europese economische gemeenschap opgericht. In hoofdstuk 2 van dit verdrag is het recht van vrije vestiging vastgelegd. Het HvJ EG waarborgt deze rechten van vrije vestiging door als hoogste rechter hieraan te toetsten.¹⁶⁰ Het recht van vrij verkeer bevat twee kernbepalingen die in het EG-verdrag zijn opgenomen en later zijn vernummerd in het VWEU. Deze zijn:

- Artikel 49 VWEU

“In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”¹⁶¹

- Artikel 54 VWEU

“De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten. Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”¹⁶²

Artikel 49 en 54 VWEU hebben een rechtstreekse werking.¹⁶³ Dit betekent dat ondernemers geen toestemming behoeven en in beginsel vrij zijn om een vennootschap op te richten in een lidstaat

¹⁵⁹ Geconsolideerde versie van het verdrag tot oprichten van de Europese Gemeenschap. Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen C 325/35, 24 december 2002.

¹⁶⁰ Indien er onduidelijkheid bestaat over de uitleg van een bepaald artikel naar Europees recht, dan is de hoogste nationale rechter verplicht op grond van artikel 267 VWEU om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG met betrekking tot die onduidelijkheid.

¹⁶¹ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 30.3.2010, Publicatieblad van de Europese Unie, C 83/49.

¹⁶² Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 30.3.2010, Publicatieblad van de Europese Unie, C 83/49.

¹⁶³ Zie HvJ EG EG 21 juni 1974, zaak 2/74, (Reyners), Jur. 1974, p. 631.

van hun keuze ('lidstaat van herkomst'). Vervolgens kunnen zij activiteiten verrichten met deze onderneming in een ander rechtsgebied ('lidstaat van ontvangst').

Het vestigingsrecht van artikel 49 VWEU wordt onderscheiden in het primaire vestigingsrecht en het secundaire vestigingsrecht.¹⁶⁴ Het primaire vestigingsrecht betreft voornamelijk het oprichten van een primaire vestiging door onderdanen van een EU-lidstaat in een andere EU-lidstaat.¹⁶⁵ De keuze voor een bepaald vennootschapsrecht bij oprichting van een vennootschap wordt ook wel aangeduid als incorporatie. Bij het secundaire vestigingsrecht is er vooral sprake van de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen in een andere EU-lidstaat.¹⁶⁶ Indien men spreekt over 're-incorporatie', betreft dit de wijziging van het toepasselijk recht van een vennootschap.¹⁶⁷

3.2.1 Aanknopingsvereiste

Vennootschappen¹⁶⁸ als bedoeld in de tweede alinea van artikel 54 VWEU dienen aan een aantal voorwaarden te voldoen, zodat zij aanspraak kunnen maken op het recht van vrije vestiging. In de literatuur wordt dit ook wel aangeduid als 'aanknopingsvereiste'.¹⁶⁹ Ten eerste dient een vennootschap rechtsgeldig te zijn opgericht naar het recht van het thuisland, ook wel het *oprichtingsvereiste* genoemd. Ten tweede moet de vennootschap voldoen aan het *vestigingsvereiste*. Dit vereiste houdt in dat de hoofdvestiging, de statutaire zetel of het hoofdbestuur in een lidstaat moet liggen.¹⁷⁰ Uit rechtspraak van het HvJ EG blijkt dat deze aanknopingspunten van gelijke waarde zijn.¹⁷¹ Het VWEU respecteert de keuze van een lidstaat voor een bepaald aanknopingspunt. Een lidstaat kan bepalen dat zowel de werkelijke als de statutaire zetel van een vennootschap zich op het grondgebied van de betreffende lidstaat moeten bevinden (werkelijke zetelleer). Tevens is het mogelijk dat dit alleen geldt voor de statutaire zetel van een vennootschap (incorporatieleer). Op dit gebied bestaat geen harmonisatie en daarom kan alleen aan de hand van het toepasselijke nationale recht worden bepaald of een vennootschap aanspraak kan maken op het recht van vrije vestiging.¹⁷²

¹⁶⁴ Schutte-Veenstra 2011, p. 139.

¹⁶⁵ Peeters en Claes 2005, p.139.

¹⁶⁶ Zie artikel 52 en 53 van het verdrag tot oprichting van de Europese economische gemeenschap en Peeters en Claes 2005, p.139.

¹⁶⁷ Van Hees 2009, p.8.

¹⁶⁸ De definitie van vennootschap is zeer ruim en is niet beperkt tot kapitaalvennootschappen of samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid. Uit het Cartesio-arrest blijkt dat ook personenvennootschappen onder de reikwijdte van het recht op vrije vestiging vallen. Uit artikel 54 VWEU blijkt dat slechts samenwerkingsverbanden die geen winstoogmerk hebben zijn uitgezonderd van het recht op vrije vestiging.

¹⁶⁹ Schutte-Veenstra 2011, p. 139.

¹⁷⁰ Vlas 2009, p. 69.

¹⁷¹ Vgl. Daily Mail, r.o. 20-23, Überseering, r.o. 68-69 en Cartesio, r.o. 105-109.

¹⁷² HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Jur. 1988, p. 5505 (Daily Mail).

3.2.2 *Incorporatieleer VS werkelijke zetelleer*

Het recht van vrije vestiging hangt nauw samen met de erkenning van buitenlandse vennootschappen door EU-lidstaten. In de nog te behandelen jurisprudentie van het HvJ EG wordt dit bevestigd. Voor het bestaan van een buitenlandse vennootschap is het van belang of de lidstaat van vestiging het bestaan van deze vennootschap erkent. Het toepasselijke vennootschapsrecht van een vennootschap is afhankelijk van de vraag of een lidstaat de werkelijke zetelleer of de incorporatieleer hanteert. Zoals gezegd zijn lidstaten vrij om te bepalen wanneer er aanknoping ontstaat met hun grondgebied. Op grond van de werkelijke zetelleer is een rechtspersoon onderworpen aan het recht van het land waar de vennootschap werkelijk is gevestigd, met andere woorden wordt de vennootschap beheerst door het vennootschapsrecht van het land waar hij zijn hoofdbestuur heeft.¹⁷³ België is een van de landen die een dergelijk stelsel toepast.¹⁷⁴ Een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt, erkent een vennootschap niet langer als de werkelijke zetel en de statutaire zetel zich niet meer in diezelfde lidstaat bevinden. De consequentie hiervan is dat een dergelijke zetelverplaatsing tot ontbinding van de vennootschap leidt.¹⁷⁵

Volgens de incorporatieleer is de rechtspersoon steeds onderworpen aan het recht van de staat waar hij is opgericht en zijn statutaire zetel heeft. Dit geldt zowel voor de oprichting, het bestaan, de inrichting, de structuur en de beëindiging van een rechtspersoon.¹⁷⁶ In bijvoorbeeld Nederland, Engeland, Ierland en Denemarken wordt de incorporatieleer aangehangen.¹⁷⁷ Indien een land de incorporatieleer aanhangt heeft een verplaatsing van enkel het hoofdbestuur (werkelijke zetel) geen invloed op het toepasselijke recht van die betreffende vennootschap. Daarentegen is de verplaatsing van de statutaire zetel naar een andere lidstaat met behoud van het toepasselijke recht niet mogelijk, aangezien de binding tussen de vennootschap en de lidstaat van herkomst ophoudt te bestaan.

Het antwoord op de vraag of vennootschappen die zijn opgericht in een EU-lidstaat aanspraak kunnen maken op het vestigingsrecht is afhankelijk van de aanknopingsfactor die een EU-lidstaat aanhangt. Pas nadat de EU-lidstaten zijn overeengekomen dat er maar één aanknopingsfactor

¹⁷³ Het begrip 'werkelijke zetel' is niet concreet gedefinieerd. Veelal is doorslaggevend de plaats van waaruit de vennootschap wordt bestuurd. In het Überseering-arrest is gekozen voor een functionele benadering van de plaats waaruit de vennootschap wordt bestuurd. De nationaliteiten van de controlerende aandeelhouders speelde een rol voor het bepalen van de plaats waaruit de leidinggevende beslissingen werden genomen.

¹⁷⁴ Duitsland (In Duitsland kan sinds 1 november 2008 een GmbH haar werkelijke zetel buiten Duitsland hebben), Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk, Griekenland, Italië, Spanje, Portugal zijn ook landen die de werkelijke zetelleer hanteren; zie hierover Van Schilfgaarde 2012, p. 446; Van Gelder 2012, p. 1720; Rammeloo 2010, p.40-41.

¹⁷⁵ Dit is door het HvJ EG vastgesteld in het Cartesio-arrest.

¹⁷⁶ Bellingwout 1996, p.19.

¹⁷⁷ Zie hierover Van Schilfgaarde 2012, p. 446 en Van Gelder 2012, p. 1721.

wordt gehanteerd, namelijk de incorporatieleer, kunnen alle vennootschappen binnen de EU aanspraak maken op het recht op vrije vestiging. Aangezien EU-lidstaten dit tot op het heden nog niet zijn overeengekomen kan het voorkomen dat een vennootschap, die is opgericht in een EU-lidstaat en de werkelijke zetelleer aanhangt, geen recht heeft op de vrijheid van vestiging, omdat de werkelijke zetel zich in een andere lidstaat van de EU bevindt.

3.3 Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting

In het voorafgaande is de vrijheid van vestiging, dat voortvloeit uit artikelen 49 en 54 VWEU, reeds besproken. Duidelijk is geworden welke vennootschappen hier aanspraak op kunnen maken en aan welke vereisten zij moeten voldoen. Tevens is aan de orde gekomen dat het recht van vrije vestiging niet aan iedereen toekomt en dat er verschillende typen van vestiging zijn. Wat deze vestigingsvrijheid concreet inhoudt voor vennootschappen is onbeantwoord gebleven. De vraag die daarbij centraal staat is welke beperkingen een lidstaat nog kan opleggen bij de verplaatsing van de statutaire en de werkelijke zetel.¹⁷⁸ Ik zal hierbij de situatie van de verplaatsing van de werkelijke en de statutaire zetel beschrijven.

3.3.1 *Grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel*

Allereerst wordt de situatie van een grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel besproken.¹⁷⁹ De verplaatsing van de werkelijke zetel houdt in dat de zetel van het hoofdbestuur/hoofdvestiging wordt verplaatst. Een vennootschap kan bijvoorbeeld naar Engels recht zijn opgericht, terwijl het hoofdbestuur in Nederland is gevestigd. Het enkel verplaatsen van de werkelijke zetel wordt veelal ingegeven door uitsluitend economische motieven¹⁸⁰ en gaat niet gepaard met een wijziging van het toepasselijke recht. De vennootschap blijft onderworpen aan het vennootschapsrecht van het land van herkomst. Het HvJ EG heeft bepaald dat de lidstaat van ontvangst de rechtsbevoegdheid en de juridische kenmerken van deze vennootschap als zodanig moet erkennen,¹⁸¹ dit betekent dat de regels van het vennootschapsrecht met betrekking tot de interne organisatie, juridische status, aansprakelijkheid van bestuurders, etc. beheerst worden door het recht van de lidstaat van herkomst. Vanuit een juridisch perspectief, moet de onderneming een vestiging opzetten in de lidstaat van ontvangst, die is ingeschreven in het register van de lidstaat

¹⁷⁸ De situatie dat een vennootschap, die is opgericht in een EU-lidstaat die de werkelijke zetelleer hanteert, zijn werkelijke zetel gaat verplaatsen, zal verder niet worden behandeld. Door de verplaatsing van de werkelijke zetel voldoet deze vennootschap immers niet meer aan de gestelde aanknopingsvereisten. De consequentie hiervan is dat deze rechtspersoon van rechtswege ophoudt te bestaan. Zie hierover het *Cartesio*-arrest.

¹⁷⁹ Hier wordt bedoeld op een werkelijke zetelverplaatsing vanuit een land die de incorporatieleer aanhangt.

¹⁸⁰ Rammeloo 2012, p. 63.

¹⁸¹ Zie hierover het *Überseering*-arrest.

van ontvangst in overeenstemming met de voorschriften, zoals vastgesteld in de elfde EG-richtlijn¹⁸². Technisch gezien kan het hoofdkantoor gevestigd zijn in de lidstaat van ontvangst en/of de gehele exploitatie van de onderneming kan plaatsvinden via de vestiging in de lidstaat van ontvangst. In dit geval, houdt de onderneming niets meer dan een zetel in de lidstaat van herkomst. Men spreekt dan ook wel van een ‘brievenbusvennootschap’.¹⁸³

Twee situaties moeten worden onderscheiden bij de beantwoording van de vraag welke beperkingen een lidstaat nog mag opleggen aan eigen en aan buitenlandse vennootschappen bij de verplaatsing van de werkelijke zetel, namelijk de *moving-out* en de *moving-in* situatie.¹⁸⁴ Bij de *moving-out* situatie verplaatst een vennootschap, die is opgericht in een EU-lidstaat die de incorporatieleer hanteert, haar werkelijke zetel naar een andere EU-lidstaat met behoud van het toepasselijke recht. De lidstaat van herkomst kan daaraan specifieke beperkende maatregelen verbinden, zoals een exitheffing.¹⁸⁵ Het tegenovergestelde is waar te nemen bij de *moving-in* situatie.¹⁸⁶ In dit geval is het niet de lidstaat van herkomst die beperkende maatregelen oplegt, maar de lidstaat van ontvangst die beperkingen oplegt aan het verplaatsen van de werkelijke zetel.¹⁸⁷ Het verbod op het opleggen van belemmeringen bij een werkelijke zetelverplaatsing (*moving-in* situatie) is niet onvoorwaardelijk. Een dergelijke belemmering kan gerechtvaardigd zijn als er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.¹⁸⁸

De eerste situatie deed zich voor in het Daily Mail-arrest.¹⁸⁹ Vanwege de grote verschillen, die bestaan tussen EU-lidstaten die de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer hanteren, heeft het HvJ EG bepaald dat artikelen 49 en 54 VWEU geen absoluut recht geven om de bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen.¹⁹⁰ Dit betekent echter niet dat lidstaten die de incorporatieleer aanhangen geheel vrij zijn om belemmeringen op te leggen aan vennootschappen die haar werkelijke zetel wensen te verplaatsen. Daily Mail voldeed aan de vereiste aanknopingsfactor,

¹⁸² Nr. 89/666/EEG. Pb EG 1989 L 395/36.

¹⁸³ Ringe 2013, p.3.

¹⁸⁴ In de literatuur wordt dit ook wel aangeduid al een ‘outbound’ of een ‘inbound’ vestiging, zie hierover Schutte-Veenstra 2011, p. 15; Van Hees 2009, p. 8; Rammeloo 2012, p.63; Van Schilfgaarde 2012, p. 446 en Van Gelder 2012, 1721.

¹⁸⁵ In het Daily Mail-arrest werd een dergelijke beperkende maatregel opgelegd door het land van herkomst aan de vennootschap die haar zetel wilde verplaatsen.

¹⁸⁶ In het Centros-arrest werd een dergelijke beperkende maatregel opgelegd door het land van vestiging aan de vennootschap die haar werkelijke zetel wilde verplaatsen.

¹⁸⁷ In het Überseering-arrest werd de rechtspersoonlijkheid van een Nederlandse BV niet door het Duitse recht erkend. Zij werd pas erkend indien zij voldeed aan de Duitse oprichtingsvereisten. Het HvJ EG heeft een dergelijke weigering in strijd geacht met de verdragsrechtelijke vestigingsvrijheid.

¹⁸⁸ Bij een dwingende reden van algemeen belang kan gedacht worden aan de bescherming van de belangen van schuldeisers, (minderheids)aandeelhouders en werknemers.

¹⁸⁹ zie hierover nader par. 3.5.2.

¹⁹⁰ Daily Mail, r.o. 23-24.

omdat zij statutair was gevestigd in Engeland.¹⁹¹ Doordat Daily Mail had voldaan aan het oprichtingsvereiste van artikel 54 VWEU, kon zij zich beroepen op het recht van vrije vestiging van artikel 49 VWEU. Vervolgens dient nog getoetst te worden of de opgelegde belemmering gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang, ook wel de 'rule of reason'¹⁹² genoemd. Het HvJ EG heeft met het Überseering-arrest bepaald dat de belangen van de fiscus aangemerkt kunnen worden als een dwingende reden van algemeen belang. Het opleggen van bijvoorbeeld exithellingen kunnen dus gerechtvaardigd zijn als aan alle voorwaarden van de 'rule of reason' is voldaan.

De lidstaat van vestiging moet in de tweede situatie de vennootschap erkennen die haar werkelijke zetel wenst te verplaatsen en rechtsgeldig is opgericht naar het recht van de lidstaat van herkomst. De lidstaat van vestiging mag de rechtspersoonlijkheid van de buitenlandse vennootschap in geen geval ontkennen, aldus het HvJ EG in het Überseering-arrest.¹⁹³ Bepalingen uit het eigen vennootschapsrecht van de lidstaat van vestiging kunnen ook niet worden toegepast op de buitenlandse vennootschap, aldus het HvJ EG in het Inspire Art-arrest.¹⁹⁴

3.3.2 Grensoverschrijdende omzetting

Een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing gaat altijd gepaard met de wijziging van het toepasselijke recht van de vennootschap die haar zetel verplaatst. Gesproken kan worden van een grensoverschrijdende omzetting, omdat de oorspronkelijke rechtsvorm verdwijnt en er een nieuwe rechtsvorm ontstaat waarop het vennootschapsrecht van het vestigingsland van toepassing is. Deze vorm van migratie ontstaat onder andere door juridische motieven.¹⁹⁵ Ook bij de grensoverschrijdende omzetting kunnen de moving-out en moving-in situaties worden onderscheiden. Bij de moving-out situatie wordt de grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap belet door de lidstaat van oprichting door de ontbinding en liquidatie van deze

¹⁹¹ Engeland hanteert de incorporatieleer, zie hierover Rammeloo 2011, p.40.

¹⁹² Dergelijke beperkende maatregelen zijn alleen geoorloofd indien: a) de beperking zonder discriminatie wordt toegepast, b) de beperking gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, c) de beperking geschikt is om het doel te verwezenlijken (subsidiariteit) en d) niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van het doel (proportionaliteit), zie hierover HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Jur. 1995, p. 4165 (Gebhard), HvJ EG 11 maart 2004, C-09/02 (De Lasteyrie du Saillant) en Van der Sangen 2006, p.183.

¹⁹³ Überseering, r.o. 82.

¹⁹⁴ Inspire Art, r.o. 99-101.

¹⁹⁵ Het 'Commission Staff Working Document – Impact Assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office', Brussels 12 december 2007, SEC(2007), 1707 (Commissie Impact Assessment 2007), p. 17-19 vermeld andere factoren die een rol kunnen spelen naast een ander vennootschapsrecht. Deze zijn: verplaatsing van de statutaire zetel nadat de werkelijke zetel en de bedrijfsactiviteiten zijn verlegd naar een andere lidstaat; het 'meeliften' op de reputatie van vennootschapsvormen naar het recht van de ontvangstaar; 'efficiency' van vennootschaps- en insolventierecht in de lidstaat van vestiging; het aantrekken van investeerders en financierders om zo de waarde van de onderneming omhoog te krijgen; de expertise van rechters en juristen. Zie hierover Rammeloo 2012, p. 64.

vennootschap te eisen. Bij de moving-in situatie wordt de grensoverschrijdende omzetting niet belet door de lidstaat van oprichting, maar door de lidstaat van vestiging.¹⁹⁶

3.3.2.1 *Outbound omzetting*

Een beperking die wordt opgelegd, zoals is beschreven bij de moving-out situatie is verboden. Het HvJ EG heeft in het Cartesio-arrest geoordeeld dat het niet is toegestaan dat een lidstaat een naar zijn recht opgerichte vennootschap belet om zich om te zetten naar het vennootschapsrecht van een andere lidstaat.¹⁹⁷ Immers als de vennootschap alle verbanden verbreekt met de lidstaat van oprichting, zijn er geen redenen voor de lidstaat van oprichting om vast te houden aan de aanknopingsfactoren en om deze omzetting tegen te houden.¹⁹⁸ De situatie verandert als een vennootschap alleen de statutaire zetel wenst te verplaatsen en werkelijk gevestigd wil blijven in de lidstaat van oprichting. Het HvJ EG geeft geen uitsluitel in het Cartesio-arrest over de vraag of er nog steeds sprake is van een verboden beperking, indien de lidstaat van oprichting een dergelijke omzetting verhindert.

Het gegeven dat een lidstaat die de werkelijke zetelleer hanteert een vennootschap kan beletten haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen (moving-out situatie), indien zij het toepasselijke recht niet wijzigt, kan een argument zijn om dit tevens toe te passen bij een omgekeerde situatie. De achterliggende gedachte van de werkelijke zetelleer is dat als de werkelijke zetel van een vennootschap gevestigd is in een lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt, de vennootschap tevens een bijpassende rechtsvorm behoort te hebben. Dit zou betekenen dat een lidstaat een vennootschap kan beletten om haar statutaire zetel te verplaatsen. Mijn inziens is deze benadering niet juist. Het is namelijk aan de lidstaat van vestiging om de aanknopingsfactoren te bepalen voor een vennootschap die zich daar wenst te vestigen, aldus het HvJ EG in het Daily Mail-arrest en het Cartesio-arrest. Hoewel dit geldt voor nieuwe op te richten rechtspersonen kan het naar mijn mening analoog worden toegepast bij de omzetting van een vennootschap. Er ontstaat immers een nieuwe rechtspersoon,¹⁹⁹ hierdoor kan omzetting gelijk worden gesteld met de oprichting van een nieuwe rechtspersoon. De lidstaat van oprichting kan dus geen belemmeringen opleggen bij de omzetting van een naar zijn recht opgerichte vennootschap, als de lidstaat van

¹⁹⁶ Deze situatie deed zich voor in het VALE-arrest.

¹⁹⁷ Cartesio, r.o. 113.

¹⁹⁸ Timmermans 2011, p.196-202.

¹⁹⁹ Alhoewel de onderneming feitelijk blijft bestaan, verandert de rechtsvorm van deze vennootschap wel degelijk. Juridisch gezien ontstaat er dus een nieuwe rechtsvorm.

vestiging er geen problemen mee heeft dat de werkelijke zetel van de vennootschap in de lidstaat van oprichting blijft.

3.3.2.2 *Inbound omzetting*

Bij de moving-in situatie is door de komst van het VALE-arrest helderheid verschaft over opgelegde belemmeringen bij de omzetting van een vennootschap. In het Caresio-arrest overweegt het HvJ EG dat een lidstaat van oprichting de omzetting van een vennootschap “in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht die toestaat” niet mag belemmeren.²⁰⁰ Over deze bewoordingen bestond in de literatuur veel onduidelijkheid.²⁰¹ Het HvJ EG heeft met het VALE-arrest bepaald dat het niet is toegestaan buitenlandse EU-vennootschappen in algemene zin uit te sluiten van omzetting, als de nationale wet binnenlandse rechtspersonen wel de mogelijkheid geeft tot omzetting.²⁰² Ondanks dat de lidstaat van vestiging zich niet ‘op algemene wijze’ mag verzetten tegen de moving-in omzetting, worden de bevoegdheden van de lidstaat van vestiging met deze uitspraak niet nader concreet afgebakend.²⁰³ Het HvJ EG heeft met deze uitspraak verduidelijkt dat naast een outbound-grensoverschrijdende omzetting tevens een inbound-grensoverschrijdende omzetting onder de reikwijdte van het recht van vrije vestiging valt. Ondanks dat nu de mogelijkheid van een inbound-grensoverschrijdende omzetting openstaat, bestaan er nog wel de nodige onduidelijkheden omtrent een dergelijke omzetting. Door gebrek aan (geharmoniseerde) regels omtrent grensoverschrijdende omzetting is onduidelijk of en zo ja op welke wijze de belangen van werknemers, schuldeisers en werknemers worden beschermd. Daarnaast bestaat er onduidelijkheid over de doeltreffendheid van de fiscale controles en de waarborging van eerlijke handels transacties.²⁰⁴ ²⁰⁵ Om deze redenen ben ik van mening dat een duidelijk raamwerk omtrent de grensoverschrijdende omzetting verduidelijkt wanneer een vennootschap aanspraak kan maken op het recht van vrije vestiging. Mijn inziens moeten de initiatieven omtrent een raamwerk voor dergelijke omzettingen worden voortgezet.

²⁰⁰ Cartesio, r.o. 112.

²⁰¹ Zie bijv. Van Boxel 2011, p. 913; Koster 2012, p. 1; Van Hees 2009, p.8; Hijink 2010, p. 377 en Dorresteyn & Verkerk 2009, p. 66-68.

²⁰² Vale, r.o. 41.

²⁰³ Rammeloo, 2012, p.64.

²⁰⁴ Roelofs, 2012, p.6.

²⁰⁵ De Nederlandse wetgever is al enige tijd bezig met een wetsontwerp betreffende grensoverschrijdende omzetting en ook de Europese wetgever lijkt bezig te zijn met het opstellen van wetgeving op dit terrein, dit blijkt uit het verzoek van het Europees Parlement aan de Europese Commissie om een voorstel in te dienen voor een Veertiende Richtlijn omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. Zie hierover Roelofs 2010, p. 660 en Roelofs 2012, p.170-173.

3.3.3 Wenselijkheid van een veertiende Richtlijn

Ondanks dat de vrijheid van een statutaire zetelverplaatsing sinds juli 2012 onder artikelen 49 en 54 VWEU is gewaarborgd, verschillen de wettelijke vereisten van lidstaten om een statutaire zetelverplaatsing te bewerkstelligen zeer sterk van elkaar en zijn tevens niet overzichtelijk.²⁰⁶ Daarnaast zijn de hoge kosten die een statutaire zetelverplaatsing met zich mee kunnen brengen uitermate bezwaarlijk.²⁰⁷ De snelste manier om een dergelijke rechtshandeling te bewerkstelligen is door ontbinding en vereffening van de vennootschap, om vervolgens een nieuwe vennootschap op te richten in de lidstaat van vestiging. Deze wijze van zetelverplaatsing is zeer radicaal en zal geen reële optie vormen voor een onderneming, omdat deelnemers in de vennootschap (werknemers en aandeelhouders) en derden in hun belangen worden geschaad. Een andere omslachtige wijze voor een grensoverschrijdende omzetting kan men vinden in de grensoverschrijdende fusie op grond van het SEVIC Systems-arrest en de tiende EG-richtlijn.^{208, 209}

Om deze redenen is de grensoverschrijdende mobiliteit van ondernemingen veelal beperkt gebleven tot de oprichting van een vennootschap in een andere lidstaat (verplaatsing van de werkelijke zetel). Hierdoor heeft er nog geen serieuze migratie van bestaande ondernemingen plaatsgevonden. De mogelijkheid van een verplaatsing van een bestaande onderneming (statutaire zetel) is nog steeds in bepaalde mate onzeker. Dit is te wijten aan de lacunes in de rechtspraak van het Hof. Het verplaatsen van de statutaire zetel heeft men al eerder op Europees niveau geprobeerd te reguleren doormiddel van het opstellen van een veertiende richtlijn.²¹⁰ Nadat de Europese Commissie de plannen voor de veertiende richtlijn heeft stopgezet,²¹¹ heeft het Europees Parlement meerdere malen aangedrongen om de draad van de veertiende richtlijn weer op te pakken.²¹² Op dit moment ontbreekt het aan geharmoniseerde regels voor een

²⁰⁶ Commissie Impact Assessment 2007, p. 5: om een zetelverplaatsing te bewerkstelligen dienen er gemiddeld 35 procedurele stappen genomen te worden. Deze rechtshandelingen zijn aantastbaar en vormen dus een risico voor het te bereiken doel.

²⁰⁷ In r.o. 21 tot en met 23 van het SEVIC Systems-arrest stelt het Hof in die overwegingen vast dat een grensoverschrijdende fusie een efficiënt middel is om een omzetting te bewerkstelligen, die tot minder complicaties en geringere tijdsinvestering en kosten zal leiden in vergelijking met andere vormen van reorganisaties van vennootschappen, zoals *de ontbinding van een vennootschap met liquidatie van het vermogen* (SEVIC Systems-arrest r.o. 21). Daarentegen in tegenstelling tot de grensoverschrijdende fusie stelt Van Hees dat de grensoverschrijdende omzetting minder complex is en een minder kostbaar proces teweeg brengt, zie hierover Van Hees 2009, p. 6 en Wymeersch 2007, p. 166.

²⁰⁸ Richtlijn 2005/56/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

²⁰⁹ Deze fusie heeft het doel van een zetelverplaatsing van één vennootschap en kan zowel verticaal (moeder-dochter) als horizontaal plaatsvinden (bijvoorbeeld zuster-zuster verhouding). Er wordt een rechtspersoon opgericht in een andere lidstaat, de vennootschap die deze rechtspersoon heeft opgericht fuseert vervolgens met deze rechtspersoon. De verkrijgende vennootschap is gelegen in de lidstaat van vestiging. Door deze fusie wordt een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing bewerkstelligd.

²¹⁰ Commissie, niet officieel, voorontwerp voor 14^e richtlijn, Doc. XV/6002/97-EN REV 2, 20 april 1997.

²¹¹ In de Toespraak van Eurocommissaris McCreevy over de voornemens van de Commissie op het gebied van zakenrecht op 3 oktober 2007 is het voornemen gepresenteerd dat de Commissie de voortzetting van de veertiende richtlijn zou staken.

²¹² Zie: Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen (2011/2046(INI)).

grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing. Bij dergelijke rechtshandelingen staan belangen van aandeelhouders, crediteuren en werknemers op het spel. Tevens kunnen in de praktijk diverse vragen ontstaan over het toepasselijke recht. Mijn inziens doet de Commissie er goed aan om opnieuw te kijken naar de mogelijkheden voor een veertiende richtlijn. Momenteel is de Commissie begonnen met een openbare raadpleging over de wenselijkheid van een dergelijke richtlijn.²¹³

3.4 Grensoverschrijdende fusie en splitsing

Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat er nog weinig gebruik wordt gemaakt van de directe grensoverschrijdende omzetting. De directe grensoverschrijdende zetelverplaatsing/omzetting is voor ondernemingen de minst complexe en kostbare methode om zich in een andere lidstaat te vestigen.²¹⁴ Zolang er echter nog onzekerheid bestaat over de mogelijkheid van een directe grensoverschrijdende zetelverplaatsing/omzetting, verdient het aanbeveling om te bezien of er andere mogelijkheden bestaan die een dergelijke zetelverplaatsing/omzetting kunnen bewerkstelligen.

3.4.1 Grensoverschrijdende fusie

Een grensoverschrijdende fusie is een indirecte methode voor een vennootschap om zich in een andere EU-lidstaat te vestigen. Een dergelijke fusie kan zowel verticaal (moeder-dochter) als horizontaal plaatsvinden (bijvoorbeeld zuster-zuster verhouding). Een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing wordt bewerkstelligd doordat er een rechtspersoon wordt opgericht in een andere lidstaat (lidstaat van ontvangst), die vervolgens fuseert met de vennootschap die deze rechtspersoon heeft opgericht. De nieuw opgerichte vennootschap treedt op als de verkrijgende vennootschap en de al bestaande vennootschap als verdwijnende vennootschap. Reeds voor de implementatie van de tiende EG-richtlijn vonden grensoverschrijdende fusies plaats. De basis daarvoor vormden het recht van vrije vestiging op grond van artikelen 49 en 54 VWEU en de Societas Europaea (SE).²¹⁵ De tiende EG-richtlijn is inmiddels in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.²¹⁶

²¹³ Raadpleging over de verplaatsing van statutaire zetels van bedrijven naar een ander EU-land (januari-April 2013), zie: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/consultation-document_nl.pdf.

²¹⁴ Van Hees 2009, p.6.

²¹⁵ Op grond van artikel 8 leden 2 t/m 13 van VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) kan de statutaire zetel van de SE naar een andere lidstaat worden verplaatst.

²¹⁶ Bij Wet tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (artikel 2:333b-2:333i BW). Deze wet is op 15 juli 2008 in werking getreden.

3.4.1.1 Reikwijdte tiende EG-richtlijn

De werking van deze richtlijn is beperkt, doordat deze regeling enkel ziet op grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen en Europese coöperaties binnen de EU/EER.²¹⁷ Een grensoverschrijdende fusie van andere (Nederlandse) rechtsvormen is niet mogelijk met de tiende EG-richtlijn. De lidstaten kunnen er bijvoorbeeld voor kiezen om de bepalingen van deze richtlijn niet toe te passen op een coöperatieve vennootschap, zij kunnen dit zelfs doen als deze zou vallen onder de definitie van kapitaalvennootschappen.²¹⁸ In Nederland wordt een coöperatie niet gelijk gesteld met de NV of de BV. De coöperatie naar Nederlands recht wordt behandeld als een vereniging met contributies of andere bijdragen en bijzondere aansprakelijkheden van haar leden, echter ontbreekt een wettelijke kapitaal structuur.²¹⁹ Hierdoor is artikel 2 van de tiende EG-richtlijn niet van toepassing op de coöperatie naar Nederlands recht.²²⁰ Het ontbreken van een wettelijke regeling omtrent een grensoverschrijdende fusie voor een coöperatie wil nog niet zeggen dat een dergelijke fusie niet mogelijk is, indien men wil overgaan tot een dergelijke fusie kan dit op grond van het SEVIC Systems-arrest. Deze uitspraak kan ook op andere vennootschappen van toepassing zijn dan enkel op kapitaalvennootschappen.²²¹ Wel dient opgemerkt te worden dat het HvJ EG mijn inziens geen uitspraak heeft gedaan over de mogelijkheid van een outbound-fusie. Het HvJ EG heeft namelijk alleen bepaald dat de lidstaat van ontvangst een dergelijke fusie moet erkennen, indien de lidstaat van de verdwijnende vennootschap een dergelijke fusie toestaat.²²² Een inbound-fusie is dus mogelijk als de lidstaat van herkomst de fusie toestaat. Over de mogelijkheid van een outbound-fusie heeft het HvJ EG zich niet uitgelaten.

3.4.2 Grensoverschrijdende splitsing

Een Europese richtlijn voor grensoverschrijdende splitsingen voor zowel kapitaal vennootschappen als voor coöperaties is er niet.²²³ Een zesde EG-richtlijn is opgesteld die slechts de regels omtrent een interne splitsing reguleert.²²⁴ Uit het Feedback Statement blijkt dat 64% van de participanten voorstander is van de harmonisering van een regeling voor grensoverschrijdende splitsingen.

²¹⁷ Zie de Nederlandse implementatie in artikel 2:333b en 2:333c van het Burgerlijk Wetboek.

²¹⁸ Zie artikel 3 lid 2 tiende EG-richtlijn.

²¹⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30929, nr. 3, p. 3-5. Zie ook par. 5.

²²⁰ Van Boxel en Rensen 2012, p. 3.

²²¹ Het gevolg van het SEVIC Systems-arrest is dat lidstaten een grensoverschrijdende juridische fusie, waarbij vennootschappen betrokken zijn uit een andere EU-lidstaat, op dezelfde wijze dienen te behandelen als een juridische fusie tussen nationale vennootschappen volgens de in die geldende nationale regels omtrent een juridische fusie. Indien de lidstaat van vestiging zeer ruime reorganisatiemogelijkheden heeft, kunnen vennootschappen hier doormiddel van het SEVIC-arrest gebruik van maken.

²²² SEVIC Systems, r.o. 31.

²²³ Bij de implementatie van de tiende EG-richtlijn zijn Finland en Denemarken de enige lidstaten die de mogelijkheid tot grensoverschrijdende splitsing in de wet hebben opgenomen. Zie hierover § 138 Aktieselskabloven (Denemarken) en § 19-27 Osakeyhtiölaki (Finland).

²²⁴ Nr. 82/891/EEG, Pb EG 1982 L378/47.

Regels omtrent een dergelijke splitsing kunnen worden opgesteld op basis van de tiende EG-richtlijn. Volgens Schutte-Veenstra en Verbrugh is een verwijzing naar de zesde EG-richtlijn met aanvullende regels voor het grensoverschrijdende karakter de meest aangewezen weg.²²⁵

Ondanks dat een grensoverschrijdende splitsing niet gereguleerd is, kan mijn inziens een dergelijke splitsing plaatsvinden op grond van de vrijheid van vestiging. In het SEVIC Systems-arrest is namelijk bepaald dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen, onder de bijzondere uitoefening van het recht op vrije vestiging vallen.²²⁶ Bij de beantwoording van de vraag of de grensoverschrijdende splitsing tevens onder het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging valt, is het van belang hoe de zinsnede 'overige omzettingen' geïnterpreteerd moet worden.²²⁷ Bij het SEVIC Systems-arrest betreft het een Duitse situatie en het ligt daarom voor de hand dat het HvJ specifiek de omzettingen, zoals neergelegd in het Duitse Umwandlungsgesetz, voor ogen heeft.²²⁸ In paragraaf 1 van het Duitse Umwandlungsgesetz wordt ook de juridische splitsing genoemd.²²⁹ Het is daarom aannemelijk dat de grensoverschrijdende juridische splitsing, naast de grensoverschrijdende juridische fusie, onder het toepassingsbereik van het recht op vrije vestiging valt.

3.5 Jurisprudentie van het HvJ EG inzake het recht van vrije vestiging

Over de reikwijdte van het vestigingsrecht dat voortvloeit uit artikel 49 en 54 VWEU is veel gediscussieerd. Het HvJ EG heeft met acht uitspraken - Vale is voorlopig de laatste in de reeks - de reikwijdte van de vrijheid van vestiging nader bepaald. De volgende arresten, die de reikwijdte van de vrijheid van vestiging nader vorm hebben gegeven, zullen hierna beknopt worden besproken: het Segers-arrest, het Daily Mail-arrest, het Centros-arrest, het Überseering-arrest, het Inspire Art-arrest, het SEVIC Systems-arrest, het Cartesio-arrest en ten slotte het VALE-arrest.

3.5.1 *HvJ EG Segers (79/85)*

De heer Segers die de Nederlandse nationaliteit heeft en directeur is van een *UK Ltd.*, heeft beroep ingesteld tegen de weigering van de bedrijfsvereniging voor bank en verzekeringswezen (hierna bedrijfsvereniging) om hem een uitkering krachtens de ziektewet toe te kennen. De bedrijfsvereniging weigerde om uit te keren, omdat Segers niet werkzaam was bij de *UK Ltd.* op

²²⁵ Schutte-Veenstra en Verbrugh 2012, p.5.

²²⁶ SEVIC Systems, r.o. 16 t/m 19.

²²⁷ SEVIC Systems, r.o. 19.

²²⁸ Roelofs 2009, p.273.

²²⁹ Zie hierover: Zaman, Van Eck & Roelofs 2009, p.235.

grond van een arbeidsovereenkomst, zodat er geen sprake kan zijn van een gezagsverhouding.²³⁰ De uitkering werd dus geweigerd, terwijl in een vergelijkbare zaak is bepaald dat indien een directeur van een vennootschap 50% of meer van de aandelen bezit, deze geacht wordt in een gezagsverhouding voor die vennootschap werkzaam te zijn. De bedrijfsvereniging stelde zich op het standpunt dat deze rechtspraak niet diende te gelden als het gaat om een directeur van een vennootschap die naar buitenlands vennootschapsrecht is opgericht. Het HvJ EG heeft geoordeeld dat de onthouding van de uitkering krachtens de ziekwet, met enkel het argument dat de vennootschap is opgericht naar het recht van een ander EU-lidstaat, in strijd is met het recht op vrije vestiging, ook indien zij daar geen bedrijfsactiviteiten ontplooit.

3.5.2 *HvJ EG Daily Mail (C-81/87)*

Daily Mail & General Trust Plc. wilde haar zetel naar Nederland verplaatsen, vanwege een gunstig fiscaal regiem, met behoud van haar rechtspersoonlijkheid in de lidstaat van oprichting.²³¹ De Britse belastingdienst was niet bereid om haar toestemming voor deze zetelverplaatsing te verlenen. Het HvJ EG moest beoordelen of hier sprake was van een ongerechtvaardigde belemmering. Volgens het HvJ EG bestaan vennootschappen enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.²³² Het Verenigd Koninkrijk kan dus eisen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat, indien de betreffende vennootschap haar rechtspersoonlijkheid van de lidstaat van oprichting wenst te behouden. Doordat er nog veel verschillen²³³ bestaan tussen de nationale wettelijke regelingen van EU-lidstaten en er geen overeenstemming was bereikt over de onderlinge erkenning van vennootschappen in de zin van artikel 293 EG,²³⁴ heeft het HvJ EG geoordeeld dat het recht op vrije vestiging geen (absoluut) recht geeft om de werkelijke zetel te verplaatsen.^{235 236}

3.5.3 *HvJ EG Centros (C-212/97)*

Het Centros-arrest betreft een prejudiciële beslissing van het Europees Hof van Justitie, inzake de vrijheid van vestiging van een vennootschap, en vrije nevenvestiging van een filiaal (secundaire vestiging). Een Deens echtpaar (M. Bryde en T. Bryde) had een *UK Ltd.* opgericht om de Deense

²³⁰ Ingevolge de ziekwet zijn onder meer verzekerd, degene die in privaatrechtelijke dienstbetrekking staan tot een andere persoon (werkgever).

²³¹ Daily Mail, r.o. 6.

²³² Daily Mail, r.o. 19.

²³³ Hiermee doelt het HvJ EG met name op de verschillen die bestaan tussen de EU-lidstaten met betrekking tot de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer.

²³⁴ Timmermans 2011, p. 50.

²³⁵ Daily Mail, r.o. 23.

²³⁶ Daily Mail, r.o. 24.

verplichting omtrent de inbreng van kapitaal te omzeilen. Vervolgens wilde zij een filiaal van Centros in Denemarken inschrijven. De Deense Kamer van Koophandel (hierna KvK) weigerde dit, omdat er sprake zou kunnen zijn van misbruik.²³⁷ Centros ontwikkelde namelijk al haar activiteiten in Denemarken en niet in Engeland. In werkelijkheid trachtte zij niet een filiaal maar een hoofdvestiging in Denemarken op te richten.²³⁸ In vergelijking met het Daily Mail-arrest wordt in het Centros-arrest geen bezwaar gemaakt tegen de zetelverplaatsing door de lidstaat van herkomst, maar door de lidstaat van ontvangst.

De uitoefening van vrije vestiging werd in deze zaak volgens het HvJ EG belemmerd.²³⁹ Immers het doel van het recht op vrije vestiging is dat vennootschappen in staat worden gesteld door middel van agentschappen, filialen en/of dochtervennootschappen activiteiten in andere lidstaten te ontplooiën, als zij rechtsgeldig naar het recht van het thuisland zijn opgericht en hun statutaire zetel, hoofdvestiging binnen de gemeenschap hebben.²⁴⁰

3.5.4 HvJ EG *Überseering* (C-208/00)

Überseering is een BV die in Nederland rechtsgeldig is opgericht. Zij ontplooit het grootste gedeelte van haar activiteiten in Duitsland. De aandelen van *Überseering* zijn overgedragen aan twee Duitse onderdanen.²⁴¹ Naar Duits recht heeft dit als gevolg dat de werkelijke zetel van *Überseering* is verplaatst naar Duitsland. Van belang is dat Duitsland de leer van de werkelijke zetel hanteert en Nederland de incorporatieleer aanhangt. Het gevolg was dat de Nederlandse vennootschap geen draagster van rechten en plichten kon zijn en niet in rechte kon optreden, tenzij deze vennootschap voldeed aan de Duitse oprichtingsvereisten.²⁴² De procesgang begon met een vordering tot schade vergoeding wegens gebreken bij de uitvoering in Duitsland van werken die NCC voor *Überseering* had uitgevoerd.²⁴³ NCC betwistte namelijk de rechtsbevoegdheid en procesbevoegdheid van een Nederlandse vennootschap waarvan de werkelijke zetel naar Duitsland is verplaatst. Het HvJ EG verwierp de uitspraak waarbij *Überseering* het recht ontzegd werd om een procedure bij een Duitse rechter aanhangig te maken en waardoor een Nederlandse vennootschap niet als een rechtspersoon werd erkend.²⁴⁴ De weigering tot erkenning van de vennootschappelijke status van een onderneming achtte het

²³⁷ Centros, r.o. 2.

²³⁸ Centros, r.o. 7.

²³⁹ Centros, r.o. 30.

²⁴⁰ Centros, r.o. 26.

²⁴¹ *Überseering*, r.o. 7.

²⁴² *Überseering*, r.o. 9.

²⁴³ *Überseering*, r.o. 2.

²⁴⁴ *Überseering*, r.o. 76.

HvJ EG in strijd met artikel 49 en 54 VWEU, daarnaast werd deze weigering beschouwd als een buiten proportionele sanctie voor het enkel verplaatsen van de werkelijke zetel.

3.5.5 HvJ EG *Inspire Art* (C-167/01)

Inspire Art Ltd. (hierna *Inspire Art*) is een naar Engels recht opgerichte besloten vennootschap die statutair gevestigd was te Folkestone.²⁴⁵ *Inspire Art* verrichtte geen ondernemingsactiviteiten in Engeland. De enige reden voor de oprichting van een *UK Ltd.* was het omzeilen van de strenge oprichtingsvereisten van het Nederlandse vennootschapsrecht.²⁴⁶ *Inspire Art* is in het Nederlandse handelsregister ingeschreven zonder de vermelding dat zij een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV is.²⁴⁷ Op grond van deze wet had de KvK aan het filiaal van de eerstgenoemde in Nederland de verplichting opgelegd om bij haar inschrijving in het Nederlandse handelsregister ook de vermelding “formeel buitenlandse vennootschap” op te nemen en om deze vermelding in het bedrijfsleven te gebruiken.²⁴⁸ *Inspire Art* weigerde echter om zich in te schrijven als een “formeel buitenlandse vennootschap” en is van mening dat zij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 WFBV. Indien zij wel onder de omschrijving van artikel 1 WFBV valt, heeft zij gesteld dat de WFBV in strijd is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 49 en 54 VWEU.²⁴⁹ De zaak voor het HvJ EG betrof twee vragen: (1) verzetten artikelen 49 en 54 VWEU zich ertegen dat Nederland aanvullende eisen stelt, zoals die zijn neergelegd in artikelen 2-5 WFBV?, en (2) indien wordt vastgesteld dat de aanvullende eisen uit de WFBV in strijd zijn met het recht van vrije vestiging, moet artikel 52 VWEU dan zodanig worden uitgelegd dat de toepassing van de wettelijke regels WFBV gerechtvaardigd zijn om door de Nederlandse wetgever aangevoerde redenen?²⁵⁰ Het HvJ EG oordeelde dat de vermeldingsplicht van artikel 1 WFBV in strijd was met de elfde EG-richtlijn en dat het stellen van aanvullende vereisten in strijd was met het recht van vrije vestiging. Deze uitspraak houdt in dat de WFBV aangepast moet worden en dat andere wetten die in strijd zijn met de vrijheid van vestiging niet in haar huidige vorm kunnen blijven bestaan.²⁵¹

²⁴⁵ *Inspire Art*, r.o. 34.

²⁴⁶ *Inspire Art*, r.o. 39.

²⁴⁷ *Inspire Art*, r.o. 35.

²⁴⁸ *Inspire Art*, r.o. 2.

²⁴⁹ *Inspire Art*, r.o. 37.

²⁵⁰ *Inspire Art*, r.o. 39.

²⁵¹ McCahery 2006, p. 171.

3.5.6 HvJ EG SEVIC systems (C-411/03)

In het SEVIC Systems-arrest stond de vraag centraal of een onderneming binnen de EU grensoverschrijdend kon fuseren, terwijl de tiende EG-richtlijn nog niet in werking was getreden. SEVIC Systems AG (hierna SEVIC Systems) wilde fuseren met de te Luxemburg gevestigde vennootschap Security Vision Concept SA. Het probleem ontstond doordat er in Duitsland geen mogelijkheid bestond om grensoverschrijdend te fuseren. Het Duitse recht inzake de omzetting van vennootschappen voorzag enkel in de fusie van vennootschappen met zetel in Duitsland.²⁵² De inschrijving van de fusie in het nationaal register werd daardoor geweigerd. Aan het HvJ EG werd de prejudiciële vraag voorgelegd of de beperking uit het Umwandlungsgesetz omtrent de grensoverschrijdende fusie in strijd was met de vrijheid van vestiging.²⁵³ Het HvJ EG oordeelde dat de artikelen 49 en 54 VWEU zich ertegen verzetten dat een juridische fusie tussen de eerder genoemde vennootschappen in het algemeen geweigerd wordt wanneer één van beide vennootschappen in een andere lidstaat is gevestigd, terwijl een dergelijke inschrijving in beginsel wel mogelijk is tussen vennootschappen die beide op het grondgebied van Duitsland gevestigd zijn.²⁵⁴ Het HvJ EG gaf daarbij wel aan dat een weigering (beperking) van een dergelijk inschrijving gerechtvaardigd kan zijn op grond van een dwingende reden van algemeen belang²⁵⁵.²⁵⁶ De beperkende maatregel moet geschikt zijn om de nagestreefde doelen te verwezenlijken en hij mag niet verder gaan dan wat noodzakelijk is om dit doel te bereiken.²⁵⁷ In het kader van artikelen 49 en 54 VWEU is voor de vraag of een onderneming gebruik kan maken van het recht van vrije vestiging van belang of deze is opgericht naar het recht van het thuisland. Dit is bevestigd door het HvJ EG in het Daily Mail-arrest en het Cartesio arrest²⁵⁸.²⁵⁹ Achter deze insteek van de EU wat betreft de vrijheid van vestiging schuilt een groot probleem. Immers kunnen rechtspersonen pas aanspraak maken op het recht van vrije vestiging, indien ze rechtens het thuisland bestaan.²⁶⁰

²⁵² SEVIC Systems, r.o. 2.

²⁵³ SEVIC Systems, r.o. 10.

²⁵⁴ SEVIC Systems, r.o. 31.

²⁵⁵ Men kan hierbij onder andere denken aan de bescherming van de belangen van de schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers (zie arrest van 5 november 2002, Überseering, C-208/00, Jurispr. blz. I-9919, punt 92), alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties (zie arrest van 30 september 2003, Inspire Art, C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punt 132).

²⁵⁶ SEVIC Systems, r.o. 28.

²⁵⁷ SEVIC Systems, r.o. 29; Een gast-lidstaat mag geen algemene beperkingen stellen bij de uitoefening van het recht op vrije vestiging. Zij mogen wel bijzondere beperkingen op leggen, mits aan de voorwaarden van de Gebhard-test is voldaan. Dit is terug te vinden in de arresten Gebhard, Centros, Inspire Art en SEVIC Systems. De eisen hiervoor zijn als volgt: Het moet per geval bekeken worden of er een bijzondere beperking kan worden opgelegd. Deze beperkingen moeten per soortgelijk geval gelijk worden toegepast en de beperkingen moeten in het openbaar belang zijn, ter bevordering van het rechtsverkeer dienen of in het belang zijn voor de richting heffing van de belasting; zie HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Jur. 1995, p. 4165 (Gebhard).

²⁵⁸ Cartesio, r.o. 108-110.

²⁵⁹ Zie hierover Van Boxel 2012, p.7.

²⁶⁰ HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Jur. 1988, p. 5505 (Daily Mail).

3.5.7 HvJ EG *Cartesio* (C-210/06)

In de *Cartesio*-zaak ging het om een Hongaarse commanditaire vennootschap die haar zetel verplaatste naar Italië en onderworpen wenste te blijven aan Hongaars recht.²⁶¹ De verdwijning van de werkelijke zetel van *Cartesio* uit Hongarije had de sanctie ontbinding en liquidatie van *Cartesio* als gevolg. In deze zaak maakt het HvJ EG een duidelijk onderscheid tussen een werkelijke zetelverplaatsing en een statutaire zetelverplaatsing. Lidstaten zijn namelijk bevoegd om zelf te bepalen welke zetelleer zij aanhangen. Hieruit volgt volgens het HvJ EG dat een lidstaat beperkingen kan opleggen aan een werkelijke zetelverplaatsing van een vennootschap naar een andere lidstaat met behoud van rechtspersoonlijkheid naar het recht van de lidstaat van oprichting.²⁶² ²⁶³ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat een grensoverschrijdende zetelverplaatsing waarbij het toepasselijke recht gewijzigd wordt wel is toegestaan.²⁶⁴ Het HvJ EG heeft geoordeeld dat de lidstaat van oprichting geen belemmering mag opleggen door de ontbinding en liquidatie van een vennootschap te vereisen, als de vennootschap wordt omgezet in een rechtsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat van vestiging, mits de lidstaat van vestiging deze omzetting toestaat.²⁶⁵ In de praktijk zal het voor een onderneming van belang zijn of de lidstaat van vestiging de werkelijke zetelleer of de incorporatieleer aanhangt. Indien zij onderworpen wil zijn aan het recht van een lidstaat die de incorporatieleer hanteert is het voldoende dat de statutaire zetel zich in die lidstaat bevindt. Voor de vestiging in een lidstaat die de werkelijke zetelleer hanteert zal de onderneming zowel de werkelijke zetel als de statutaire zetel naar die betreffende lidstaat moeten verplaatsen. Geconcludeerd kan worden dat lidstaten beperkingen mogen opleggen aan de zetelverplaatsing van naar hun recht opgerichte vennootschappen als zij hun rechtspersoonlijkheid van de lidstaat van oprichting willen behouden. Daarentegen kunnen belemmeringen, zoals ontbinding en liquidatie bij een zetelverplaatsing met wijziging van het toepasselijke recht (re-incorporatie) op grond van artikel 54 VWEU een niet toegestane beperking van het recht op vrije vestiging vormen.

3.5.8 HvJ EG *VALE* (C-378/10)

Het *VALE*-arrest gaat over een prejudiciële beslissing betreffende de uitlegging van de artikelen 49 en 54 VWEU in het kader van een geding over een grensoverschrijdende omzetting van een

²⁶¹ Hongarije behoort tot de groep landen die de werkelijke zetelleer hanteert.

²⁶² *Cartesio*, r.o. 107-108, 110, zie hierover ook Van Hees 2009, p.7.

²⁶³ In de literatuur wordt deze bevoegdheid ook wel aangeduid met de 'free choice of connecting factors'.

²⁶⁴ *Cartesio*, r.o. 111.

²⁶⁵ *Cartesio*, r.o. 112.

vennootschap naar Italiaans recht in een vennootschap naar Hongaars recht.²⁶⁶ VALE Costruzioni Srl. (hierna: VALE) is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid opgericht naar Italiaans recht. Vale heeft vermeld dat zij haar zetel en haar activiteiten naar Hongarije wilde verplaatsten. Zij zou haar activiteiten in Italië staken en daarom heeft zij verzocht om doorhaling in het handelsregister. Italië heeft dit verzoek gehonoreerd en blijkens het dossier is onder het opschrift “Doorhaling en zetelverplaatsing” in het register vermeld dat “de vennootschap naar Hongarije is overgebracht”.²⁶⁷ Nu VALE had besloten haar zetel naar Hongarije te verplaatsen zijn er nieuwe statuten voor VALE vastgesteld en wordt er voldaan aan de oprichtingsvereisten die gesteld worden door Hongaars recht.²⁶⁸ Toen de vertegenwoordiger van VALE een verzoek indiende tot inschrijving van de vennootschap volgens Hongaars recht, werd dit verzoek afgewezen door Fővárosi Bíróság (rechtbank te Boedapest).²⁶⁹ Deze afwijzingsbeschikking wordt bevestigd door Fővárosi Ítéltábla (regionale Hof te Boedapest). VALE heeft hiertegen cassatieberoep in gesteld en zij betoogd dat de afwijzingsbeschikking in strijd is met het recht op vrije vestiging.²⁷⁰

Het HvJ EG heeft bepaald dat het niet is toegestaan buitenlandse EU-vennootschappen in algemene zin uit te sluiten van omzetting, als de nationale wet van de lidstaat van ontvangst binnenlandse rechtspersonen wel de mogelijkheid geeft tot omzetting.²⁷¹ De lidstaat van ontvangst is gerechtigd het nationale recht omtrent een omzetting te bepalen en bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de oprichting en de werking van een vennootschap regelen.²⁷² Het is mogelijk dat er beperkingen worden opgelegd, mits deze gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang.²⁷³ In casu ontbreekt echter een dergelijke rechtvaardiging.²⁷⁴ In het Cartesio-arrest is bepaald dat een grensoverschrijdende omzetting wel mogelijk is wanneer de lidstaat van ontvangst de omzetting toestaat. Over de bewoording ‘toestaat’ bestond onduidelijkheid.²⁷⁵ Aan deze onduidelijkheid is een einde gekomen met het de VALE-uitspraak. Het HvJ EG overweegt dat de uitdrukking “voor zover diens recht die toestaat”,²⁷⁶ niet dusdanig mag worden uitgelegd dat de nationale wettelijke regeling van de lidstaat van ontvangst met betrekking tot de omzetting van vennootschappen buiten de werkingssfeer van de vrijheid van

²⁶⁶ Vale, r.o. 1.

²⁶⁷ Vale, r.o. 9.

²⁶⁸ Vale, r.o. 10.

²⁶⁹ Vale, r.o. 11-12.

²⁷⁰ Vale, r.o. 13.

²⁷¹ Vale, r.o. 41.

²⁷² Vale, r.o. 29.

²⁷³ Vale, r.o. 39.

²⁷⁴ Vale, r.o. 40.

²⁷⁵ Zie Van Hees 2009, p.8 en Hijink 2010, p. 377.

²⁷⁶ Zie Cartesio, r.o. 112.

vestiging valt. Deze uitdrukking moet worden uitgelegd dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel krachtens de nationale wetgeving bestaat, indien is voldaan aan de uit dien hoofde gestelde voorwaarden.²⁷⁷

3.6 Conclusie hoofdstuk 3

Ondanks dat sinds het VALE-arrest de mogelijkheden zijn vergroot voor een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wijziging van het toepasselijk recht van een vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst, bestaat er nog grote onduidelijkheid over de voorwaarden van een dergelijke omzetting. Er bestaat onzekerheid over de vraag of een grensoverschrijdende omzetting met behoud van rechtspersoonlijkheid mogelijk is. Tevens bestaat er twijfel bij een dergelijke grensoverschrijdende omzetting, omdat het toepasselijke nationale recht van de EU-lidstaten onderling van elkaar verschilt. Doordat een grensoverschrijdende omzetting nog niet gereguleerd is door middel van een richtlijn, ontbreekt er een regeling waardoor de belangen van werknemers, schuldeisers en minderheidsaandeelhouders worden beschermd. In februari 2012 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen en de Europese Commissie verzocht om op korte termijn met een voorstel te komen voor een richtlijn omtrent een grensoverschrijdende omzetting.²⁷⁸ Ook in de praktijk blijkt dat er behoefte is aan de totstandkoming van EU-wetgeving inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Uit het Feedback Statement volgt dat 68% van de respondenten de voorkeur hebben voor een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid.²⁷⁹

Sinds het SEVIC systems-arrest is het mogelijk om grensoverschrijdend te fuseren. Het HvJ EG heeft bepaald dat een inbound-fusie mogelijk is, echter over de mogelijkheid van een outbound-fusie heeft zij geen uitspraak gedaan. Mijn inziens kan deze uitspraak van het HvJ EG analoog worden toegepast op een grensoverschrijdende splitsing.²⁸⁰ In het SEVIC systems-arrest is namelijk bepaald dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen, onder de bijzondere uitoefening van het recht op vrije vestiging vallen. Mijn inziens valt de grensoverschrijdende splitsing ook onder het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging, doordat een dergelijke splitsing naar mijn mening geïnterpreteerd kan worden als een “overige

²⁷⁷ Vale, r.o. 32.

²⁷⁸ Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een 14e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen (2011/2046(INI) en E.R. Roelofs, ‘Eindelijke op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing?’, Ondernemingsrecht 2012, 32.

²⁷⁹ Feedback Statement, blz. 10. De antwoorden op de openbare raadpleging zijn te vinden op: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#consultation2012.

²⁸⁰ Zie vooral HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805 (SEVIC Systems) en het VALE-arrest.

omzetting". Doordat deze mogelijkheid sinds het SEVIC systems-arrest open staat zal een dergelijke splitsing in de toekomst vaker voorkomen, een geharmoniseerde regeling omtrent grensoverschrijdende splitsingen is naar mijn mening wenselijk. Dit geldt tevens voor de hiervoor besproken grensoverschrijdende omzetting. Uit het feedbackdocument blijkt dat 64% van de respondenten voorstander is van invoering van een geharmoniseerde regeling. Regulering omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing en splitsing kan geregeld worden door middel van het opstellen van nieuwe richtlijnen. Voor de zetelverplaatsing kan men alsnog kiezen voor het van toepassing verklaren van de 14^e EG-richtlijn. Een andere keuze mogelijkheid betreft de regulering van deze grensoverschrijdende mobiliteit door dit op te nemen in de al bestaande tiende EG-richtlijn. Dit alternatief is meer praktisch, omdat de belangen van werknemers, schuldeisers en minderheidsaandeelhouders bij deze richtlijn reeds beschermt worden. In het volgend hoofdstuk bespreek ik onder andere de positie van de werknemers bij grensoverschrijdende transacties.

HOOFDSTUK 4

Medezeggenschap in Europees perspectief

4.1 Inleiding

Het recht om te worden geïnformeerd en geraadpleegd is een werknemersrecht, dat erkend wordt op internationaal en Europees niveau. Het is vastgelegd in het Europees Sociaal Handvest, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden.²⁸¹ De rechten op informatie en raadpleging van werknemers in de communautaire wetgeving zijn één van de meest gefragmenteerde in de Europese wetgeving. In meer dan 15 richtlijnen is een soort van informatie en raadpleging van werknemers te vinden.²⁸² Momenteel maken vier grote Europese richtlijnen deel uit van werknemers betrokkenheid. Deze zijn: de richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de veiligheid en de gezondheid van werknemers op het werk (89/391/EEG), de richtlijn inzake de Europese ondernemingsraden (2009/38/EC), de richtlijn betreffende de rol van de werknemers in de Europese vennootschap (2001/86/EG), en de Europese kaderrichtlijn inzake informatie en raadpleging (2002/14/EG). Naast deze algemene richtlijnen zijn er een reeks richtlijnen die het recht op informatie en raadpleging van werknemers in specifieke situaties waarborgen, zoals in geval van collectief ontslag (98/59/EG) en overgang van onderneming (2001/23/EG). Tussen EU-lidstaten bestaan grote verschillen omtrent de wijze waarop invloed uitgeoefend kan worden door de werknemers. Deze verschillen hebben de harmonisatie van Europees vennootschapsrecht decennia lang geblokkeerd.²⁸³ De toename van mogelijkheden tot grensoverschrijdende mobiliteit kan gevolgen hebben voor de betrokkenheid van werknemers bij het besluitvormingsproces binnen een onderneming die zich grensoverschrijdend in een andere EU-lidstaat vestigt.

In dit hoofdstuk zullen de medezeggenschapsrechten van werknemers in Europees perspectief bij grensoverschrijdende transacties beschreven worden. Ter verduidelijking zal het begrip medezeggenschap nader worden gedefinieerd. Vanwege het Europees karakter van dit hoofdstuk, zal ik kort ingaan op de SE en de EOR. De kern- en knelpunten van de medezeggenschapsregels voor de SE worden uiteengezet en er zal worden onderzocht of deze rechten met de SE-richtlijn voldoende zijn gewaarborgd. Naast de SE is in 2003 de SCE-verordening en een bijhorende richtlijn

²⁸¹ Zie hierover www.workerparticipation.eu.

²⁸² Zie hierover www.workerparticipation.eu.

²⁸³ Denk hierbij aan het mislukken van de vijfde EG-richtlijn en het verzet van de lidstaten tegen het wetsvoorstel voor de invoering van de Europese vennootschap in 1970. Zie hierover Roest 2012, p.7.

aangenomen. De medezeggenschapsregeling van de SCE is vrijwel identiek aan die van de SE.²⁸⁴ Om die reden zal ik in dit hoofdstuk enkel de regeling van de SE behandelen. Van grote betekenis in dit hoofdstuk is de uiteenzetting van gehanteerde medezeggenschapsregimes van een aantal EU-lidstaten. Hierbij heb ik mij beperkt tot de invloedsuitoefening door werknemers op strategische besluiten in een onderneming. De vraag die centraal staat in dit vierde hoofdstuk is: Welke gevolgen heeft de grensoverschrijdende mobiliteit voor Europese werknemers en welke vormen van medezeggenschap kennen verschillende EU-lidstaten?

4.2 Begripsbepaling

De betrokkenheid van werknemers bij het besluitvormingsproces binnen een onderneming kan onderverdeeld worden in twee gebieden. De eerste vorm van medezeggenschap wordt over het algemeen aangemerkt als informatie en consultatie van werknemers door middel van ondernemingsraden of een gelijkwaardige procedure voor informatie en consultatie van werknemers, door middel van vakbonden.²⁸⁵ Kenmerkend van deze vorm van medezeggenschap is dat de informatie en consultatierechten van werknemers voortkomen uit de onderkant van de onderneming, namelijk op het niveau van de werkvloer.²⁸⁶ Deze vorm van medezeggenschap wordt in deze scriptie aangeduid als 'ondernemingsrechtelijke' medezeggenschap. Werknemers kunnen ook informatie en consultatierechten hebben op grond van een EOR, mits een onderneming een transnationaal karakter heeft.²⁸⁷ De tweede vorm van medezeggenschap betreft de invloed van werknemers(vertegenwoordigers) op de samenstelling van het bestuur of het toezichthoudend orgaan.²⁸⁸ In de SE-richtlijn en de SE-verordening wordt tevens onderscheid gemaakt tussen informatie en raadplegingsrechten enerzijds en vennootschappelijke medezeggenschap anderzijds.

²⁸⁹

4.3 De Europese Ondernemingsraad

In Europa kennen we sinds 1994 de EOR-richtlijn.²⁹⁰ Deze richtlijn is in de Nederlandse wetgeving in 1997 geïmplementeerd als de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR).²⁹¹ Ondernemingen en concerns die multinational actief zijn, ten minste 1000 werknemers in dienst

²⁸⁴ Zie hierover Van Veen 2006, p. 85 en Kiersch en ter urne 2005, p. 346.

²⁸⁵ Van der Sangen 2006, p. 177.

²⁸⁶ Is er sprake van een concern, dan bestaan er informatie en consultatierechten bij de top van de organisatiestructuur van het concern. Zie hierover artikel 33 WOR.

²⁸⁷ Richtlijn, 94/45/EG, L254.

²⁸⁸ Van der Sangen 2006, p. 177.

²⁸⁹ Zie overwegingen 19, 21 en 22 in de preambule van de SE-verordening en artikel 2 onder h-k van de SE-richtlijn.

²⁹⁰ Richtlijn, 94/45/EG, L254.

²⁹¹ Wet van 23 januari 1997 tot uitvoering van richtlijn nr. 94/45/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (Stbl. 1997, 32).

hebben, waarvan ten minste 150 in elke lidstaat, zijn onderworpen aan de EOR-richtlijn.²⁹² Vennootschappen die hier niet aan voldoen, vallen niet onder de reikwijdte van deze richtlijn. Met deze EOR-richtlijn worden werknemers in staat gesteld om een advies uit te brengen over zaken die van belang kunnen zijn voor het gehele concern of minstens voor twee vestigingen. Om dit te bewerkstelligen kan een EOR opgericht worden of een andere regeling betreffende de informatie en raadpleging van werknemers kan worden overeengekomen tussen de werknemers(vertegenwoordigers) en het hoofdbestuur.²⁹³ Indien een dergelijke overeenkomst niet tot stand komt, is de wetgeving van een EU-lidstaat van toepassing van een vennootschap die daar zijn hoofdzetel heeft. In de praktijk blijkt dat verreweg de meeste onderhandelingen leiden tot de oprichting van een EOR.²⁹⁴

Enkele tekortkomingen²⁹⁵ van de EOR-richtlijn hebben geresulteerd in de herziening hiervan. De Raad, het Europees Parlement en de Europese sociale partners hebben in 2008 overeenstemming bereikt over deze herziening. Deze nieuwe EOR-richtlijn²⁹⁶ is in juni 2009 in werking getreden.²⁹⁷ Sterk verbeterd is de definiëring van de informatie- en raadplegingsrechten. Daarnaast zijn de mogelijkheden vergroot voor het tijdig informeren en raadplegen van de EOR, zodat zij daadwerkelijk een degelijke analyse kan maken. In de nieuwe richtlijn is een duidelijkere definitie opgenomen van het begrip ‘transnationaal’²⁹⁸ en nationale en Europese informatie- en raadplegingsrechten moeten goed op elkaar aansluiten. Voorts brengt de richtlijn met zich mee dat werknemers meer faciliteiten krijgen voor wat betreft de ondersteuning bij onderhandelingen en scholing. Ten slotte moeten de taken en bevoegdheden van de nationale OR en de EOR door middel van deze richtlijn geformaliseerd worden.

Op dit moment zijn er ruim 100 ondernemingen met de hoofdzetel in Nederland, die onder het toepassingsbereik van de EOR-richtlijn vallen. Recente cijfers wijzen uit dat in Europa 1030 Europese ondernemingsraden actief zijn, waarvan 58 in Nederland.²⁹⁹ Uit onderzoek van Stoop c.s. blijkt dat het nalevingspercentage afneemt naarmate ondernemingen kleiner zijn en in mindere

²⁹² Zie artikel 1 lid 2 jo. artikel 2 lid 1 sub a van de EG-Richtlijn 94/45/EG, L254.

²⁹³ Zie artikel 1 lid 2 van de EG-richtlijn 94/45/EG, L254.

²⁹⁴ Kamerstukken II, 2010–2011, 32 705, nr. 3 (MVT).

²⁹⁵ Knelpunten in de toepassing van de oude EOR-richtlijn waren: Het niet naar behoren informeren en raadplegen van Europese ondernemingsraden, met name bij besluiten omtrent herstructurering van ondernemingen; het aantal ondernemingen met een Europese ondernemingsraad was relatief laag; met name bij fusies en overnames bestond er rechtsonzekerheid, dit leidde tot hogere kosten en vertraging en er was onvoldoende samenhang tussen de verschillende richtlijnen inzake informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemers. Zie hierover Kamerstukken II, 2010–2011, 32 705, nr. 3 (MVT) en COM(2000) 188.

²⁹⁶ Richtlijn 2009/38/EC.

²⁹⁷ Kamerstukken II, 2010–2011, 32 705, nr. 3 (MVT).

²⁹⁸ Zaken worden als transnationaal gekwalificeerd als ze van belang zijn voor de werknemers.

²⁹⁹ Europees vakbondsinstituut (ETUI), EOR databank, 5/2013, te raadplegen via www.ewcdb.eu.

mate internationaal actief zijn.³⁰⁰ Belanghebbenden kunnen in Nederland op grond van artikel 5 WEOR de Ondernemingskamer verzoeken tot naleving van deze wet, echter wordt in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt van deze bepaling.³⁰¹

Uit het onderzoek van Stoop c.s. blijkt dat er over het algemeen weinig conflicten zijn tussen de Nederlandse EOR en het management. Daarnaast is vast komen te staan dat de vakbeweging geen grote rol speelt bij de oprichting en het functioneren van de EOR. Als laatste kan geconcludeerd worden dat de EOR wel nuttig gevonden wordt, maar geen toegevoegde waarde heeft voor de nationale medezeggenschap.³⁰² Gesteld wordt dat de EOR wel een toegevoegde waarde kan hebben als zij betrokken wordt bij de voorbereiding en implementatie van 'belangrijke' grensoverschrijdende besluiten of het stellen van goede voorwaarden voor sociaal overleg.³⁰³ Tevens kan de EOR ingezet worden ter coördinatie en afstemming voor lokale medezeggenschapsorganen.³⁰⁴

Naast de EOR-richtlijn heeft de Europese Commissie een richtlijn³⁰⁵ opgesteld tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap. Werknemers(vertegenwoordigers) verkrijgen op grond van deze richtlijn informatie en raadplegingsrechten ten aanzien van: de recente en de waarschijnlijke ontwikkeling van de activiteiten en de economische situatie van de onderneming of vestiging, de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid evenals eventuele geplande anticiperende maatregelen en de beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten met zich mee kunnen brengen.³⁰⁶ Deze richtlijn is naar keuze van de lidstaten van toepassing op a) ondernemingen die in een lidstaat ten minste 50 werknemers in dienst hebben, of b) vestigingen die in een lidstaat ten minste 20 werknemers in dienst hebben.³⁰⁷ Deze richtlijn betreft een minimumharmonisatie, dat wil zeggen dat deze richtlijn minimale vereisten vastlegt voor het recht op informatie en raadpleging van werknemers. Voorts zijn de lidstaten vrij om de informatie- en raadplegingsmodaliteiten zelf verder in te vullen. Doordat de Wet op de ondernemingsraden (WOR), in vergelijking met richtlijn 2002/14/EG, veel meer

³⁰⁰ Stoop, Berendsen, Snel, van der Coelen en Tros 2008.

³⁰¹ Van Beurden, van Ees en Goodijk 2009, p.26.

³⁰² De EOR heeft geen toegevoegde waarde, omdat de nationale OR over het algemeen vrij veel informatie verkrijgt over grensoverschrijdende ontwikkelingen, zie hierover Stoop, Berendsen, Snel, van der Coelen en Tros 2008.

³⁰³ Stoop, Berendsen, Snel, van der Coelen en Tros 2008.

³⁰⁴ Stoop, Berendsen, Snel, van der Coelen en Tros 2008.

³⁰⁵ RICHTLIJN 2002/14/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap.

³⁰⁶ Zie artikel 4 lid 2 RICHTLIJN 2002/14/EG.

³⁰⁷ Zie artikel 3 lid 1 RICHTLIJN 2002/14/EG.

rechten en bevoegdheden toekent aan de werknemers(vertegenwoordigers), was slechts een zeer beperkt aantal aanpassingen van de WOR nodig voor de implementatie van deze richtlijn.³⁰⁸

4.4 Medezeggenschap met de Societas Europaea (SE)

Tot 2001 was er geen Europese standaard voor werknemersmedezeggenschap op het niveau van de raad van toezicht of het bestuursorgaan. Al tientallen jaren bleek het onmogelijk te zijn om hierover een consensus te bereiken tussen de Europese beleidsmakers. Na dertig jaar debatteren was er in 2001 een doorbraak met de goedkeuring van het statuut voor een Europese vennootschap³⁰⁹. De in 1994 bedachte arbeidsrechtelijke medezeggenschap (de EOR-richtlijn) heeft de doorslag gegeven voor de totstandkoming van de SE.³¹⁰ De wettelijke grondslag bestond uit een verordening³¹¹ en een bijhorende richtlijn³¹². De medezeggenschap was bij de discussie voor het aannemen van een Europese vennootschap een gevoelig onderwerp. Elke EU-lidstaat heeft namelijk eigen regelgeving omtrent de informatie aan, raadpleging van en medezeggenschap voor werknemers. Landen zoals Duitsland, Frankrijk, Nederland, Scandinavië, Oostenrijk vreesden voor het ontbreken van goede en degelijke werknemersrechten bij de SE.³¹³

De EG-Richtlijn is onlosmakelijk verbonden aan de SE-verordening. De verordening en de richtlijn schrijven namelijk voor dat de bestuursorganen van de oprichtende vennootschappen, voordat een SE kan worden opgericht, eerst in overleg dienen te treden met vertegenwoordigers van de werknemers over de 'rol van de werknemers'³¹⁴ in de SE.³¹⁵ Met de SE-richtlijn wordt met medezeggenschap niet het brede begrip medezeggenschap bedoeld, zoals wij dat in Nederland kennen. In de SE-richtlijn wordt onder medezeggenschap verstaan: de invloedsuitoefening door werknemers op de samenstelling van het bestuursorgaan (monistisch bestuursmodel) of het toezichthoudende orgaan (dualistisch bestuursmodel) van de rechtspersoon via het recht van aanbeveling en/of bezwaar, benoeming en verkiezing.³¹⁶

³⁰⁸ Kamerstukken II 2003/2004, 29 364, nrs. 1-2.

³⁰⁹ Ook wel Societas Europaea genoemd, of kortweg: SE.

³¹⁰ Witteveen 2009, p.1.

³¹¹ VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

³¹² 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.

³¹³ Wolters en Cremers 2010, p.42.

³¹⁴ Onder 'rol van werknemers' wordt verstaan 'iedere procedure, met inbegrip van informatie, raadpleging en medezeggenschap, waardoor de vertegenwoordigers van werknemers in staat worden gesteld invloed uit te oefenen op de binnen de SE te nemen besluiten'. Artikel 1 lid 1 Uitvoeringswet RL.

³¹⁵ Zie artikel 3 lid 1 van RICHTLIJN 2001/86EG (Pb EG, L294/22).

³¹⁶ Witteveen 2009, p.1.

Op vier verschillende manieren kan de oprichting van een SE geschieden.³¹⁷ Een SE kan worden opgericht door een fusie, door het oprichten van een holding of een dochtervennootschap en door omzetting van een NV in een SE, mits de NV een dochteronderneming of een vestiging in een andere lidstaat heeft. Kenmerkend voor de oprichting van een SE is dat er sprake moet zijn van een communautaire dimensie. Met andere woorden moet het ten minste gaan om twee vennootschappen die onder het recht van verschillende lidstaten vallen. Hierna worden de kernpunten van de regeling van de rol van de werknemers bij de SE weergegeven.

De SE-regelgeving tracht de medezeggenschapsrechten van werknemers van de SE op Europees niveau te reguleren. Werknemers van een SE hebben het recht op informatie en raadpleging en kunnen medezeggenschap uitoefenen binnen een SE. Primair wordt dit bewerkstelligd door regelingen, betreffende de rol van de werknemers in de SE, in een schriftelijke overeenkomst vast te leggen.³¹⁸ Een bijzondere onderhandelingsgroep (BOG) wordt opgericht en bestaat uit een aantal vertegenwoordigers van werknemers die werkzaam zijn bij de deelnemende vennootschappen, dochtermaatschappijen of vestigingen. Per lidstaat wordt één lid gekozen of aangewezen voor elke tien procent, of een deel daarvan, van de werknemers die werkzaam zijn in een lidstaat.³¹⁹ ³²⁰

De nadruk van de SE-richtlijn ligt op zelfregie, echter als de onderhandelingspartijen niet binnen zes maanden³²¹ tot overeenstemming komen is er een vangnet. Een SE kan dan slechts worden opgericht als de regeling omtrent de 'rol van werknemers' is ingericht in overeenstemming met de referentievoorschriften³²² of wanneer de BOG afziet van de onderhandelingen over een overeenkomst of de onderhandelingen heeft beëindigd.³²³ Deze referentievoorschriften zijn van

³¹⁷ Zie artikel 2 lid 1 tot en met 4 van VERORDENING (EG) Nr. 2157/2001 VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

³¹⁸ Een dergelijke overeenkomst wordt gesloten tussen de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen en de bijzondere onderhandelingsgroep (BOG). Zie artikel 3 van RICHTLIJN 2001/86EG (Pb EG, L294/22) en artikel 1:8 jo. 1:11 Uitvoeringswet RL.

³¹⁹ Het aantal zetels wordt berekend over het totaal aantal werknemers dat bij de deelnemende vennootschappen, betrokken dochterondernemingen en vestigingen in alle lidstaten tezamen in dienst zijn. Artikel 3 lid 2 sub a onder i.

³²⁰ Voorbeeld: Vennootschap A en vennootschap B besluiten te fuseren tot een SE. Beide vennootschappen hebben werknemers in Nederland, Duitsland, België en Luxemburg. Vennootschap A heeft in totaal 7000 werknemers verspreid over de verschillende lidstaten: In Nederland 3000, in Duitsland 2000, in België 800 en in Luxemburg 1200. Vennootschap B heeft in totaal 3000 werknemers verspreid over de verschillende lidstaten: in Nederland 500, in België 1500 en in Luxemburg 1000. Het totaal aantal werknemers werkzaam in de verschillende lidstaten bedraagt 10000. Dit betekent dat 1000 werknemers (namelijk 10% van het totaal aantal werknemers) of een gedeelte daarvan een zetel dient te worden toegekend aan de vertegenwoordigers van alle bij de oprichting van de SE betrokken werknemers. Dit houdt in dat bijvoorbeeld Nederland, waar 3500 werknemers werkzaam zijn in vennootschap A en B tezamen, recht heeft op vier zetels ($3500:1000 = 3,5$ hetgeen naar boven wordt afgerond) en België, waar 2300 werknemers zijn in vennootschap A en B tezamen, bijvoorbeeld recht heeft op drie zetels ($2300:1000=2,3$).

³²¹ De onderhandelingspartijen kunnen deze periode in gezamenlijk overleg verlengen tot maximaal één jaar. Zie Artikel 5 van Richtlijn 2001/86EG (Pb EG, L294/22).

³²² Op grond van de referentievoorschriften is het verplicht om een SE-ondernemingsraad in te stellen, daarnaast is raadpleging van en informatieverschaffing aan deze SE-Ondernemingsraad verplicht. Tevens dient er op SE-niveau medezeggenschap te worden ingevoerd, als er ten tijde van de oprichting van de SE relevante medezeggenschap bestaat bij de oprichtende vennootschappen.

³²³ Laagland 2009, p.2.

dwingend recht en bepalen dat het ‘hoogste aantal’ aan medezeggenschapsrechten, dat voorafgaand aan de oprichting van de SE bestond, van toepassing is op de opgerichte SE. De SE bestaat juridisch pas als deze is ingeschreven in het Handelsregister en een SE kan pas worden ingeschreven als is voldaan aan het sluiten van een overeenkomst, dan wel aan de referentievoorschriften.³²⁴

Inperking van de rechten van werknemers,³²⁵ zoals die bestaan bij de oprichtende vennootschappen op het moment van oprichting van de SE, dient te worden voorkomen en wordt gewaarborgd door het zogenaamde ‘voor en na-beginsel’. Dit beginsel is alleen van toepassing bij de oprichting van een SE, middels de omzetting van een bestaande vennootschap en houdt in dat het bestaande medezeggenschapsrecht voor werknemers tenminste van hetzelfde niveau blijft en niet slechter mag worden.³²⁶ Het ‘voor en na-beginsel’ wordt beoordeeld aan de hand van de zogenaamde ‘hoogste aantal-doctrine’.³²⁷ Dit criterium is opmerkelijk, omdat de kwaliteit van de medezeggenschap enkel wordt gemeten aan de hand van een kwantitatief criterium. Volgens Laagland en Witteveen kan het gebruik van ‘hoogste aantal-doctrine’ tot een onjuiste beoordeling leiden.³²⁸ Deze onjuiste beoordeling speelt bij de situatie dat een Duitse en Nederlandse onderneming een SE gaan oprichten. Met het ‘voor en na-beginsel’, waarbij het kwantitatieve criterium wordt gebruikt om te beoordelen wie de hoogste vorm van medezeggenschapsrechten kent, blijkt Nederland in het voordeel te zijn bij de oprichting van een SE door een Duitse en Nederlandse onderneming. In Nederland hebben de ondernemingsraden, naast de bevoegd om leden van de raad van toezicht te nomineren voor een derde van het totaal aantal toezichthouders, een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van andere kandidaten voor de benoeming van leden van de raad van toezicht.³²⁹ ³³⁰ De Nederlandse ondernemingsraad (OR) heeft dus medezeggenschapsrechten met betrekking tot alle leden van de raad van toezicht, terwijl de Duitse OR en vakbonden slechts medezeggenschapsrechten kunnen hebben tot een maximum van de helft van het totale aantal toezichthouders.³³¹ Als men zou kijken naar het effect in de praktijk van het Nederlandse structuurregime ten opzichte van het Duitse medezeggenschapssysteem, zal men al

³²⁴ Zie artikel 3 lid 3 van Richtlijn 2001/86EG (Pb EG, L294/22).

³²⁵ De SE-richtlijn heeft een zuiver kwantitatief criterium voor de uitleg van het begrip “inperking”. Van inperking is sprake als het aantal leden dat het recht heeft op benoeming, verkiezing dan wel aanbeveling of het recht op bezwaar minder is dan het hoogste aantal ten aanzien van wie dit recht geldend gemaakt kan worden bij de deelnemende vennootschappen. Witteveen 2004, p. 166.

³²⁶ Wolters en Cremers 2010, p.42.

³²⁷ ‘Hoogste aantal doctrine’: Het aantal leden van het toezichthoudend orgaan of bestuursorgaan van de SE dat door werknemersvertegenwoordigers gekozen kan worden of kan worden benoemd, op grond van de voorliggende overeenkomst mag niet lager zijn dan het hoogste aantal leden ten aanzien waarvan werknemersvertegenwoordigers medezeggenschap konden uitoefenen in de deelnemende vennootschappen. Zie hierover Roest 2005, p.151.

³²⁸ Zie hierover Laagland 2012, p.2 en Witteveen 2009, p.2.

³²⁹ Van der Sangen 2006, p. 201.

³³⁰ Zie hierover nader paragraaf 5.3.

³³¹ Zie hierover nader paragraaf 4.6.1.

snel kunnen concluderen dat Duitsland de hoogste vorm van medezeggenschap heeft.³³² Het kwantitatieve beoordelingscriterium schiet hierin te kort. In het kader van het doel van het 'voor en na-beginsel' moet het beoordelingscriterium geïnterpreteerd worden als een distributief criterium, dit wordt tevens betoogd door Van der Sangen.³³³ Dit criterium houdt in dat indien werknemers voor de Nederlandse vorm van medezeggenschap kiezen, het hoogste percentage van die medezeggenschap in de deelnemende ondernemingen van toepassing zou moeten zijn. Het kwantitatieve beoordelingscriterium moet vervangen worden door een kwalitatief beoordelingscriterium. Mijn inziens zou de feitelijke situatie in de deelnemende vennootschappen ten tijde van de medezeggenschap van werknemers beslissend moeten zijn en niet het kwantitatieve criterium, waarbij gekeken wordt naar het theoretische maximale haalbare aantal leden waarvoor deze rechten zouden kunnen gelden. Dit kwalitatieve beoordelingscriterium moet dan ook worden geïnterpreteerd als een distributief criterium, zodat de hoogste vorm van medezeggenschap tevens van toepassing is op de deelnemende ondernemingen.

Al deze elementen over de medezeggenschapsrechten van werknemers bij de SE maken deze regeling tot een zeer complexe materie. Deze complexiteit heeft het gevolg dat de SE minder aantrekkelijk is als middel voor grensoverschrijdende mobiliteit. Ondanks deze complexiteit worden er in absolute zin steeds meer SE's opgericht in Europa. Als men kijkt naar het aantal opgerichte SE's valt het op dat veruit de meeste geregistreerde SE's in Tsjechië zijn opgericht.³³⁴ Onder die geregistreerde SE's bevinden zich ook 'lege' en 'voorraad' SE's.³³⁵ Dat is opmerkelijk, omdat deze SE's volgens de SE-richtlijn niet kunnen worden opgericht. Voor de oprichting van een SE moet er zijn onderhandeld met een BOG en aangezien er binnen de 'lege' en 'voorraad' SE's geen werknemers actief zijn, zijn dergelijke onderhandelingen niet mogelijk. Dergelijke SE's worden opgericht door gespecialiseerde bureaus,³³⁶ om deze vervolgens te verkopen aan geïnteresseerde ondernemingen. Het voordeel van het kopen en gebruiken van een dergelijke SE is dat er niet onderhandeld hoeft te worden over de rol van de werknemers en dat er flink bespaard wordt op de administratieve lasten die een dergelijke oprichting met zich mee kan brengen. Onderzoekers hebben geconcludeerd dat de SE-regelgeving geen goede bescherming biedt voor reeds bestaande medezeggenschapsrechten en daarnaast mogelijkheden biedt voor het omzeilen van nationale

³³² Zie hierover van der Sangen 2006, p. 201.

³³³ Van der Sangen 2006, p. 201.

³³⁴ Op 11 april 2013 zijn er in totaal 1776 SE's geregistreerd. Tsjechië is veruit de koploper met het aantal opgerichte SE's, namelijk 1215. Zie www.worker-participation.eu.

³³⁵ Een 'lege' SE heeft geen werknemers ten tijde van de oprichting en een 'voorraad' SE is niet geactiveerd en daar vinden geen economische activiteiten plaats. Zie hierover E. Wolters en J. Cremers, 'De Europese vennootschap (SE) in Nederland: Kansen en risico's voor medezeggenschap', Zeggenschap juni 2010, p. 42.

³³⁶ Zie www.czechcompanies.cz/en.

medezeggenschapsrechten.³³⁷ Het lijkt erop dat de SE gebruikt kan worden voor het vermijden van medezeggenschapsrechten en het bevriezen van huidige medezeggenschapsrechten.³³⁸ Ondernemingen kunnen zich, met betrekking tot het vermijden van medezeggenschapsrechten, omzetten in een SE nog voordat zij de drempel hebben bereikt, die anders tot de introductie van medezeggenschapsrechten had geleid. Daarnaast kan de SE een uitkomst bieden voor ondernemers, indien werknemers(vertegenwoordigers) reeds aanspraak kunnen maken op nationale medezeggenschapsrechten en de ondernemer een verhoging van de medezeggenschapsrechten wil voorkomen.³³⁹

Na oprichting wordt een bestaande SE niet langer beheerst door de SE-richtlijn en de implementatiewetgeving. Onduidelijkheden kunnen ontstaan bij een ingrijpende herstructurering of een fusie die plaats vindt bij een bestaande SE. Inperking van werknemersrechten kan plaatsvinden als bestaande vennootschappen met medezeggenschap onder een SE terechtkomen zonder medezeggenschap, waardoor onderhandelingen met de werknemers niet langer verplicht is. De Kluiver geeft het volgende voorbeeld dat aantoont dat het systeem van de SE-richtlijn niet waterdicht is.³⁴⁰ In dit voorbeeld wordt uitgegaan van een concern waarbinnen de subholding is omgezet in een SE met een volledig of beperkt structuurregime. (1) De holding NV richt een buitenlandse dochter op in land B; (2) De holding verplaatst de zetel van de dochter-SE naar land B; (3) De buitenlandse dochter B fuseert met de dochter-SE; (4) Een buitenlandse dochter B blijft over die niet is onderworpen aan enige medezeggenschapsregeling. De SE-richtlijn voorziet wel in een bepaling die de lidstaten verplicht om een regeling op te nemen waarmee misbruik van de SE wordt voorkomen.³⁴¹ In Nederland heeft men de regels betreffende de bescherming van de 'rol van de werknemers' uitgebreid tot de fase na de SE-oprichting.³⁴² Bij structurele veranderingen in de SE vindt er heronderhandeling plaats over de gesloten overeenkomst omtrent de rol van de werknemers in de SE.³⁴³ Sinds de oprichting van het SE-statuut hebben in Duitsland een aantal grote ondernemingen zich omgevormd tot een SE. Enkele voorbeelden zijn DAF, Allianz, Porsche en BASF. Vaak zijn medezeggenschapsovereenkomsten gesloten voor een periode van 5 tot 7 jaar.³⁴⁴ Deze overeenkomsten zijn in 2006/2007 gesloten en komen langzaam maar zeker ten einde. De vraag die dan rijst is welke juridische consequenties het aflopen of het beëindigen van een

³³⁷ Kluge & Stollt 2011 en Keller & Werner 2010.

³³⁸ Conchon 2011, p.35.

³³⁹ Kluge & Stollt 2011.

³⁴⁰ De Kluiver 2004, p.73.

³⁴¹ Zie artikel 11 van Richtlijn 2001/86EG (Pb EG, L294/22).

³⁴² Witteveen 2009, p.2.

³⁴³ Artikel 1:19 Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen.

³⁴⁴ Kiem 2012, p.18.

dergelijke overeenkomst heeft. Over het algemeen worden in de medezeggenschapsovereenkomst bepalingen opgenomen die hier betrekking op hebben en dit reguleren.³⁴⁵ De partijen stellen dan een termijn vast, waardoor de bepalingen uit de overeenkomst van toepassing blijven totdat er een nieuwe overeenkomst wordt gesloten. In het SE-statuut is geen regeling opgenomen die ingaat op de situatie dat de medezeggenschapsovereenkomst eindigt en de partijen geen overeenkomstige contractuele regeling zijn overeengekomen. Indien de overeenkomst eindigt kunnen de werknemers(vertegenwoordigers) geen aanspraak maken op heronderhandeling over de medezeggenschapsovereenkomst. Het vervallen van deze overeenkomst kan tot gevolg hebben dat werknemers(vertegenwoordigers) niet langer aanspraak kunnen maken op medezeggenschapsrechten binnen de SE.³⁴⁶

4.5 Medezeggenschap en de Tiende EG-richtlijn

In vergelijking met de SE-richtlijn presenteert de tiende EG-richtlijn³⁴⁷ een ander beeld voor wat betreft de medezeggenschap van werknemers op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht. Het uitgangspunt van deze richtlijn is dat de vennootschap, die is ontstaan als gevolg van een grensoverschrijdende fusie, onderworpen is aan de regelgeving omtrent medezeggenschap van werknemers die van toepassing is in de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft.³⁴⁸ Zonder corrigerende maatregelen zou het voor vennootschappen in Europa eenvoudig zijn om werknemersmedezeggenschap te ontwijken.³⁴⁹ Om dit te voorkomen voorziet de tiende EG-richtlijn in een beschermingsmechanisme.³⁵⁰ Op het eerste gezicht lijkt deze regeling zeer vergelijkbaar met de SE-richtlijn. Toch hebben geringe verschillen³⁵¹ tussen de medezeggenschapsbepalingen van de twee richtlijnen er voor gezorgd dat deskundigen en waarnemers spreken van een stap achteruit ten opzichte van de SE-richtlijn.³⁵² Doordat de betrokken organen van de fuserende vennootschappen zich rechtstreeks kunnen onderwerpen aan de referentievoorschriften van de SE-richtlijn, wordt door het uitsluiten van de onderhandelingen

³⁴⁵ Wolters en Cremers 2010, p.1.

³⁴⁶ Kiem 2012, p.18.

³⁴⁷ RICHTLIJN 2005/56/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 oktober 2005betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

³⁴⁸ Artikel 16 lid 1 richtlijn 2005/56/EG.

³⁴⁹ Vennootschappen kunnen zich op grond van het recht op vrije vestiging in een andere lidstaat vestigen die in mindere mate of zelfs geen medezeggenschapsrechten heeft in vergelijking met de lidstaat van herkomst. Op deze wijze kunnen zij de rechten voor werknemersmedezeggenschap ontwijken.

³⁵⁰ Zie artikel 16 lid 2 richtlijn 2005/56/EG.

³⁵¹ Twee belangrijke verschillen zijn: (1) De drempel van 25 procent (dit is het percentage van de werknemers die gedekt worden door een medezeggenschapsovereenkomst) dat is neergelegd in artikel 7 van de SE-richtlijn wordt verhoogd tot 33 procent. Dit betekent dat de bescherming van werknemersmedezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies wordt verlaagd. (2)De Algemene Vergadering van Aandeelhouders heeft het recht om ervoor te kiezen zich zonder voorafgaande onderhandelingen rechtstreeks te onderwerpen aan de SE-richtlijn. Zie hierover Hustinx en Spliet 2008, p. 22.

³⁵² Van het Kaar 2011, p. 193-201 en Cremers en Wolters 2011.

de mogelijkheid van op maat gesneden werknemersmedezeggenschap uitgesloten.³⁵³ Tot op het heden is er nog geen empirische studie geweest die de toepassing van de tiende EG-richtlijn heeft geëvalueerd. Dankzij de European Company Database (<http://ecdb.worker-participation.eu/>) is een evaluatie van de SE-richtlijn wel mogelijk.³⁵⁴ In juli 2011 heeft de Europese Commissie de Europese sociale partners gevraagd om een evaluatie van de SE-richtlijn. De sociale partners antwoordden in oktober 2011. BUSINESSEUROPE heeft aan de Europese Commissie geadviseerd om prioriteit te geven aan de vereenvoudiging van de SE regelgeving, terwijl het Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV) heeft gevraagd om een voortzetting van de dialoog over het verbeteren van de SE regels (zowel de richtlijn en de verordening).³⁵⁵ In het rapport worden drie problematische gebieden geconstateerd met betrekking tot de regels voor medezeggenschap van werknemers in de SE-richtlijn: (a) De procedure voor de betrokkenheid van werknemers is te complex, (b) er is gebrek aan rechtszekerheid betreffende een aantal aspecten van de onderhandelingsprocedure, en (c) de bezorgdheid dat het gebruik van de SE de nationale medezeggenschapsrechten van werknemers kan ondermijnen.³⁵⁶

4.6 Medezeggenschap in andere EER-Landen

Deze paragraaf wordt volledig gewijd aan de medezeggenschapsrechten in Europa, zodat in hoofdstuk vijf van deze scriptie de medezeggenschapsrechten in Nederland vergeleken kunnen worden met die van andere EER-Landen. Hierbij wordt enkel de invloed van werknemers op strategische besluiten in de onderneming besproken. Medezeggenschap op het niveau van de werkvloer en medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht zullen hierbij centraal staan. Uit The European Participation Index (EPI) blijkt dat de dertig landen, waarop de SE wetgeving van toepassing is, onderverdeeld kunnen worden in drie groepen. Namelijk: Landen met een breed toepassingsbereik van medezeggenschap³⁵⁷, landen met beperkte medezeggenschap³⁵⁸ en landen die geen medezeggenschap op bestuursniveau hebben³⁵⁹. Tot op het heden heeft geen enkele studie uitgewezen welk niveau van gehanteerde medezeggenschapsrechten beter is voor de

³⁵³ Van het Kaar 2011, p.193-201.

³⁵⁴ Conchon 2011.

³⁵⁵ 'Social partner 2011 consultation SE Directive', <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Review-2010-13/Social-partner-2011-consultation-SE-Directive>.

³⁵⁶ J. Cremers, *Questions related to the review of the SE Directive – Basic considerations for the Social Partners' consultation*, ETUI aisbl: Brussels 2011, p.10-13.

³⁵⁷ Deze landen zijn: Oostenrijk, Tsjechië, Denemarken, Finland, Duitsland, Hongarije, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Slowakije, Slovenië en Zweden.

³⁵⁸ Deze landen zijn: Frankrijk, Griekenland, Ierland, Polen, Portugal en Spanje.

³⁵⁹ Deze landen zijn: België, Bulgarije, Cyprus, Estland, IJsland, Italië, Letland, Liechtenstein, Litouwen, Malta, Roemenië en het Verenigd Koninkrijk.

economische prestaties van een onderneming. Onderzoekers kunnen geen causaal verband aantonen.³⁶⁰

De medezeggenschap van werknemers wordt, naast de onderhandelingen tussen de onderneming en de werknemers (vertegenwoordigers), gewaarborgd door het voor- en na beginsel en hierbij prevaleert de hoogste vorm van medezeggenschap. De vraag die gesteld dient te worden is: welke vormen van medezeggenschap hanteren andere EEG-landen en wie heeft de hoogste vorm van medezeggenschap? Vanwege de omvang van mijn scriptie heb ik mij beperkt tot vijf EER-Landen. Landen zoals Duitsland, Zweden, Frankrijk België en het Verenigd Koninkrijk zullen aan bod komen. Getracht wordt om met deze vergelijking te bepalen wie van de onderzochte EU-lidstaten de hoogste vorm van medezeggenschap heeft.

4.6.1 *Duitsland*

In Duitsland kunnen twee vormen van medezeggenschap worden onderscheiden. Namelijk de medezeggenschap op het niveau van de werkvloer (de zogenoemde betriebliche Mitbestimmung) en medezeggenschap op het niveau van de raad van toezicht (de zogenoemde Unternehmensmitbestimmung).³⁶¹

In het kader van de medezeggenschap op het niveau van de werkvloer kan op grond van de Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) in elke private sector³⁶² een Betriebsrat (OR) worden ingesteld, mits er ten minste 5 werknemers in dienst zijn.³⁶³ Deze wet gaf de ondernemingsraden geen medezeggenschap over financiële- en productieproblemen en verleende de werknemers één derde van de zetels in de raad van toezicht. De Duitse ondernemingsraden zijn unitaire vertegenwoordigende organen van alle werknemers, behalve van management personeel. Zij zijn formeel onafhankelijk van zowel vakbonden als werkgevers.³⁶⁴ De Duitse OR vergadert minstens één keer per maand met de werkgever, hierbij heeft zij een algemeen informatie- en consultatierecht.³⁶⁵ Op een aantal gebieden heeft de Duitse OR zelfs een medebeslissingsrecht. Dit betekent dat het management geen beslissingen kan nemen zonder de instemming van de OR. Indien dit wel gebeurd kan deze beslissing onwettig worden verklaard door de arbeidsrechtbank.

³⁶⁰ Conchon 2011, P. 16-18.

³⁶¹ Rhona Fob 2007, p. 149.

³⁶² Tot 1995 was er geen wet die de medezeggenschap voor de publieke sector reguleerde. Daarna kwamen er wetten van ondernemingsraden in de publieke sector die in grote lijnen een vergelijkbare structuur hebben.

³⁶³ Zie artikel 1 lid 1 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist".

³⁶⁴ Etui 2013, <<http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Workplace-Representation>>.

³⁶⁵ Zie artikel 74 lid 1 Betriebsverfassungsgesetz.

³⁶⁶ Indien de werkgever en de OR het niet eens kunnen worden over een specifieke medebeslissingskwestie wordt de zaak overgedragen aan een bemiddelingscommissie (Einigungsstelle) ³⁶⁷. De uitspraak van deze commissie is bindend, tenzij één van de partijen deze beslissing laat wijzigen door de rechter van de arbeidsrechtbank.

Medezeggenschap neemt vaak de vorm aan van een overeenkomst (Betriebsvereinbarung). Een dergelijke overeenkomst kan handig zijn als bepaalde kwesties niet gedekt worden door een collectieve overeenkomst. ³⁶⁸ In artikel 87 van de BetrVG wordt bepaald wanneer de Duitse OR medezeggenschap kan uitoefenen. De precieze rechten van de OR variëren van gebied tot gebied. De rechten zijn het sterkst in de sociale sector, de organisatie van uren, vakantie, wijze van betaling etc. Zij zijn het zwakst op het gebied van economische kwesties. ³⁶⁹ Het BetrVG is in juli 2001 gewijzigd in Duitsland. De wijziging van het BetrVG betrof onder meer de instelling van groepsondernemingsraden, medezeggenschap voor uitzendkrachten bij het inlenende bedrijf en de verkiezingsprocedure bij kleine ondernemingen. Daarnaast zijn de faciliteiten uitgebreid en bij nieuwe onderwerpen moet de OR geraadpleegd worden. ³⁷⁰

Medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht is sterk verankerd in de Duitse wetgeving. De medezeggenschap van strategische besluiten verloopt niet via de Betriebsrat, maar via het wettelijke stelsel van de werknemersvertegenwoordiging van de Aufsichtsrat (raad van toezicht). ³⁷¹ De relevante bepalingen omtrent de taak en functie van de Duitse raad van toezicht zijn te vinden in de Aktiengesetz (AktG). ³⁷² In Duitsland zijn de werknemers direct vertegenwoordigd in de raad van toezicht. Deze vorm van medezeggenschap wordt door drie verschillende wetten gereguleerd. De toepasselijke wetgeving is afhankelijk van het type en de grootte van een onderneming.

De meest verstrekkende medezeggenschap bestaat in de mijnbouw en de ijzer- en staal producerende industrie, volgens de Montan-Mitbestimmungsgesetz ³⁷³ dat in 1951 tot stand kwam.

³⁶⁶ Knudsen 1995, p.37.

³⁶⁷ In deze Einigungsstellen zitten een gelijk aantal door de ondernemingsraad en de werkgever gekozen leden. Daarnaast is de voorzitter benoemd door beide partijen. Zie artikel 76 Betriebsverfassungsgesetz.

³⁶⁸ Zie artikel 77 Betriebsverfassungsgesetz.

³⁶⁹ Etui 2013, < <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Workplace-Representation>>.

³⁷⁰ Etui 2013, < <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Workplace-Representation>>.

³⁷¹ Van het Kaar 2009, p.135.

³⁷² De belangrijkste taken van de Duitse RvC zijn om toezicht te houden, te adviseren en om het bestuur te controleren (artikel 111 (i) AktG). De RvC kunnen de bestuurders benoemen en ontslaan (artikel 84 AktG). Bovendien kunnen bepaalde beslissingen van het bestuur alleen worden genomen met instemming van de RvC, (artikel 111 (IV) (2) AktG).

³⁷³ Formeel gezien bestaat de Montan-Mitbestimmungserganzungsgesetz nog steeds voor groepen van bedrijven waarvan de vereniging behoort tot de kolen-en staalindustrie, maar waar het hoofd van de groep zelf geen onderdeel is van de kolen-en staalindustrie. Doordat

³⁷⁴ Op grond van deze wetgeving worden de leden van de Aufsichtsrat, van ondernemingen met meer dan 1000 werknemers, benoemd door de aandeelhouders en werknemers. ³⁷⁵ Het betreft hier een systeem van quasi-pariteit. ³⁷⁶ In 1976 werd met de Mitbestimmungsgesetz deze vorm van medezeggenschap uitgebreid tot alle ondernemingen met meer dan 2000 werknemers. ³⁷⁷ Ook hier is sprake van een systeem van quasi-pariteit. Medezeggenschap op grond van de Mitbestimmungsgesetz is zwakker dan de Montan-Mitbestimmungsgesetz, vanwege het feit dat de voorzitter, die aangesteld wordt door de aandeelhouders, een beslissende stem heeft wanneer de stemmen in de Aufsichtsrat staken. ³⁷⁸ In 1952 werd met de BetrVG de medezeggenschap uitgebreid naar andere sectoren. Op grond van deze wet hebben werknemers het recht om een derde van de leden van de Aufsichtsrat te benoemen, bij ondernemingen met tussen de 500 en 2000 werknemers. In 2004 is de Drittelbeteiligungsgesetz opgesteld die de zogenoemde “drittelparitatische Mitbestimmung” reguleert. ³⁷⁹ De Duitse medezeggenschap is tevens sterk door de positie van de vakbonden. Een sterke link bestaat tussen de vakbonden en de OR-leden, omdat vrijwel alle OR-leden ook vakbondslid zijn. In Duitsland is maar liefst 96 procent van de OR-leden vakbondslid. ³⁸⁰

4.6.2 Zweden

Naast Duitsland kent Zweden een lange traditie van medezeggenschapsrechten van werknemers. In Zweden kent men geen OR. ³⁸¹ Deze medezeggenschap van werknemers is voornamelijk gebaseerd op vrijwillige onderhandelingen tussen de werknemers (vakbonden) en werkgevers, ³⁸² waarbij de vakbonden de belangen van de werknemers trachten te behartigen. Akkoorden tussen de werknemers en de werkgevers zijn over het algemeen belangrijker dan de wetgeving op centraal niveau. ³⁸³ Vakbonden spelen een grote rol, omdat circa 80% van de werknemers lid is van een vakbond. De bonden zijn traditioneel nauw gelieerd aan de Sociaal-Democratische Partij. ³⁸⁴ In 1977 zijn de bevoegdheden van de vakbonden vastgelegd in de Act on Co-determination at Work

Mannesmann AG sinds 1999 buiten de scope van deze wet valt, is er geen Duitse onderneming meer die onderworpen is aan de bepalingen van deze regeling.

³⁷⁴ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation>.

³⁷⁵ Zie artikel 1 lid 2 van de Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan Mitbestimmungsgesetz).

³⁷⁶ Hiermee wordt bedoeld dat er evenveel leden van de Aufsichtsrat moeten zijn, die de aandeelhouders vertegenwoordigen als die de werknemers vertegenwoordigen. Zie hierover Rhona Fob 2012, p. 149.

³⁷⁷ Zie artikel 1 lid 1 van het Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) en Van het Kaar 2009, p.135.

³⁷⁸ Zie artikel 27 lid 2 van de Mitbestimmungsgesetz.

³⁷⁹ De Drittelbeteiligungsgesetz is te raadplegen via: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/drittelbg/gesamt.pdf>.

³⁸⁰ Coelen en Snel 2010, p.18-19.

³⁸¹ J. Heijink 2009, p.61.

³⁸² Rönmar 2009, p. 2 en Van het Kaar 2007, p.13.

³⁸³ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Sweden/Workplace-Representation>.

³⁸⁴ Van de Pas en van Deijk 2008/1, p.24.

(MBL).³⁸⁵ Deze wet bevat geen reeks van gedetailleerde voorzieningen, maar slechts een aantal algemene bepalingen. De wet legt een serie verplichtingen op aan de werkgever omtrent de informatie en consultatie van werknemers. De werkgever is verplicht om de vakbond te informeren over haar algemene economische situatie, productieniveau en het personeelsbeleid.³⁸⁶ Omtrent de raadpleging van de vakbonden is een werkgever verplicht om te onderhandelen met de lokale vakbond, waarmee zij een collectieve overeenkomst heeft, voordat er belangrijke wijzigingen van de activiteiten van de werkgever doorgang vinden en voordat er significante veranderingen worden doorgevoerd in de werk of arbeidsvoorwaarden voor de werknemers.³⁸⁷ De vakbond heeft slechts op één gebied een vetorecht. Zij kan het gebruik van onderaannemers die geen directe werknemers zijn verbieden, tenzij er een reële behoefte bestaat aan dergelijke arbeidskrachten. Bijvoorbeeld als er behoefte is aan gespecialiseerde arbeidskrachten of aan arbeidskrachten voor een korte termijn.

Werknemersvertegenwoordiging op het niveau van het bestuursorgaan of de raad van toezicht is wijdverspreid in Zweden, dat een one-tier board systeem heeft. De meest recente wetgeving dateert uit 1987 en geldt voor ondernemingen met meer dan 25 werknemers.³⁸⁸ Werknemers hebben het recht op grond van deze wet om twee bestuursleden te kiezen en twee plaatsvervangers. Dit aantal stijgt van twee naar drie, indien het een onderneming betreft met meer dan 1.000 werknemers.³⁸⁹ Noemenswaardig is het feit dat werknemersvertegenwoordigers nooit in de meerderheid mogen zijn ten opzichte van andere bestuurders.³⁹⁰ Doordat op het niveau van de werkvloer alle medezeggenschapsrechten worden toebedeeld aan de vakbonden, hebben zij het recht om werknemersvertegenwoordigers in de raad van bestuur te kiezen.³⁹¹ In de praktijk bestaat over het algemeen, bij drie vierde deel van de ondernemingen met meer dan 35 werknemers, het bestuursorgaan voor circa een derde uit werknemersvertegenwoordigers.³⁹² Werknemersvertegenwoordigers hebben bij de meeste kwesties dezelfde rechten als de aandeelhoudersvertegenwoordigers van een vennootschap. Indien er besprekingen plaatsvinden met betrekking tot collectieve onderhandeling of andere zaken waar er een duidelijk

³⁸⁵ Zie Van het Kaar 2007, p.13, Van de Pas en van Deijk 2008/1, p.24 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Sweden/Workplace-Representation>.

³⁸⁶ In de 'agreement on efficiency and participation' (Utvecklingsavtalet) van 1982 wordt nader omschreven welke informatie verstrekt moet worden aan de vakbonden.

³⁸⁷ Rönmar2009, p. 2 en Van het Kaar 2007, p.13.

³⁸⁸ Zie artikel 4 van Board Representation (Private sectoremployees) Act (SFS 1987:1245).

³⁸⁹ Zie artikel 4 van Board Representation (Private sectoremployees) Act (SFS 1987:1245) en Van het Kaar 2007, p.14.

³⁹⁰ "The employees' entitlement to board representation pursuant to the first paragraph may not, however, result in the number of employee representatives exceeding the number of other board representatives." Zie artikel 4 van Board Representation (Private sectoremployees) Act (SFS 1987:1245).

³⁹¹ Zie artikel 6 van Board Representation (Private sectoremployees) Act (SFS 1987:1245); Van het Kaar 2007, p.14 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Sweden/Workplace-Representation>.

³⁹² Zie Van het Kaar 2007, p.14 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Sweden/Workplace-Representation>.

belangenconflict bestaat tussen de onderneming en de vakbond, dan kunnen de werknemersvertegenwoordigers hieraan niet deelnemen.³⁹³ Het ontbreken van een vetorecht bij de vakbonden betekent dat zij een beslissing die met een meerderheid is genomen niet kunnen stoppen.³⁹⁴

4.6.3 Frankrijk

Frankrijk heeft een complex systeem van werknemersvertegenwoordiging op het niveau van de werkvloer. Werknemers hebben in Frankrijk medezeggenschap in een onderneming middels de OR, de personeelsafvaardiging en de vakbondsafvaardiging.³⁹⁵ Net als in België wordt de representatie van de werknemers als geheel voor de meeste zaken verzorgd door twee afzonderlijke verkozen organen, die specifieke wettelijke rechten en plichten hebben. Dit zijn de vakbondsafdelingen en de OR (Comité d'entreprise),³⁹⁶ die moeten worden ingesteld als er 50 personen of meer werkzaam zijn bij een onderneming.³⁹⁷ Normaal gesproken zijn deze twee organen gescheiden, al hoewel dezelfde persoon voor beide organen gekozen kan worden. Als ondernemingen minder dan 200 werknemers in dienst hebben, dan kan de werkgever bepalen dat de twee functies gecombineerd moeten worden in een 'gemeenschappelijk representatie orgaan' (DUP).³⁹⁸ Alleen met de goedkeuring van de OR kunnen leden van de OR of van de personeelsafvaardiging benoemd of ontslagen worden. De werkgever is ook lid van de OR en tevens van rechtswege voorzitter. Dit kan in Europees verband tot misverstanden leiden.³⁹⁹

De OR wordt in Frankrijk door de Code du Travail gezien als een orgaan van samenwerking en overleg.⁴⁰⁰ Zij hebben recht op informatie en raadpleging. Dit informatierecht is zeer sterk, omdat de OR recht heeft op dezelfde informatie als de AVA en op het rapport van de auditor.⁴⁰¹ De OR heeft dus recht op informatie en consultatie over kwesties omtrent de organisatie en de algemene zaken van de onderneming, maar voornamelijk over maatregelen die van invloed kunnen zijn op de werknemers.⁴⁰² Indien het bestuur voornemens is tot bijvoorbeeld een fusie, dient de OR van tevoren te worden geraadpleegd en te worden geïnformeerd. De OR heeft een medebeslissingsrecht

³⁹³ Zie artikel 14 van Board Representation (Private sectoremployees) Act (SFS 1987:1245).

³⁹⁴ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Sweden/Workplace-Representation>.

³⁹⁵ Van de Pas en van Deijk 2007/6, p.22.

³⁹⁶ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Workplace-Representation>.

³⁹⁷ Van het Kaar 2007, p.11 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Workplace-Representation>.

³⁹⁸ Van het Kaar 2007, p.11.

³⁹⁹ Van de Pas en van Deijk 2007/6, p.22.

⁴⁰⁰ Van de Pas en van Deijk 2007/6, p.22.

⁴⁰¹ Van het Kaar 2007, p.11.

⁴⁰² Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Workplace-Representation>.

voor bijvoorbeeld het ontslag van een beschermd personeelslid of het aanstellen van een bedrijfsarts. Het bestuur kan een dergelijke beslissing alleen doorvoeren met de toestemming van de OR.⁴⁰³

Verschillende Europese landen, waaronder Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, hebben de afgelopen twee jaren hun arbeidsrecht vereenvoudigd, om haar ondernemingen in staat te stellen te concurreren met opkomende markten en de crisis het hoofd te bieden.⁴⁰⁴ Nieuwe wetgeving in Frankrijk heeft het bereik van ondernemingen die vallen onder de verplichting van medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht flink uitgebreid. Grote private ondernemingen moeten voortaan tenminste één werknemersvertegenwoordiger hebben op het niveau van het bestuur. Dit is een aanvulling op de medezeggenschap van werknemers met aandelen en van werknemersvertegenwoordigers die aanwezig kunnen zijn bij vergaderingen, echter zonder stemrecht.⁴⁰⁵ Werknemersvertegenwoordigers die op het niveau van het bestuur alle werknemers vertegenwoordigen waren, tot voor kort, alleen aanwezig in staatsbedrijven en geprivatiseerde bedrijven. De ‘accord national interprofessionnel’ (ANI)⁴⁰⁶ die in mei 2013 is aangenomen, heeft dit aanzienlijk uitgebreid. Op grond van deze wetgeving is medezeggenschap op het bestuursniveau verplicht gesteld voor alle ondernemingen met 10.000 werknemers of meer wereldwijd of 5000 werknemers of meer in Frankrijk.⁴⁰⁷ Indien er tot 12 bestuursleden in de onderneming zetel hebben moet er één werknemersvertegenwoordiger aangesteld worden en twee als er meer dan 12 bestuursleden zijn. Hierin wordt geen onderscheid gemaakt tussen een one-tier of een two-tier bestuursmodel.⁴⁰⁸ Werknemersvertegenwoordigers hebben dezelfde rechten als andere bestuursleden en zij mogen deelnemen aan de stemming.⁴⁰⁹ De vorige bestaande regelingen voor de vertegenwoordiging van werknemers op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht blijven ongewijzigd, tenzij het aantal werknemersvertegenwoordigers minder is dan het aantal dat is vastgesteld in de nieuwe wet.⁴¹⁰

⁴⁰³ Van de Pas en van Deijk 2007/6, p.22.

⁴⁰⁴ Martin 2013.

⁴⁰⁵ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Board-level-Representation>.

⁴⁰⁶ Een sociaal akkoord tussen de Franse regering, werkgeversorganisatie Medef en de vakbonden CFDT, CFTC en CFE-CGC dat in een wet is verwerkt. Dankzij dit akkoord wordt ontslag eenvoudiger gemaakt, met het doel om de competitiviteit van ondernemingen te verbeteren.

⁴⁰⁷ Zie artikel 13 accord national interprofessionnel(ANI)en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Board-level-Representation>.

⁴⁰⁸ Bij een one-tier bestuursmodel heeft een werknemersvertegenwoordiger zetel in het bestuur en bij een two-tier bestuursmodel heeft een werknemersvertegenwoordiger zetel in de raad van toezicht.

⁴⁰⁹ Zie artikel 13 accord national interprofessionnel.

⁴¹⁰ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/France/Board-level-Representation>.

Tot een aantal jaar geleden kende Frankrijk geen medezeggenschapsregeling op het niveau van het bestuur. In 2001 heeft een wetwijziging plaatsgevonden dat in de statuten van een onderneming kan worden bepaald dat een deel van de leden van het bestuursorgaan wordt gekozen door de werknemers. Hieraan is een maximum gesteld van één derde van het aantal leden in het bestuursorgaan.⁴¹¹ In de publieke sector is de situatie omtrent medezeggenschap anders dan die van de private sector. Werknemers in staatsbedrijven kunnen op grond van wetgeving uit 1983 vertegenwoordigers benoemen die plaatsnemen in het bestuursorgaan. Het aantal vertegenwoordigers dat plaatsneemt is afhankelijk van de omvang van de onderneming.⁴¹²

4.6.4 België

In België moeten alle ondernemingen die 50 of meer werknemers in dienst hebben een OR⁴¹³ (conseil d'entreprise) instellen.⁴¹⁴ Daarnaast moeten ondernemingen bij meer dan 50 werknemers een zogenaamd comité voor preventie en bescherming (comité de protection et de prévention du travail oftewel CPBW) instellen.⁴¹⁵ Dit comité houdt zich bezig met de arbeidsomstandigheden binnen een onderneming.⁴¹⁶ Daarnaast kent men in België, naast de OR en de CPBW, de vakbondsafvaardiging.⁴¹⁷ In België wordt er enkel door de vakbonden, die bij één van de 'drie zuilen'⁴¹⁸ zijn aangesloten, overleg en onderhandelingen gepleegd.⁴¹⁹ Organisaties die niet bij een dergelijke zuil zijn aangesloten worden niet als representatief aangemerkt.⁴²⁰ De OR, CPWB en de vakbondsafvaardiging hebben allemaal aandacht voor de naleving van sociale wetgeving, cao's, arbeidsreglement en individuele arbeidsovereenkomsten in de onderneming. Toch zit er een groot verschil tussen de OR en de vakbondsafvaardiging, omdat de OR enkel adviezen geeft en de vakbondsafvaardiging daadwerkelijk eisen stelt.⁴²¹

⁴¹¹ Van het Kaar 2007, p.11.

⁴¹² Van het Kaar 2007, p.11.

⁴¹³ De taken van de ondernemingsraad staan vermeld in artikel 15 lid a t/m l van de wet van 20/09/1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

⁴¹⁴ Zie artikel 14 lid 1 van de wet van 20/09/1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

⁴¹⁵ Het CPBW vindt zijn grondslag in het Koninklijk besluit van 3 mei 1999 betreffende de opdrachten en de werking van de Comités voor preventie en bescherming op het werk. Zie hierover Van het Kaar 2007, p.9.

⁴¹⁶ Deze gezondheid- en veiligheidscommissies hebben ook informatie en consultatierechten omtrent economische en sociale vraagstukken, indien er tussen de 50 en 100 werknemers werkzaam zijn binnen een onderneming. Deze rechten werden in 2008 ingevoerd om uitvoering te geven aan de EU-richtlijn, inzake informatie en raadpleging (2002/14/EG). Zie hierover Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Belgium/Workplace-Representation>.

⁴¹⁷ In de vakbondsafvaardiging zijn alleen werknemers van de onderneming actief. Zie: Van de Pas en van Deijk 2007/4.

⁴¹⁸ Hier wordt bedoeld op de christelijke zuil (VBO), de socialistische zuil (ABVV) en de liberale zuil (ACLVB).

⁴¹⁹ De wettelijke grondslag van deze vakbondsafvaardiging is de WET VAN 5 DECEMBER 1968 BETREFFENDE DE COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN EN DE PARITAIRE COMITES.

⁴²⁰ Van de Pas en van Deijk 2007/4.

⁴²¹ Zie hierover Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Belgium/Workplace-Representation> en Van de Pas en van Deijk 2007/4.

In België worden om de vier jaar OR-verkiezingen gehouden, waarbij de werknemersafgevaardigden worden gekozen.⁴²² De traditionele drie vakorganisaties dragen kandidaten voor het OR-lidmaatschap voor. Deze vakorganisaties hebben dus het monopolie voor het aandragen van kandidaten.⁴²³ Het recht op informatie van de Belgische OR kan onderverdeeld worden in informatie over sociale en economische aangelegenheden.⁴²⁴ De OR moet geraadpleegd worden voorafgaand aan besluiten van de onderneming, ten aanzien van een aantal aangelegenheden dat in de wet staat vermeld. Daarnaast heeft de OR een instemmingsrecht bij een aantal arbeidsvoorwaardelijke regelingen die in de wet staan genoemd.⁴²⁵

In België kent men geen medezeggenschap op het niveau van het bestuursorgaan of de raad van toezicht, met uitzondering van een aantal ondernemingen in de publieke sector.⁴²⁶ Een voorbeeld hiervan is de 'Belgische spoorwegen', hierbij worden 3 van de 23 leden van het bestuur voorgedragen door de vakbonden die zijn benoemd door de werknemers.⁴²⁷

4.6.5 Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk wordt de informatie en raadpleging van werknemers bewerkstelligd door middel van vakbonden en/of vakbondsafgevaardigden. De wijze van informatie en raadpleging vindt niet plaats door middel van ondernemingsraden, omdat in het Verenigd Koninkrijk geen ondernemingsraden bestaan naar continentaal model.⁴²⁸ Hierdoor wijkt het Verenigd Koninkrijk sterk af van de continentaal-Europese benadering van de informatie- en consultatierechten van werknemers door middel van ondernemingsraden. Indien een onderneming een communautaire dimensie heeft kan informatie en raadpleging plaatsvinden via de verplichte Europese ondernemingsraad (EOR). Daarnaast ontbreekt een wettelijk systeem van bindende collectieve arbeidsovereenkomsten, die brede bevoegdheden geven aan lokale vakbonden om alle werknemers te vertegenwoordigen.⁴²⁹ Wel hebben diverse Europese richtlijnen regelgeving bewerkstelligd omtrent informatie en raadpleging van werknemers over collectieve ontslagen, de overgang van ondernemingen en veiligheid en gezondheid in een onderneming.⁴³⁰ De Europese

⁴²² Zie artikel 21 van de wet van 20/09/1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

⁴²³ Van de Pas en van Deijk 2007/4.

⁴²⁴ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Belgium/Workplace-Representation>.

⁴²⁴ Van de Pas en van Deijk 2007/4.

⁴²⁵ Van het Kaar 2007, p.9.

⁴²⁶ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Belgium/Board-level-Representation>.

⁴²⁷ Van het Kaar 2007, p.9.

⁴²⁸ Van de Pas en van Deijk 2007/7.

⁴²⁹ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/United-Kingdom/Workplace-Representation>.

⁴³⁰ Zie RICHTLIJN 98/59/EG VAN DE RAAD van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, RICHTLIJN 2001/23/EG VAN DE Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der

richtlijn voor Informatie en Raadpleging van werknemers op lokaal niveau heeft in 2004 geresulteerd in het recht voor werknemers om geïnformeerd te worden en geraadpleegd te worden in Engelse ondernemingen. De werknemers dienen nog wel te onderhandelen over een procedure (of orgaan), dat aan bepaalde wettelijke vereisten moet voldoen.⁴³¹

Bij sommige ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk zijn zogeheten *shop stewards*⁴³² actief.⁴³³ Een *shop steward* wordt gekozen door vakbondsleden binnen de onderneming. Een voorwaarde is wel dat de onderneming de vakbond erkent. In circa een derde van de ondernemingen met meer dan 10 werknemers is een *shop steward* actief.⁴³⁴ In het Verenigd Koninkrijk worden ondernemingsraden meestal aangeduid als (Joint) Consultative Committee (JCC). Zij komen voornamelijk voor in ondernemingen waar geen *shop stewards* actief zijn.⁴³⁵ Een JCC kan vrijwillig worden opgericht door de werkgever en de vertegenwoordigers van de werknemers. Een collectieve overeenkomst tussen de onderneming en de vertegenwoordiging wordt opgesteld, waarin zaken zoals de samenstelling, bevoegdheden en de werkwijze van het JCC worden vastgesteld. Een dergelijke overeenkomst omvat vaak afspraken omtrent het verstrekken van informatie en eventueel consultatie van het JCC.

4.7 Conclusie hoofdstuk 4

De complexiteit van de SE-richtlijn heeft er voor gezorgd dat de SE niet populair is. Het valt op dat de meeste opgerichte SE's geregistreerd zijn in Tsjechië. Onder die opgerichte SE's bevinden zich tevens 'lege' en 'voorraad' SE's. Deze SE's worden verkocht aan geïnteresseerde ondernemingen, die hiermee kosten besparen. De medezeggenschap van werknemers kan op deze manier ontweken worden. Dit fenomeen heeft zich in Duitsland voorgedaan. Verscheidende Duitse ondernemingen hebben zich inmiddels omgevormd tot Societas Europaea om onder andere het systeem van Mitbestimmung te kunnen omzeilen.⁴³⁶ De tiende EG-richtlijn vertoont vele gelijkenissen met de SE-richtlijn. Toch hebben geringe verschillen tussen de medezeggenschapsbepalingen van de twee

lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen en RICHTLIJN 89/391/EEG VAN DE Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk. Zie hierover tevens Van het Kaar 2007, p10.

⁴³¹ Zie hierover Coelen en Snel 2010, p.17 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/United-Kingdom/Workplace-Representation>.

⁴³² De shop stewards zijn vergelijkbaar met vakbondskaderleden in Nederland.

⁴³³ Van het Kaar 2007, p10 en Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/United-Kingdom/Workplace-Representation>.

⁴³⁴ Coelen en Snel 2010, p.16.

⁴³⁵ Coelen en Snel 2010, p.17.

⁴³⁶ Ondernemingen die zijn overgestapt op het Europese model zijn onder andere Allianz, BASF, MAN, TESA, E.ON Energy Trading, Fresenius en Porsche. Zie hierover Thannisch 2010, p.4.

richtlijnen er voor gezorgd dat deskundigen en waarnemers spreken van een stap achteruit ten opzichte van de SE-richtlijn. De tiende EG-richtlijn bepaalt namelijk dat de AVA het recht heeft om ervoor te kiezen zich rechtstreeks te onderwerpen aan de SE-richtlijn, zonder dat er voorafgaande onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Het uitsluiten van de onderhandelingen heeft het gevolg dat de mogelijkheid van op maat gesneden werknemersmedezeggenschap wordt uitgesloten. Daarnaast is het percentage van de automatische toepassing van de referentievoorschriften verhoogd van 25 tot 33 procent.

Uit onderzoek blijkt dat de EOR wel nuttig gevonden wordt, maar geen toegevoegde waarde heeft voor de nationale medezeggenschap. Desondanks kan de EOR bij de voorbereiding en implementatie van 'belangrijke' grensoverschrijdende besluiten of het stellen van goede voorwaarden voor sociaal overleg wel van toegevoegde waarde zijn.

Van de onderzochte EU-lidstaten betreffende de medezeggenschap, legt geen enkel land de verplichting op aan ondernemingen om zaken uit te voeren die de OR aandraagt. Het bestuur kan eigen besluiten uitvoeren, mits is voldaan aan de overleg- en onderhandelingsverplichtingen. Met betrekking tot de bevoegdheden kan gesteld worden dat Duitsland, België en Frankrijk bevoegdheden hebben op sociaal, economisch en financieel terrein. Deze bevoegdheden lopen uiteen van adviesrechten tot echte medezeggenschap, waarbij de OR bij bepaalde kwesties goedkeuring moet verlenen. In Zweden kent men geen ondernemingsraden. Daar worden de belangen van werknemers behartigd door vakbonden. Deze vakbonden hebben bevoegdheden op sociaal, economisch en financieel gebied. Besluiten die betrekking hebben op de economische of financiële situatie mogen pas genomen worden, indien de vakbond is geraadpleegd. Op het bestuur van een onderneming rust in alle onderzochte EU-lidstaten een informatieplicht. De invloed van de vakbonden speelt voornamelijk een essentiële rol in Zweden en in het Verenigd Koninkrijk betreffende de vorming van sociale zekerheid. Het Verenigd Koninkrijk wijkt in hoge mate af van de continentaal-Europese benadering van de informatie- en consultatierechten van werknemers. Zij kennen geen ondernemingsraden naar continentaal-model en als er al zogenaamde ondernemingsraden zijn, is dit vaak op basis van vrijwilligheid. In het Verenigd Koninkrijk wordt de informatie en raadpleging van werknemers bewerkstelligd door middel van vakbonden en/of vakbondsafgevaardigden, echter ontbreekt er een wettelijk systeem van bindende collectieve arbeidsovereenkomsten, die brede bevoegdheden geven aan lokale vakbonden om alle werknemers te vertegenwoordigen.

Voor wat betreft de medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht in EU-lidstaten, kan geconcludeerd worden dat Duitsland en Zweden sterke medezeggenschapsrechten kennen. Het ‘voor en na-beginsel’ waarborgt de medezeggenschapsrechten met het ‘hoogste aantal-doctrine’. Dit criterium betreft een kwantitatief criterium dat in de praktijk tot een onjuiste beoordeling kan leiden. Volgens dit criterium heeft Nederland de hoogste vorm van medezeggenschap, terwijl dit in de praktijk Duitsland blijkt te zijn. Het kwantitatieve criterium van de “hoogste aantal-doctrine” is aantrekkelijk door zijn eenvoudigheid. Bij de beoordeling wie de hoogste vorm van medezeggenschap heeft, hoeft men immers alleen te kijken naar het hoogste aantal. Deze oppervlakkige benadering om de meest geavanceerde medezeggenschapsvorm aan te tonen, om hiermee de medezeggenschapsrechten van de werknemers te beschermen, wordt door mij sterk betwijfeld. Daarnaast is er in Nederland alleen sprake van medezeggenschap op het niveau van de RvC, indien het een structuurvennootschap betreft. Het aantal structuurvennootschappen dat in Nederland staat ingeschreven bij de KvK daalt aanzienlijk. Tevens kan de toepasselijkheid van het structuurregime eenvoudig worden omzeild.⁴³⁷

Duitsland heeft sterke medezeggenschapsrechten op het niveau van het toezichthoudend orgaan. In Duitsland kunnen werknemers, bij ondernemingen met meer dan 2000 werknemers, de helft van de leden van de raad van toezicht benoemen. Bij ondernemingen met tussen de 500 en 2000 werknemers, kunnen de werknemers een derde van de leden van de raad van toezicht benoemen. In Zweden kunnen werknemers twee leden van het bestuursorgaan benoemen, indien een onderneming 25 of meer werknemers in dienst heeft. Bij ondernemingen met meer dan 1000 werknemers stijgt dit aantal van twee naar drie. De werknemersvertegenwoordigers hebben in de meeste gevallen dezelfde rechten als de aandeelhoudersvertegenwoordigers. In Frankrijk is in mei 2013 de nieuwe wet (ANI) aangenomen en sindsdien hebben werknemers meer rechten omtrent medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht. België heeft tot nu toe nog geen medezeggenschapsrecht op het niveau van het bestuur. Wel zijn deze rechten in een aantal publieke ondernemingen te vinden. In het Verenigd Koninkrijk kent men geen medezeggenschapsrechten op het niveau van het bestuur. Voor Britten is het moeilijk voorstelbaar dat werknemers vergaande medezeggenschapsrechten in de onderneming hebben. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt doordat in het Verenigd Koninkrijk de belangen van de aandeelhouders centraal staan en niet de belangen van andere belanghebbenden.

⁴³⁷ Zie hierover nader par. 5.2.

Al met al kan mijn inziens geconcludeerd worden dat Duitsland ten opzichte van de andere onderzochte EU-lidstaten de hoogste vorm van medezeggenschap heeft. Zweden is het land dat na Duitsland de hoogste vorm van medezeggenschap kent. Frankrijk heeft de medezeggenschapsrechten op het niveau van het bestuur en de raad van toezicht aanzienlijk verbeterd voor werknemers met de ANI. Deze verbetering heeft er voor gezorgd dat Frankrijk als derde is geëindigd van de onderzochte EU-lidstaten in de strijd om de hoogste vorm van medezeggenschap. Doordat België geen medezeggenschap kent op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht maar wel informatie- en raadplegingsrechten heeft vastgelegd in haar wetgeving, is mijn inziens de medezeggenschap van België hoger te kwalificeren dan die van het VK. In het volgende hoofdstuk zullen de Nederlandse medezeggenschapsrechten worden vergeleken met die van de andere onderzochte EU-lidstaten. Door deze vergelijking te maken kan beoordeeld worden of Nederland een hogere vorm van medezeggenschap kent of juist een lagere ten opzichte van de andere EU-lidstaten.

HOOFDSTUK 5

Medezeggenschapsrechten in Nederland

5.1 Inleiding

Medezeggenschap is volgens Van het Kaar & Smit een vorm van democratisering die een evenwichtige machtsverdeling bewerkstelligt tussen de werkgever en werknemers binnen een onderneming.⁴³⁸ De OR dan wel de personeelsvertegenwoordiging (PVT) is het orgaan in Nederland dat is ingesteld om de belangen van de werknemers te behartigen en om zo medezeggenschap van werknemers in het beleid van de onderneming mogelijk te maken. Zoals eerder is vermeld kan medezeggenschap van werknemers binnen een onderneming onderverdeeld worden in twee vormen, namelijk ondernemingsrechtelijke en vennootschapsrechtelijk medezeggenschap. Beide vormen van medezeggenschap zullen in dit hoofdstuk besproken worden. Daarnaast wordt aandacht besteedt aan andere vormen en mogelijkheden van invloedsuitoefening door werknemers binnen een onderneming. Het enquêterecht en de SER-Fusiegedragsregels worden hieromtrent besproken. Nadat de Nederlandse medezeggenschapsrechten uiteengezet zijn, zullen zij worden vergeleken met de onderzochte EU-lidstaten in hoofdstuk 4. Wederom zal ik mij in dit hoofdstuk beperken tot de invloedsuitoefening door werknemers op strategische besluiten in een onderneming. Met dit hoofdstuk wordt getracht een antwoord te geven op de volgende deelvraag: *Hoe verhoudt de Nederlandse medezeggenschap van werknemers zich met de medezeggenschap van werknemers in Europa?*

5.2 In het belang van de vennootschap

Bestuurders dienen zich bij de vervulling van haar taak te richten naar het belang van de vennootschap en haar verbonden onderneming. Dit volgt uit artikel 2:129 lid 5 (NV) en 2:239 lid 5 BW (BV). In geval van onbehoorlijk bestuur kan de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:9 BW, mits er sprake is van een ernstig verwijtbaar feit.⁴³⁹ De RvC of de niet uitvoerende bestuurders dienen zich ook, bij de vervulling van hun taak, te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.⁴⁴⁰ Dit betekent dat bestuurders en commissarissen, naast het belang van de vennootschap, ook het belang van de daarmee verbonden onderneming moeten dienen. De belangen van diverse stakeholders moeten door het bestuur worden meegewogen bij belangrijke strategische beslissingen, dat geldt tevens

⁴³⁸ Van het Kaar en Smits 2007, p. 68-69 en Van der Heijden e.a. 2012, p.11.

⁴³⁹ Dit volgt uit het arrest HR 10-01-1997, NJ 1997, 360 (Staleman/van de Ven).

⁴⁴⁰ Zie artikel 2:140 (NV) en 2:250 (BV) van het Burgerlijk Wetboek.

voor de factor arbeid. Indien het bestuur hier geen gehoor aan geeft dan kan onder andere een vereniging van werknemers een schriftelijk verzoek indienen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, om een of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.⁴⁴¹ Vervolgens kan de rechter eventuele voorzieningen treffen.

5.3 Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap

Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap behelst de medezeggenschap van werknemers op het niveau van de werkvloer.⁴⁴² In Nederland is deze vorm van medezeggenschap wettelijk verankerd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR) die in werking is getreden op 4 mei 1950.⁴⁴³ Destijds beschouwde men een onderneming als een belangengemeenschap, de gedachte was dat ook aan werknemers van een onderneming bepaalde zeggenschap toekomt.⁴⁴⁴ Deze wet is na zijn introductie in 1950 meerdere malen gewijzigd.⁴⁴⁵ Werknemers(vertegenwoordigers) hebben op grond van de WOR, doormiddel van een OR, invloed binnen de onderneming. De WOR schrijft voor dat wanneer er ten minste 50 personen werkzaam zijn binnen een onderneming, deze onderneming verplicht is om een OR in te stellen.⁴⁴⁶ Deze OR heeft op grond van artikel 2 lid 1 WOR de wettelijke taak om een bijdrage te leveren aan het goed functioneren van die onderneming. Ondernemingen kunnen vrijwillig een OR of een PVT opzetten als er 10 tot 50 werknemers werkzaam zijn.⁴⁴⁷ De onderneming is dit verplicht als de meerderheid van de werknemers hier om vraagt.⁴⁴⁸

De OR heeft op grond van de WOR vier belangrijke bevoegdheden.⁴⁴⁹ Allereerst kan het adviesrecht worden genoemd. De OR heeft het recht om advies te geven over belangrijke besluiten van de onderneming betreffende financieel-economische en bedrijfsorganisatorische kwesties, die onder het toepassingsbereik van artikel 25 WOR vallen.⁴⁵⁰ Het advies moet op een zodanig tijdstip

⁴⁴¹ Zie hierover nader par. 5.4.2.

⁴⁴² Van der Heijden e.a. 2012.

⁴⁴³ Jacobs 2013, P. 261.

⁴⁴⁴ Van Hijfte e.a. 2010, p.21.

⁴⁴⁵ In 1971, 1979, 1982, 1995, 1998 is de WOR op diverse gebieden gewijzigd, zie hierover Van der Heijden e.a. 2012. Op 25 juni 2013 stemde de Eerste Kamer in met het wetsvoorstel – inclusief het amendement van D66 – voor wijziging van de WOR. De wijzigingen betreffen onder andere het OR-scholingssysteem, de verplichte beroepsgang via de bedrijfscommissie, het verstrekken van het OR-reglement en -jaarslag en de uitgebreide informatievoorziening van OR'en in internationale concerns. Zie hierover Kamerstukken I 2012-2013, 33 367 A.

⁴⁴⁶ Zie: artikel 2 lid 1 WOR.

⁴⁴⁷ Zie artikel 35c lid 1 WOR.

⁴⁴⁸ Zie artikel 35c lid 2 WOR.

⁴⁴⁹ De bevoegdheden van de OR kunnen worden uitgebreid door middel van een ondernemingsovereenkomst. Zie artikel 32 WOR.

⁴⁵⁰ Het adviesrecht van de OR betreft bijvoorbeeld voorgenomen besluiten over ingrijpende reorganisaties, fusies, bedrijfssluitingen of een bedrijfsverhuizing.

worden gevraagd, zodat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.⁴⁵¹ De onderneming is niet verplicht om dit advies op te volgen, indien zij dit niet doet moet zij de OR hierover in kennis stellen.⁴⁵² De OR kan daarop beroep in stellen tegen een dergelijk besluit bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (OK).⁴⁵³ Een andere bevoegdheid van de OR is het informatierecht op grond van artikel 31 WOR. Zij heeft recht op algemene financiële informatie en informatie over het sociaal beleid.⁴⁵⁴ De OR kan het bestuur om specifieke informatie verzoeken, zodat zij haar taak goed kan uitoefenen.⁴⁵⁵ Het initiatiefrecht is de derde belangrijke bevoegdheid van de OR. Dit recht houdt in dat de OR de mogelijkheid heeft om zelf voorstellen in te dienen. Op grond van artikel 23 WOR heeft zij de bevoegdheid om dit recht uit te oefenen. De laatste belangrijke noemenswaardige bevoegdheid van de OR is het instemmingsrecht voor hoofdzakelijk sociale aangelegenheden. De OR heeft een instemmingsrecht bij voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen omtrent het sociaal beleid die onder het toepassingsbereik vallen van artikel 27 WOR. De onderwerpen waarvoor een ondernemer instemming nodig heeft van de OR staan opgesomd in dit artikel.

De bevoegdheden van de OR kunnen worden uitgebreid, doordat een cao bepaalde bevoegdheden geeft aan de OR.⁴⁵⁶ De bevoegdheden van de OR kunnen ook op grond van een ondernemingsovereenkomst⁴⁵⁷ worden vergroot. Een dergelijke overeenkomst wordt dan gesloten tussen de ondernemer en de ondernemingsraad.⁴⁵⁸ De ondernemingsovereenkomst kan een belangrijk instrument zijn om maatwerk in medezeggenschap op ondernemingsniveau te bewerkstelligen. Een dergelijke overeenkomst wordt bijvoorbeeld gebruikt om uiteenlopende afspraken vast te leggen en voor situaties dat reguliere middelen niet effectief blijken te zijn.⁴⁵⁹ Een ondernemingsovereenkomst heeft meestal betrekking op het beleid, intenties en samenwerking. Naast het toekennen van rechten kunnen ook andere onderwerpen geregeld worden. Gedacht kan worden aan procedures die bij een eventuele reorganisatie gevolgd moeten worden.⁴⁶⁰

⁴⁵¹ Zie artikel 25 lid 2 WOR.

⁴⁵² Indien de ondernemer advies heeft gekregen, maar wenst hij dat niet of slechts ten dele op te volgen, dan moet hij hiervoor de redenen aandragen. (artikel 25 lid 5 WOR).

⁴⁵³ Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen (artikel 26 lid 4 WOR). De OR moet het beroep instellen binnen een maand, nadat het besluit hem is medegedeeld (artikel 26 lid 1 WOR).

⁴⁵⁴ De ondernemer verstrekt tenminste twee maal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk algemene gegevens omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak (artikel 31a lid 1 WOR).

⁴⁵⁵ Zie artikel 31 lid 1 WOR.

⁴⁵⁶ Zie artikel 32 lid 1 WOR.

⁴⁵⁷ Een dergelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de ondernemingsraad wordt ook wel een convenant genoemd.

⁴⁵⁸ Zie artikel 32 lid 2 WOR.

⁴⁵⁹ BEVER, *GOED BESLUITEN GEMAKKELIJKER GEMAAKT: De rol van convenanten, verschillende typen beschikkingen en kwaliteitsborging in de saneringspraktijk*, SDU uitgevers: Den Haag 2000, p. 13.

⁴⁶⁰ M. van Ewijk, M van de Aalst, *De ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR Ervaringen uit de praktijk, een onderzoek in opdracht van Het ministerie van SZW*, Leiden maart 2004.

De OR heeft dus het recht om gehoord te worden en advies te geven, hierop moet het bestuur gemotiveerd antwoord geven. De Ondernemingskamer kan verzocht worden om hiernaar te kijken en indien de onderneming kan aantonen dat er valide economische motieven zijn voor een voorgenomen besluit dan wordt het advies van de OR niet gegrond verklaard. Het medezeggenschapsrecht gaat dus niet zo zover dat uiteindelijk de OR het beleid vaststelt, het is het bestuur dat het beleid bepaalt. Een mooi voorbeeld hiervan is Philips Lighting dat is gevestigd in Roosendaal. Philips verplaatst een belangrijk deel van zijn lichtdivisie in Roosendaal naar Polen, vanwege de loonkosten die in Polen lager zijn. Het betreft hier de productie van spaarlampen en TL-balken. De verplaatsing van deze divisie zou betekenen dat 350 van de 450 banen verloren zouden gaan.⁴⁶¹ Het afstoten van een dergelijke divisie is een onderwerp dat valt onder het toepassingsbereik van de WOR. De OR heeft bij een dergelijk onderwerp een adviesrecht. De ondernemingsraad heeft, in het definitief advies aan de directie, het voornemen om de productie naar Polen te verplaatsen afgewezen.⁴⁶² Dit adviesrecht is echter niet effectief, indien Philips daadwerkelijk deze divisie wil verplaatsen. Philips heeft dit recht op grond van de vrijheid van vestiging. Een ondernemer is namelijk vrij om te bepalen, vanuit zijn concernleidingsplicht, waar hij op de meest efficiënte manier maatschappelijke aanvaardbare producten kan produceren. Philips zal met de lagere loonkosten kunnen aantonen dat er valide economische motieven zijn voor dit voorgenomen besluit en de OR zal dit besluit moeten accepteren.

5.4 Vennootschappelijke medezeggenschap

Buiten de medezeggenschapsrechten die ondernemingsraden verkrijgen op grond van de WOR, kunnen ondernemingsraden die zijn ingesteld bij een onderneming, ook medezeggenschapsrechten ontleen aan bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. We spreken dan ook wel van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Werknemers(vertegenwoordigers) kunnen aanspraak maken op vennootschapsrechtelijke medezeggenschap op grond van de structuurregeling, het enquêterecht en het spreekrecht voor ondernemingsraden bij NV's.

5.4.1 *De structuurregeling*

Op grond van het Burgerlijk Wetboek kunnen medezeggenschapsrechten toekomen aan ondernemingsraden die in stand worden gehouden door de vennootschap, mits wordt voldaan aan

⁴⁶¹ 'Deuren Philips Lighting Roosendaal sluiten eind 2015', <http://www.omroepbrabant.nl/?news/1797751353/Deuren+Philips+Lighting+Roosendaal+sluiten+eind+2015.aspx>.

⁴⁶² 'Philips Roosendaal: uitstel besluit verplaatsing naar Polen', <http://www.bndestem.nl/regio/roosendaal/philips-roosendaal-uitstel-besluit-verplaatsing-naar-polen-1.304017>.

de structuurcriteria.⁴⁶³ De structuurregeling is ontstaan door de Structuurwet van 1971 die in het BW is opgenomen. Deze regeling verplicht grote BV's, NV's en Coöperaties om een raad van commissarissen in te stellen. De raad van commissarissen heeft onder andere de taak om toezicht te houden op het bestuur van de vennootschap.⁴⁶⁴ Op grond van de structuurregeling heeft de OR invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen.⁴⁶⁵ Zij kan personen aanbevelen voor de voordracht en voor een derde van het aantal leden van de RvC heeft zij een versterkt aanbevelingsrecht.⁴⁶⁶ De eindbeslissing over de benoeming van kandidaten voor de RvC wordt genomen door de AVA, zelfs voor kandidaten die zijn voorgedragen door de OR. Een belangrijk element in de Nederlandse benadering van medezeggenschap is dat werknemers van de vennootschap of van een vakbond, die betrokken zijn bij collectieve onderhandelingen, zijn uitgesloten van de benoeming als lid van de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders.⁴⁶⁸

Ondanks dat werknemers(vertegenwoordigers) zeer sterke medezeggenschapsrechten krijgen toebedeeld op grond van de structuurregeling, kunnen de meeste werknemers(vertegenwoordigers) in Nederland hierop geen aanspraak maken. De oorzaak hiervan is dat de meeste vennootschappen in Nederland niet structuurplichtig zijn. Uit recente cijfers van de KvK blijkt dat op 12 september 2013 630 BV's, 178 NV's, 502 Coöperaties en 5 Onderlinge waarborgmaatschappijen ingeschreven staan als structuurvennootschap.⁴⁶⁹ Op 1 januari 2008 waren er nog 693 BV's, 357 NV's, 685 Coöperaties en 7 Onderlinge waarborgmaatschappijen bij de KvK ingeschreven als structuurvennootschap.⁴⁷⁰ Hieruit kan geconcludeerd worden dat het aantal vennootschappen dat structuurplichtig is afneemt en dat er voor het grootste gedeelte in Nederland

⁴⁶³ Er is sprake van een structuurvennootschap als er voldaan is aan de vereisten van artikel 2:153 BW voor de NV, artikel 2:263 BW voor de BV en artikel 2:63b voor de coöperatie. Voor de BV en de NV zijn dit de volgende criteria: (1) het eigen vermogen dient ten minste € 16 miljoen te bedragen; (2) er dient een ondernemingsraad te zijn ingesteld en (3) er moeten bij de vennootschap ten minste 100 werknemers in Nederland werkzaam zijn. Voor de Coöperatie bedraagt het eerste criterium geen € 16 miljoen maar 13 miljoen. De andere twee criteria zijn hetzelfde. De structuurregeling is niet verplicht voor ondernemingen waarvan de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd, maar de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam zijn. Wel kunnen deze multinationals vrijwillig het structuurregime toepassen.

⁴⁶⁴ Zie artikelen 2:57, 2:140 en 2:250 van het BW.

⁴⁶⁵ Zie artikel 2:158 lid 6 BW: " Voor een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen geldt dat de raad van commissarissen een door de ondernemingsraad aanbevolen persoon op de voordracht plaatst".

⁴⁶⁶ Zie artikel 2:158/268 leden 4, 5, 6 en 7 BW. Dit versterkte aanbevelingsrecht houdt in dat de ondernemingsraad personen aandragt voor de RvC, tenzij het bestuur hier bezwaar tegen maakt op grond van de ongeschiktheid van de aanbevolen persoon of dat de RvC niet naar behoren is samengesteld overeenkomstig de aanbeveling.

⁴⁶⁷ Bij de Coöperatie heeft de OR geen versterkt aanbevelingsrecht.

⁴⁶⁸ Zie artikel 2:160 BW. De gedachte hierachter is dat de leden van de RvC en niet-uitvoerende bestuurders dienen te handelen in het belang van de vennootschap als geheel en niet als vertegenwoordigers van deelbelangen.

⁴⁶⁹ <http://www.kvk.nl/ondernemen/producten-handelsregister/adressenbestand/>. Op deze website kunnen adressenbestanden worden aangemaakt van ondernemingen die bij de Kamer van Koophandel staan ingeschreven. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden tussen verschillende regio's, branches en rechtsvormen (waaronder de rechtsvorm die blijkt uit de statuten staat ingeschreven als een structuurvennootschap).

⁴⁷⁰ Kamerstukken II 2007/2008, 31 083, nr. 24 p.3.

geen sprake is van vennootschappelijke medezeggenschap, maar van ondernemingsrechtelijke medezeggenschap.

Sinds januari 2013 is het mogelijk om naast het dualistische bestuursstelsel (two-tier board) een monistisch bestuursstelsel (one-tier board) in te stellen. Hierin bevinden zich uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De laatstgenoemde houden toezicht op de uitvoerende bestuurders.⁴⁷¹ Ondanks deze wijziging blijven de rechten van de OR om personen aan te dragen en aan te bevelen voor de RvC onverkort van toepassing.⁴⁷² Bij een one-tier board zijn deze rechten van toepassing op de niet-uitvoerende bestuurders.

In de praktijk speelt wel eens dat buitenlandse partijen zich niet goed realiseren wat de functie is van een verplichte RvC bij een structuurvennootschap. De verschillen in het vennootschapsrecht van EU-lidstaten kunnen bij een grensoverschrijdende fusie tot conflicten leiden. Conflicten bij de moeder- en dochtermaatschappij(en) worden beheerst door het nationaal vennootschapsrecht van de plaats van de statutaire vestiging. Confrontaties kunnen ontstaan tussen verschillende sets van vennootschapsrecht en de interpretatie hiervan. De Corus-zaak⁴⁷³ is een goed voorbeeld van een dergelijk conflict.

5.4.1.1 Corus-zaak

Corus is een Engelse staalfabrikant met hoofdkantoor in Londen.⁴⁷⁴ Corus is het resultaat van een fusie tussen British Steel Plc. en Koninklijke Hoogovens NV.⁴⁷⁵ Corus Nederland heeft een zeer hoogwaardige aluminium fabriek en is in hoge mate zeer winstgevend. Deze divisie kan gezien worden als de cashcow van de Corus groep. Corus UK daarentegen presteert onder de maat en is een slecht renderende producent van bulkstaal. De beurskoers van Corus Plc. stond onder druk en de financiële nood was zo hoog dat het bestuur de opdracht heeft gegeven aan het bestuur van Corus NL om de aluminium divisie te verkopen.⁴⁷⁶ Corus Plc. wilde de opbrengst van de aluminium-divisie gebruiken om te herinvesteren in de verlieslijdende Engelse onderdelen.⁴⁷⁷ Het bestuur van Corus NL kreeg de instructie om de opbrengst van de aluminium divisie meteen over te maken, zodat Corus Plc. dit bedrag tot haar beschikking had. Corus Plc. is bevoegd om deze instructie te

⁴⁷¹ Zie Staatsblad 2011 275, Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

⁴⁷² Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Netherlands/Board-level-Representation>.

⁴⁷³ OK 13 maart 2003, NJ 2003, 248 en JOR 2003/85.

⁴⁷⁴ Corus r.o. 2.1.

⁴⁷⁵ Corus r.o. 2.3.

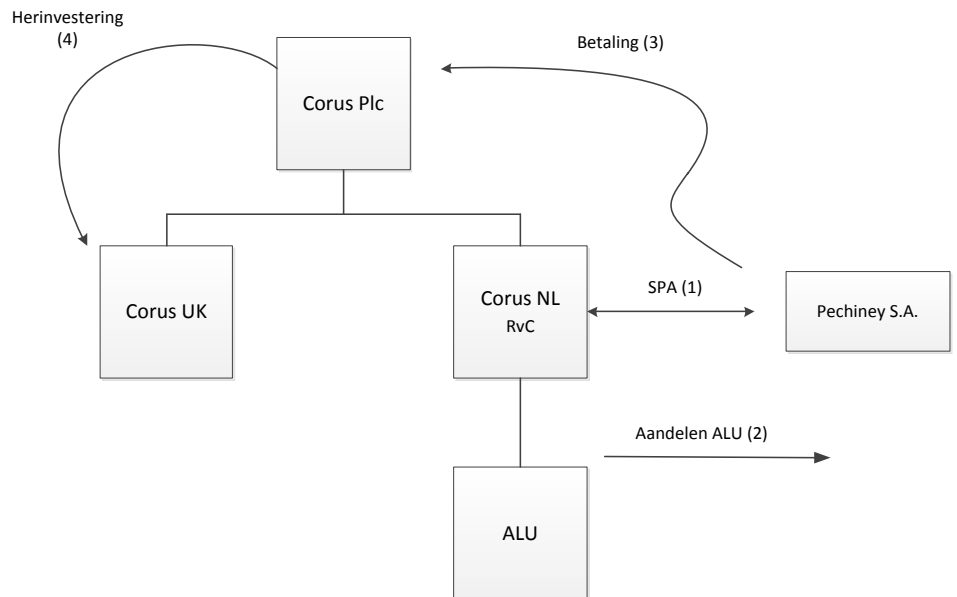
⁴⁷⁶ Corus r.o. 2.7.

⁴⁷⁷ Corus r.o. 3.8.

geven, omdat dit valt onder haar concernleidingsplicht. Men kan zich indenken dat er een spanning ontstond tussen Corus Plc. en Corus NL, omdat zij een winstgevend onderdeel van haar onderneming moest verkopen om zo een verliesgevend onderdeel te redden. Temeer omdat Corus NL zich na de verkoop van de aluminiumdivisie niet meer kan onderscheiden, doordat zij zich uitsluitend richt op de markt voor bulkstaal. Dit betekent dat Corus NL zich zal bevinden in de conjuncturele malaise waar ook Corus UK mee te maken had. In figuur 1 hieronder is de Corus-zaak schematisch weergegeven.

Pechiney S.A. is een concurrent van Corus die graag de aluminiumdivisie wil overnemen. Een Share Purchase agreement (SPA) komt tot stand tussen Corus NL en Pechiney S.A. De aandelen van de aluminiumdivisie worden overgedragen aan Pechiney S.A. en de betaling zal rechtstreeks plaatsvinden aan Corus Plc. Corus NL maakt deel uit van de overeenkomst tussen Pechiney S.A en Corus Plc. om

Figuur 2: Schematische weergave Corus zaak



uitvoering te geven aan de overdracht van de aandelen. Corus Plc. is bevoegd om het bestuur van Corus NL te ontslaan, het gevolg hiervan is dat Corus NL genoodzaakt is om mee te werken aan de overname, zodat ontslag wordt voorkomen.

Op Corus NL is het verzwakt structuurregime ⁴⁷⁸ van toepassing. Het bestuur van

Corus NL heeft voorafgaande toestemming nodig van de RvC bij kernbesluiten, zoals het aan- of verkopen van een belangrijke deelneming, op grond van artikel 2:164 BW. ⁴⁷⁹ Bij het besluit tot de verkoop van de aandelen van de aluminiumdivisie is de RvC gepasseerd, terwijl voor een dergelijk besluit voorafgaande toestemming van de RvC is vereist. Corus Plc. heeft geen gehoor gegeven aan de vereiste toestemming, ondanks dat zij hierover op de hoogte is gebracht door de RvC. Corus

⁴⁷⁸ Corus r.o. 2.5. Het gematigd structuurregime houdt in dat de AVA belast is met benoeming en ontslag van bestuurders en het vaststellen van de jaarrekening. Bij het volledige structuurregime heeft de RvC deze bevoegdheden.

⁴⁷⁹ In de statuten van Corus Nederland is bepaald dat ter goedkeuring aan de RvC moet worden voorgelegd: het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere vennootschap. Zie Corus r.o. 2.6.

Group heeft een verzoek ingediend bij de OK, om een onderzoek in te stellen naar het gevoerde beleid van met name de RvC van Corus NL. De OK verklaart Corus Plc. ontvankelijk, vanwege het aandelenkapitaal dat Corus Plc. bezit. Daarnaast zijn er gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen en er is mogelijk sprake van wanbeleid, omdat er een ernstig conflict bestaat tussen de moedermaatschappij en de RvC.⁴⁸⁰

De kernbevoegdheden van artikel 2:164 BW zijn van dwingendrechtelijke aard die de moedermaatschappij als aandeelhouder niet opzij kan zetten en een besluit tot de overdracht van de aluminium divisie valt onder deze kernbevoegdheid. De goedkeuring van dit besluit heeft de RvC geweigerd. Men kan zich afvragen of die weigering door de RvC gerechtvaardigd is. De OK stelt vast dat de RvC de taak heeft om te toetsen of de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming voldoende zijn meegewogen door de concernleiding in de besluitvorming.⁴⁸¹ De RvC moest beoordelen of dit besluit in het belang was van Corus NL en de daaraan verbonden dochtermaatschappijen. De RvC bij Corus NL mag bij de beoordeling van een dergelijk besluit zich niet onttrekken aan het concernbeleid. De RvC dient rekening te houden met zowel het vennootschappelijke belang als met het belang van het concern. De rechtvaardiging van de weigering is dus tevens afhankelijk van het concernbeleid, want Corus NL is nu eenmaal een onderdeel van een groter concern. De OK heeft bepaald dat het besluit tot de aandelen overdracht van de aluminium divisie niet in overeenstemming is met het concernbeleid en de toets aan het vennootschappelijke belang van Corus NL niet kan doorstaan.⁴⁸² Corus Plc. geeft geen garantie voor de verkoopprijs van de aluminiumdivisie aan Corus NL. Zonder deze garantie heeft Corus geen zekerheid dat zij daadwerkelijk binnen een bepaalde tijd over dit bedrag zal beschikken. Het was een overdracht van de koopprijs zonder enige garantie dat Corus NL daar in de toekomst aanspraak op zou kunnen maken. Dit brengt het risico met zich mee dat Corus NL zijn continuïteit zou kunnen verliezen en dat vond de OK te ver gaan. Uiteindelijk is de verkoop toch doorgegaan, maar de moedermaatschappij heeft harde garanties moeten stellen.⁴⁸³ Door deze garanties werd de continuïteit van Corus NL gewaarborgd.

5.4.2 *Enquêterecht*

Een middel voor werknemers om invloed uit te kunnen oefenen binnen de onderneming kan gezocht worden in het enquêterecht. Het enquêterecht, dat is geregeld in titel 8 afdeling 2 in boek 2

⁴⁸⁰ Corus r.o. 3.1.

⁴⁸¹ Corus r.o. 3.4.

⁴⁸² Corus r.o. 3.13.

⁴⁸³ Corus Group heeft zijn aluminiumactiviteiten verkocht aan het Amerikaanse Aleris International in 2006.

van het BW, geeft een mogelijkheid voor werknemers om invloed uit te oefenen binnen een onderneming. Een vereniging van werknemers (vakorganisatie) kan op grond van artikel 2:347 BW een schriftelijk verzoek indienen bij de OK, om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.⁴⁸⁴ Een voorwaarde om een dergelijk verzoek in te kunnen dienen is dat de vakorganisatie de OR in de gelegenheid moet stellen om schriftelijk van zijn gevoelen te doen blijken.⁴⁸⁵ Artikel 2:350 lid 1 BW bepaalt dat een dergelijk verzoek slechts ontvankelijk verklaard wordt als er sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Het doel van de enquêteprocedure is het traceren van eventueel wanbeleid en dit te beëindigen door het treffen van voorlopige voorzieningen. Door middel van het enquêterecht kunnen werknemers optreden tegen wanbeleid binnen een onderneming. Het enquêterecht is niet opengesteld voor ondernemingsraden, omdat een OR geen rechtspersoonlijkheid heeft en daarom niet beschikt over een eigen vermogen dat een waarborg vormt tegen lichtzinnig gebruik of misbruik van het enquêterecht.⁴⁸⁶

Sinds 1 januari 2013 is de gewijzigde enquêteprocedure van kracht. Hierin zijn bepalingen opgenomen waarmee de rechtspersoon het recht heeft om de OK te verzoeken tot het instellen van een enquêteprocedure.⁴⁸⁷ Het verzoek namens de rechtspersoon kan worden ingediend door het bestuur, de RvC, de niet uitvoerende bestuurders indien het een onderneming betreft met een one-tier board en de curator. Bijvoorbeeld het gedrag en de besluitvorming van de AVA kunnen het bestuur of de RvC voorleggen aan de OK, om zo een eventuele impasse te doorbreken. Deze enquêtebevoegdheid moet in het belang van de vennootschap worden ingezet.⁴⁸⁸ Het belang van werknemers valt onder het belang van de vennootschap en wanneer dit belang in het geding komt moet de enquêtebevoegdheid ingezet worden door de vennootschap zelf. Hierdoor genieten de werknemers een bepaalde bescherming.

5.4.3 Spreekrecht OR

Sinds juli 2010 is het medezeggenschapsrecht gewijzigd met de wet spreekrecht ondernemingsraad.⁴⁸⁹ Een OR van een NV heeft in een aantal gevallen spreekrecht gekregen die zij

⁴⁸⁴ Zie artikel 2:345 lid 1 BW.

⁴⁸⁵ Zie artikel 2:349 lid 2 BW.

⁴⁸⁶ Zie Nota Kabinetstandpunt Medezeggenschap 2009, te downloaden via http://www.ser.nl/~media/db_deeladviezen/2000_2009/2009/20090921_notitie_medezeggenschap_20091207_kabinetstandpunt.as.hx.

⁴⁸⁷ Zie artikel 2:346 lid 1 sub d BW.

⁴⁸⁸ Dit blijkt uit artikel 2:129 lid 5 (NV) en 2:239 lid 5 BW (BV).

⁴⁸⁹ Het doel van de Wet Spreekrecht OR is om de OR een grotere rol te geven in het besluitvormingsproces van de AVA. Zie hierover Staatsblad 2010 250, Wet van 30 juni 2010 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een

kan uitoefenen tijdens de AVA. De OR kan over bepaalde onderwerpen ⁴⁹⁰ een standpunt opstellen en dit standpunt uitdragen in de AVA. De OR bij de NV kan met deze regelgeving invloed uitoefenen binnen de onderneming op het hoogste besluitvormingsniveau. ⁴⁹¹ De AVA is niet verplicht het standpunt van de OR over te nemen, hierbij heeft zij tevens geen motivatieplicht. Het spreekrecht betreft dus alleen het recht voor de OR om zijn mening te uiten voordat de aandeelhouders een besluit nemen. De OR heeft geen spreekrecht als er geen sprake is van een besluit van de AVA. Een OR die is ingesteld bij een onderneming die onder het toepassingsbereik van de structuurregeling valt, zal geen spreekrecht hebben ten aanzien van besluiten inzake de benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen. ⁴⁹² Bij een verzwakt structuurregime is de AVA wel bevoegd tot het nemen van besluiten omtrent de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders. De OR kan zich in dat geval wel op het spreekrecht beroepen. De vrijblijvendheid en het ontbreken van sancties bij het spreekrecht heeft voor veel kritiek gezorgd van Kamerleden en (juridische) auteurs. ⁴⁹³ Men vraagt zich af wat de meerwaarde is van het spreekrecht, ten opzichte van het adviesrecht van artikel 25 WOR. Sommige auteurs betogen dat een genomen besluit vernietigbaar zou kunnen zijn wegens het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, indien de OR zijn spreekrecht niet heeft kunnen uitoefenen. ⁴⁹⁴

5.5 Andere mogelijkheden voor werknemersinvloed

Zoals in paragraaf 5.2 is beschreven hebben werknemers medezeggenschap bij fusies en overnames doormiddel van het advies- en beroepsrecht op grond van de WOR. Fusies en overnames kunnen vergaande gevolgen hebben voor de werknemers die werkzaam zijn bij een fusierende onderneming of een onderneming die wordt overgenomen. Om werknemers in dergelijke situaties meer bescherming te bieden zijn de SER-fusiegedragsregels ⁴⁹⁵ opgesteld. Daarnaast biedt het Besluit openbare biedingen (Bob) mogelijkheden voor medezeggenschap. Op grond van deze SER-fusiegedragsregels zijn fusiepartijen verplicht om, nog voordat er overeenstemming is over een

recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid.

⁴⁹⁰ De ondernemingsraad heeft spreekrecht ten aanzien van de goedkeuring van belangrijke besluiten (artikel 2:107a BW); de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen (artikel 2:134a en 2:144a BW); het algemene bezoldigingsbeleid van de vennootschap (artikel 2:135 lid 2 BW).

⁴⁹¹ Zie Nota Kabinetsstandpunt Medezeggenschap 2009, te downloaden via http://www.ser.nl/~media/db_deeladviezen/2000_2009/2009/20090921_notitie_medezeggenschap_20091207_kabinetsstandpunt.as_hx.

⁴⁹² Van Ommeren en Kemperink 2011, p. 4.

⁴⁹³ In de toelichting wordt betoogd dat ervoor gekozen is geen sancties op te nemen voor die gevallen waarin de ondernemingsraad wordt gepasseerd, zulks omdat de ondernemer de voorschriften eigener beweging zal naleven en omdat zulks niet bevorderlijk zou zijn voor het vestigingsklimaat in Nederland (Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, pag. 4).

⁴⁹⁴ Nowak 2009, p. 3 en Schermerhorn 2009, p.2.

⁴⁹⁵ SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van werknemers is vastgesteld bij besluit van de raad van 17 maart 2000 en in werking getreden op 5 september 2001.

fusie of overname, de vakbonden in kennis te stellen van de voorbereiding daarvan.⁴⁹⁶ De fuserende partijen zijn verplicht om informatie te verstrekken aan de vakbonden over de motieven van de fusie of overname en de gevolgen voor de werknemers die binnen deze ondernemingen werkzaam zijn. De vakbonden kunnen op basis van deze informatie hun oordeel geven over de voorgenomen fusie of overname, vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang.⁴⁹⁷ Een onderneming valt onder de scope van de Fusiegedragsregels, indien bij de fusie een in Nederland gevestigde onderneming met 50 of meer werknemers betrokken is. De Fusiegedragsregels zijn tevens van toepassing, indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen meer dan 50 werknemers werkzaam zijn.⁴⁹⁸

Werknemers in een beursgenoteerde onderneming verkrijgen medezeggenschap bij openbare biedingen op grond van het Bob.⁴⁹⁹ Het Bob reguleert het openbare biedingsproces omtrent de aandelen in een beursgenoteerde vennootschap. De doelvennootschap met zetel in Nederland is verplicht om de werknemers (vertegenwoordigers) onverwijld in kennis te stellen van het openbaar bod, zodra het biedingsbericht algemeen verkrijgbaar is gesteld.⁵⁰⁰ Het biedingsbericht moet goedgekeurd zijn door de AFM, anders is het verboden om een openbaar bod uit te brengen.

501

5.6 Vergelijking tussen het medezeggenschapsrecht van Nederland en andere EU-lidstaten

In deze paragraaf worden de Nederlandse medezeggenschapsrechten vergeleken met de eerder behandelde EU-lidstaten. Bij deze analyse wordt onderscheid gemaakt tussen ondernemingsrechtelijke medezeggenschap en vennootschappelijke medezeggenschap. Met deze analyse zal, in het kader van de 'hoogste aantal-doctrine', aangetoond worden of de Nederlandse medezeggenschapsrechten respectievelijk hoger of lager zijn ten opzichte van de onderzochte EU-lidstaten.

⁴⁹⁶ Zie artikel 3 lid 1 SER-Fusiegedragsregels 2000 en SER-advies Evenwichtig Ondernemingsbestuur 2008, p. 28.

⁴⁹⁷ Zie artikel 4 SER-Fusiegedragsregels 2000.

⁴⁹⁸ Zie artikelen 2 lid 1 en 2 lid 3, aanhef en sub d SER-Fusiegedragsregels 2000.

⁴⁹⁹ De minister van Financiën heeft in zijn aanbiedingsbrief van het Bob aangegeven, dat het Bob geen andere wettelijke regels ter bescherming van werknemers aantast. Artikel 25 WOR blijft gelden. Zie Kamerstuk 2006-2007, 30 419, nr. E/21, Eerste/Tweede Kamer.

⁵⁰⁰ Zie artikel 27 lid 1 jo. artikel 10 Bob.

⁵⁰¹ Zie artikel 5:74 lid 1 Wft.

5.6.1 Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap

De medezeggenschap op het niveau van de werkvloer is in Nederland sterker ten opzichte van de onderzochte EU-Lidstaten. Het informatierecht, het adviesrecht en het beroepsrecht dragen hieraan bij. Op grond van artikel 31 WOR en de SER fusiegedragsregels hebben de OR en de vakbonden een informatierecht. Dit informatierecht betreft alle informatie die de OR redelijkerwijs nodig heeft voor de vervulling van haar taak. Daarnaast is de ondernemer verplicht om gegevens te verstrekken omtrent onderwerpen die staan opgesomd in artikel 31 lid 2 WOR. Dit informatierecht wordt niet beperkt door een zwaarwegend belang clausule.⁵⁰² Op grond van een dergelijke clausule hoeft een onderneming geen informatie te verschaffen als er sprake is van een zwaarwegend belang die zich daartegen verzet. De onderzochte EU-lidstaten kennen wel een beperking op grond van een dergelijke clausule.⁵⁰³ In Frankrijk is het informatierecht relatief sterk, omdat de Franse OR recht heeft op dezelfde informatie als de AVA en op het rapport van de auditor.⁵⁰⁴ Consultatierechten zijn in de onderzochte EU-lidstaten veelal beperkt tot besluiten die van invloed zijn voor de werknemers.⁵⁰⁵ In Nederland heeft de OR een adviesrecht op grond van artikel 25 WOR.⁵⁰⁶ Het adviesrecht is sterker in Nederland ten opzichte van de andere onderzochte EU-lidstaten, omdat zij dit adviesrecht kunnen uitbreiden door middel van een ondernemingsovereenkomst.⁵⁰⁷ In Nederland is het in beginsel niet van belang voor de toepasselijkheid van het adviesrecht of de voorgenomen besluiten gevolgen hebben voor de werknemers. Uit de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak kan worden afgeleid dat de volgende mening overheerst: in beginsel bij de uitoefening van medezeggenschap is het niet van belang of het besluit (directe) gevolgen heeft voor de werknemers.⁵⁰⁸ De OR behartigt namelijk de belangen van de onderneming. Dit brengt met zich mee dat besluiten die geen directe gevolgen hebben voor medewerkers ook adviesplichtig kunnen zijn.⁵⁰⁹ Dit is een vraagstuk waarover de OR of de vakbonden zelfstandig een oordeel over moeten kunnen uitspreken.⁵¹⁰

De Nederlandse OR kan in beroep gaan tegen besluiten betreffende financieel-economische en bedrijfsorganisatorische kwesties.⁵¹¹ Doordat zij dit recht kan uitoefenen betreffende deze

⁵⁰² Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Compare-Countries?>

⁵⁰³ Etui 2013, <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Compare-Countries?>

⁵⁰⁴ Van het Kaar 2007, p.11.

⁵⁰⁵ Dat blijkt onder meer uit een Europese studie naar de invloed van werknemersvertegenwoordigers op fusies en overnames. De uitkomst van deze studie laat zien dat de invloed van de werknemersvertegenwoordigers zicht beperkt tot de gevolgen van het besluit voor de werknemers. Zie <http://www.eiro.eurofound.ie/2001/02/study/TN0102401S.html>.

⁵⁰⁶ In artikel 25 lid 1 WOR staan de onderwerpen opgesomd waarover de OR een adviesrecht heeft.

⁵⁰⁷ Zie artikel 32 WOR.

⁵⁰⁸ *Kamerstukken II* 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 10, SER-advies 1968/13, p. 19 en 23 en Van het Kaar 2007, p. 14.

⁵⁰⁹ Ter Huurne 1998, p. 2.

⁵¹⁰ Van het Kaar 2007, p.14, Honée 1981, p. 144.

⁵¹¹ De OR heeft dit recht op grond van artikel 26 WOR.

kwesties is het beroepsrecht in Nederland sterker dan die van de onderzochte EU-lidstaten. Nog wel dient opgemerkt te worden dat de toetsing door de OK een marginaal karakter heeft en dat de ondernemer niet wezenlijk in zijn beleidsvrijheid kan worden aangetast. De ondernemer moet zich hierbij wel houden aan een aantal procedurevoorschriften (zorgvuldigheidsnormen).⁵¹²

5.6.2 *Vennootschappelijke medezeggenschap*

Het enquêterecht kent men alleen in Nederland en is een uniek middel voor werknemers om invloed uit te oefenen binnen de onderneming. In geen enkel ander EER land kent men een vergelijkbare regeling, waarbij de rechter de bevoegdheid heeft om in te grijpen binnen een onderneming op verzoek van de vakbonden.⁵¹³ Daarnaast kan aan de OR enquêtebevoegdheid toe komen door middel van een overeenkomst (of via de statuten) op basis van het enquêterecht en de WOR.⁵¹⁴ Tweemaal is aan de OR de bevoegdheid verschaft tot het indienen van een enquêteverzoek.⁵¹⁵ Sinds 1 januari 2013 heeft ook de vennootschap zelf en de curator de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Deze bevoegdheid moet in het belang van de vennootschap worden ingezet, waardoor werknemers een bepaalde bescherming genieten.

In Europa hanteert niet elke lidstaat regelingen voor vennootschappelijke medezeggenschap.⁵¹⁶ Naast Nederland hebben landen, zoals onder andere Duitsland, Zweden en sinds kort ook Frankrijk regelingen voor vennootschappelijke medezeggenschap. De essentie van deze verschillende regelingen is dat een gedeelte van de leden van het bestuursorgaan (one-tier system) of van het toezichthoudend orgaan (two-tier system) worden benoemd door de werknemersvertegenwoordigers. De door de werknemers benoemde leden worden geacht op te komen voor de belangen van de werknemers. Het sterkste systeem van vennootschappelijke medezeggenschap bestaat in grotere ondernemingen. In Duitsland kunnen werknemers, bij ondernemingen met meer dan 2000 werknemers, de helft van de leden van de raad van toezicht benoemen.⁵¹⁷ Bij ondernemingen met tussen de 500 en 2000 werknemers, kunnen de werknemers een derde van de leden van de raad van toezicht benoemen. In Zweden kunnen werknemers twee leden van het one-

⁵¹² Van het Kaar 2007, p.15 en Van den Hoek 2000, p. 144.

⁵¹³ Schee 2011, p. 209 en Verbrugh en Timmerman 2009, p. 3.

⁵¹⁴ Op grond van artikel 2:346 sub c BW heeft de rechtspersoon de mogelijkheid om bij statuten of bij overeenkomst een derde de bevoegdheid te geven tot het verzoeken van een enquête. Er zijn drie beschikkingen bekend waarbij een 'artikel 346 sub c-gerechtigde' een enquêteverzoek heeft ingediend. Deze zijn: OK 24 november 1994, NJ 1995, 474 (Wijsmuller); OK 1 maart 2005, JOR 2005, 87 m.nt. Josephus Jitta (SKON); OK 5 oktober 2005, JOR 2005, 296 m.nt. Leijten (Smit Transformatoren).

⁵¹⁵ OK 1 maart 2005, JOR 2005, 87 m.nt. Josephus Jitta (SKON); OK 5 oktober 2005, JOR 2005, 296 m.nt. Leijten (Smit Transformatoren).

⁵¹⁶ Bijvoorbeeld België en het Verenigd Koninkrijk hebben geen regelingen betreffende vennootschappelijke medezeggenschap van werknemers.

⁵¹⁷ Zie artikel 1 lid 1 Mitbestimmungsgesetz.

tier bestuursorgaan benoemen, indien een onderneming 25 of meer werknemers in dienst heeft. Bij ondernemingen met meer dan 1000 werknemers stijgt dit aantal van twee naar drie.⁵¹⁸ In Frankrijk moet er één werknemersvertegenwoordiger worden aangesteld, indien er tot 12 bestuursleden in de onderneming zetel hebben. Bij meer dan 12 bestuursleden moeten er twee werknemersvertegenwoordigers worden aangesteld. Bij deze regeling wordt geen onderscheid gemaakt tussen het one-tier of het two-tier bestuursmodel.

In Nederland hebben werknemers(vertegenwoordigers) op grond van de structuurregeling het recht om kandidaten aan te dragen voor de benoeming als lid van de RvC. Voor ten hoogste een derde van de leden van de RvC heeft de OR een versterkt aanbevelingsrecht. Dit is dus anders dan in Duitsland of Zweden, waarbij de werknemers(vertegenwoordigers) een gedeelte van de leden van de raad van toezicht of het bestuur rechtstreeks kunnen benoemen. In Nederland worden commissarissen bij de vervulling van hun taak geacht de belangen van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te behartigen.⁵¹⁹ Commissarissen mogen geen deelbelangen behartigen en daarin verschilt de Nederlandse commissaris met die van andere EU-lidstaten. In Duitsland, Zweden en Frankrijk worden de commissarissen en bestuurders, die zijn aangesteld door de werknemers(vertegenwoordigers), geacht om op te komen voor de belangen van de werknemers.

In Europese regelgeving zoals de SE, SCE en de tiende EG-richtlijn kan gekozen worden tussen rechtstreekse benoeming of voordracht. Om de medezeggenschapsrechten van werknemers te waarborgen wordt het zogenoemde 'voor en na-beginsel' gehanteerd. Hierbij prevaleert de hoogste vorm van medezeggenschap, waarbij uitsluitend gekeken wordt naar het aantal zetels waar het voordrachts- dan wel benoemingsrecht betrekking op heeft. Hierdoor wordt het Nederlandse stelsel in vergelijking met de genoemde benoemingsvarianten als sterker beschouwd, terwijl in het buitenland het Nederlandse medezeggenschapssysteem, vanwege voordracht, juist als zwakker wordt gezien.⁵²⁰

De Nederlandse medezeggenschap kan als zwakker worden beschouwd dan het Duitse systeem door de zogenaamde 'Nederland constructie'.⁵²¹ Door deze constructie is het hoogste niveau buiten

⁵¹⁸ Zie artikel 4 van Board Representation.

⁵¹⁹ Zie artikelen 2:57, 2:140 en 2:250 van het BW.

⁵²⁰ Van het Kaar 2007, p. 15.

⁵²¹ Nederland-constructie: internationale ondernemingen van Nederlandse oorsprong richten een internationale moedermaatschappij op waar een Nederlandse werkmaatschappij onder wordt gehangen. De oorspronkelijke 'moeder' wordt daarmee een 'dochter'. De OR

bereik geraakt van de OR en de RvC bij internationale ondernemingen van Nederlandse afkomst. In Duitsland is dat niet het geval, omdat daar de Aufsichtsrat wordt ingesteld op het hoogste niveau. Volgens Van het Kaar is het open karakter van de Nederlandse economie de oorzaak van de uitzonderingsbepaling voor internationale holdings in de structuurregeling en wordt de degradatie van de COR naar het niveau van de Nederlandse subholding gerechtvaardigd door het territoriale karakter van de WOR.⁵²² Het gevolg hiervan is dat Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) steeds vaker geen invloed meer kunnen uitoefenen op strategische besluiten in internationale ondernemingen van Nederlandse afkomst. De WEOR biedt hiervoor nauwelijks compensatie.

5.7 Conclusie hoofdstuk 5

Uit het voorgaande is gebleken dat het Nederlandse medezeggenschapsrecht in vergelijking met andere EU-landen, als zeer sterk beschouwd kan worden. Op een tweetal punten is dit niet het geval, namelijk op het niveau van het toezichthoudend orgaan en bij de zogenaamde 'Nederland constructie'. De Nederlandse structuurregeling is op zichzelf zwakker dan de medezeggenschapsystemen van Duitsland en Zweden. De positie van Nederland betreffende de medezeggenschap in vergelijking met andere EU-lidstaten ligt genuanceerder. De zwakheid van de structuurregeling wordt namelijk gecompenseerd door de kracht van het advies- en beroepsrecht op grond van de WOR en het enquêterecht dat uniek is in Europa. Daarnaast gaat het argument dat het Nederlandse medezeggenschapssysteem zwakker zou zijn dan Duitsland en Zweden, omdat een lid van de RvC in Nederland volledig onafhankelijk moet zijn, niet in zijn geheel op. De reden hiervoor is dat onderzoek heeft uitgewezen dat in ieder geval in Zweden de werknemersvertegenwoordigers zich in de praktijk richten op de lange termijn visie voor de vennootschap en niet uitsluitend op de belangen van de werknemers. Voorts kan opgemerkt worden dat de structuurregeling alleen op bepaalde Nederlandse rechtsvormen van toepassing is en dat het aantal structuurvennootschappen dat staat ingeschreven bij de KvK afneemt. Naarmate buitenlandse rechtsvormen terrein winnen in Nederland, zal het belang van de structuurregeling afnemen. Verder beperkt het open en internationale karakter van de Nederlandse economie de mogelijkheden voor werknemers(vertegenwoordigers) om invloed uit te oefenen op het hoogste niveau. De Nederlandse wetgever kan dit probleem zelf niet oplossen, daarvoor is hulp nodig op EU niveau.

overlegt dan niet meer met de 'moeder', maar met het bestuur van de Nederlandse werkmaatschappij. Op het niveau van de internationale holding ontbreekt dan de (nationale) medezeggenschap.

⁵²² Van het Kaar 2007, p. 16.

HOOFDSTUK 6

Conclusies & Aanbevelingen

6.1 Inleiding

Aan het begin van deze scriptie werd al snel duidelijk dat de medezeggenschap van werknemers binnen een onderneming een belemmering vormde voor de verdere harmonisering van het Europese vennootschapsrecht. Het voornaamste doel bij die harmonisering betreft het waarborgen van het recht op vrije vestiging, dat voortvloeit uit artikel 49 en 54 van het VWEU. De grote diversiteit van verschillende vormen van medezeggenschapssystemen binnen de EU hebben ertoe geleid dat de Europese Commissie is gestopt met de inhoudelijke harmonisatie van het vennootschapsrecht. De problemen en meningsverschillen werden voornamelijk veroorzaakt door de medezeggenschap op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht. Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat jurisdicties die dergelijke medezeggenschapsrechten hanteren zich blijven vastklampen aan die huidige regelingen omtrent medezeggenschap. Met dit in het achterhoofd is de volgende probleemstelling geformuleerd: *Welke reikwijdte zou toegekend moeten worden aan de medezeggenschap van werknemers binnen kapitaalvennootschappen en coöperaties bij de grensoverschrijdende mobiliteit van deze rechtspersonen met betrekking tot het verder harmoniseren van het vennootschapsrecht binnen de EU?*

In dit hoofdstuk worden verbanden gelegd met de bevindingen uit voorgaande hoofdstukken, en aangevuld met een conclusie die dient ter beantwoording van de hierboven genoemde centrale probleemstelling. Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is onderzocht in hoeverre het vennootschapsrecht in Europa is geharmoniseerd en of er concurrentie bestaat tussen vennootschapssystemen van EU-lidstaten. Daarnaast is ingegaan op de vraag of deze eventuele concurrentiestrijd gekwalificeerd kan worden als een 'race to the top' of een 'race to the bottom'. Vervolgens zijn in hoofdstuk 3 de mogelijkheden uiteengezet voor ondernemers omtrent grensoverschrijdende mobiliteit en is de waarborging van de vrijheid van vestiging geanalyseerd aan de hand van uitspraken van het HvJ EG. De mogelijkheid tot grensoverschrijdende mobiliteit kan gevolgen hebben voor de medezeggenschap van werknemers. Daarbij is gekeken op welke wijze en in welke mate Europese werknemers haar medezeggenschap kunnen uitoefenen, zowel op Europees niveau als op nationaal niveau. In hoofdstuk 5 zijn de Nederlandse medezeggenschapsrechten uiteengezet en is vervolgens bekeken hoe deze medezeggenschap zich verhoudt tot de medezeggenschap van andere EU-lidstaten.

6.2 Conclusie

Met de oprichting van een gemeenschappelijke Europese markt is de vrijheid van vestiging vastgelegd in het EG-Verdrag. Om dit recht van vrije vestiging te waarborgen was het idee dat de grote verschillen in vennootschapsrecht tussen de EU-lidstaten kleiner moesten worden. Daarnaast was het voorkomen van het zogenaamde 'Delaware effect', één van de voornaamste doelstellingen van het harmonisatieprogramma van de Europese Commissie. In de eerste fase van harmonisatie werd geprobeerd dit te bewerkstelligen door middel van richtlijnen en verordeningen. Het mislukken van de onderhandelingen over de vijfde en negende EG-richtlijn - inzake de interne structuur van een NV en een uniform concernrecht - betekende het einde van de periode dat de Europese Commissie het vennootschapsrecht inhoudelijk trachtte te harmoniseren binnen de EU. Een nieuwe periode trad in met het subsidiariteitsbeginsel en na deze periode richt de Europese Commissie zich onder andere op de totstandkoming van communautaire rechtsvormen en grensoverschrijdende mobiliteit. Ondanks de vele pogingen van de Europese commissie tot het harmoniseren van het vennootschapsrecht heeft het sinds de oprichting van de EEG meer dan veertig jaar geduurd voordat er een bepaalde (beperkte) vrijheid was bewerkstelligd betreffende het recht van vrije vestiging. De oorzaak hiervan is gelegen in de discrepanties tussen de gehanteerde aanknopingsfactoren van de onderscheidenlijke lidstaten. In het Daily Mail-arrest is namelijk bepaald dat een vennootschap pas aanspraak kan maken op het vrije vestigingsrecht als zij rechtsgeldig bestaat naar het recht van het thuisland. Uit rechtspraak van het HvJ EG blijkt dat het IPR deze aanknopingspunten bepaalt en dat zij van gelijke waarde zijn. Het VWEU respecteert de keuze van een lidstaat voor een bepaald aanknopingspunt. Globaal kan er onderscheid gemaakt worden tussen de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Pas nadat de EU-lidstaten zijn overeengekomen dat er maar één aanknopingsfactor wordt gehanteerd, namelijk de incorporatieleer, kunnen alle vennootschappen binnen de EU aanspraak maken op het recht op vrije vestiging. Aangezien EU-lidstaten dit tot op het heden nog niet zijn overeengekomen kan het voorkomen dat een vennootschap, die is opgericht in een EU-lidstaat die de werkelijke zetelleer aanhangt, geen recht heeft op de vrijheid van vestiging, omdat de werkelijke zetel zich in een andere lidstaat van de EU bevindt. Inmiddels heeft het Vale-arrest uitkomst geboden met betrekking tot de statutaire zetelverplaatsing.

Het staken van de inhoudelijke harmonisatie van het vennootschapsrecht en uitspraken van het HvJ EG betreffende de vrijheid van vestiging hebben tot een zekere concurrentiestrijd geleid met betrekking tot het meest gunstige vennootschapsrecht. Een voorwaarde voor het ontstaan van

'regulatory competition' is dat er sprake moet zijn van het feit dat een ondernemer min of meer bewust kan kiezen waar hij zijn onderneming vestigt om daardoor gebruik te kunnen maken van allerlei voordelen. Daarnaast moeten er relevante verschillen bestaan tussen het vennootschapsrecht van de EU-lidstaten. Deze verschillen bestaan en zijn een gevolg van 'path dependency'. De vrijheid van secundaire vestiging is gewaarborgd door de uitspraken van het HvJ EG in de zaken Centros en Inspire Art. Onder andere het rapport van Becht, Mayer en Wagner heeft aangetoond dat sinds het Centros-arrest het gebruik van buitenlandse vennootschappen in absolute zin aanzienlijk is toegenomen, echter relatief gezien is dit niet het geval. Dit fenomeen blijkt dus redelijk triviaal te zijn. Dit fenomeen heeft er wel voor gezorgd dat verschillende lidstaten daadwerkelijk op zoek zijn gegaan naar een meer flexibel BV-recht. Een concurrentiestrijd tussen lidstaten om bestaande vennootschappen is op dit moment niet gaande. De reden hiervoor is dat het zeer complex is om de statutaire zetel te verplaatsen, aangezien er geen geharmoniseerde regelgeving bestaat betreffende een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing. Geconcludeerd kan worden dat er een zekere concurrentiestrijd is ontstaan op het gebied van het BV-recht. Mijn verwachting is dat deze strijd niet echt zal doorzetten, omdat hier vooral sprake van is bij de oprichting van ondernemingen en de verschillen in vennootschapsrecht steeds kleiner worden. Daarnaast kleven er nog altijd bezwaren aan het gebruik van buitenlandse rechtsvormen, bijvoorbeeld het negatieve imago dat buitenlandse rechtsvormen kunnen hebben en jaarlijks terugkerende administratieve lasten in het land van oprichting.

Ondanks dat de mogelijkheid bestaat tot 'regulatory competition', kan men niet spreken van een volwaardige 'regulatory competition'. Verschillenden redenen zijn aan te dragen om sceptisch te zijn over de kansen van een volwaardige 'regulatory competition' in Europa. Als men de situatie in Europa vergelijkt met die van de Verenigde Staten vallen een aantal dingen op. Allereerst kan geweest worden op de inzet van de concurrentiestrijd. In de Verenigde Staten hadden de staten er belang bij om ondernemingen uit andere staten aan te trekken, omdat er gebruik werd gemaakt van *franchise taxes*. Een dergelijk belang hebben Europese lidstaten niet. In Europa is er eerder sprake van het tegengaan van het gebruik van buitenlandse ondernemingen door eigen onderdanen. Daarnaast kan geweest worden op het ontbreken van een 'volstreekte mobiliteit' van vennootschappen. Gebrek aan kennis van buitenlands vennootschapsrecht, juristen die niet snel een grensoverschrijdende vestiging zullen adviseren vanwege het mislopen van inkomsten, culturele, emotionele en politieke factoren spelen in Europa mee voor ondernemingen die 'regulatory competition' bemoeilijken. Door deze factoren, die gereflecteerd zijn in de nationale

regelgeving, zijn buitenlandse vennootschapssystemen al snel minder aantrekkelijk voor ondernemers. In Amerika heeft men geen last van dergelijke belemmeringen, vanwege het homogene karakter van het vennootschapsrecht van de Verenigde Staten en de internal affairs doctrine.

Gelet op de hervormingen van het BV-recht, het gebrek aan overeenstemming over de SPE en het ontbreken van 'echte' 'regulatory competition', zal het bij de concurrentiestrijd om het meest gunstige vennootschapsrecht niet gaan om een *race to the top*, maar eerder om een *race to the bottom* dan wel neutraal. Op het gebied van de NV en gelijkwaardige rechtsvormen is er geen vergelijkbare concurrentiestrijd gaande als bij het BV-recht. De reden hiervoor is dat in tegenstelling tot het BV-recht het NV-recht veelal geharmoniseerd is. Bij beursvennootschappen verwacht ik het tegenovergestelde effect. De competitie tussen vennootschapssystemen met betrekking tot beursvennootschappen zal leiden tot een *race to the top*. Lidstaten kunnen van elkaar leren en zullen regels overnemen die goed blijken te werken in de praktijk en gunstig zijn voor aandeelhouders, omdat het leidt tot de bereidheid van beleggers om in een dergelijke jurisdictie te investeren. Hansmann en Kraakman hebben betoogd dat het vennootschapsrecht op het gebied van de bescherming van aandeelhouders (corporate governance) naar elkaar toegroeien, doordat kapitaalmarkten met elkaar aan het concurreren zijn. Ik verwacht dat geïmporteerde elementen steeds vaker naast traditionele kenmerken van het nationale vennootschapsrecht aanwezig zullen zijn.

Het HvJ EG heeft met een reeks arresten, waaronder het Vale-arrest, de reikwijdte van het recht op vrije vestiging nader bepaald. Desondanks bestaat er nog grote onduidelijkheid over de voorwaarden van een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wijziging van het toepasselijke recht. Hierdoor ziet de concurrentiestrijd voornamelijk op de oprichting van ondernemingen en niet op de verplaatsing van bestaande vennootschappen. Het Europese Parlement heeft in februari 2012 de Europese Commissie verzocht om op korte termijn met een voorstel te komen voor een richtlijn omtrent een grensoverschrijdende omzetting. Ook in de praktijk blijkt dat er behoefte is aan de totstandkoming van EU-wetgeving inzake grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting. Door deze onduidelijkheid is de grensoverschrijdende mobiliteit van ondernemingen veelal beperkt gebleven tot de verplaatsing van de werkelijke zetel. Hierdoor heeft er nog geen serieuze migratie van bestaande ondernemingen plaatsgevonden. Mijn inziens doet de Europese Commissie er goed aan om opnieuw te kijken naar de mogelijkheden van een veertiende richtlijn.

Dit temeer omdat bij dergelijke rechtshandelingen belangen van aandeelhouders, crediteuren en werknemers op het spel staan. Tevens kunnen in de praktijk diverse vragen ontstaan over het toepasselijke recht. Het is goed denkbaar dat er een helder raamwerk voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen op Europees niveau wordt ingevoerd. Indien dit raamwerk wordt ingevoerd zal er, naar alle waarschijnlijkheid, een nieuwe fase aanvangen in de concurrentiestrijd om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht. Immers kunnen ondernemers dan hun bestaande vennootschappen verplaatsen, indien zij ontevreden zijn over het toepasselijk recht.

Met het SEVIC systems-arrest heeft het HvJ EG bepaald dat een inbound-fusie mogelijk is, echter over de mogelijkheid van een outbound-fusie heeft zij geen uitspraak gedaan. Het bereik van de tiende EG-richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies is beperkt gebleven tot kapitaalvennootschappen. Vennootschappen die niet onder het toepassingsbereik van deze richtlijn vallen, zullen zich moeten beroepen op het vrije vestigingsrecht (SEVIC systems-arrest) om alsnog een dergelijke fusie te bewerkstelligen. Een geharmoniseerde regeling omtrent grensoverschrijdende splitsingen is er niet. Mijn inziens is het wenselijk dat er geharmoniseerde regelgeving wordt opgesteld voor zowel grensoverschrijdende splitsing als grensoverschrijdende omzetting. Geharmoniseerde regelgeving voor grensoverschrijdende splitsingen is wenselijk, omdat mijn verwachting is dat dergelijke splitsingen in de toekomst vaker zullen voorkomen. De reden hiervoor is dat de uitspraak van het SEVIC systems-arrest naar mijn mening analoog kan worden toegepast op grensoverschrijdende splitsingen. In het SEVIC Systems-arrest is namelijk bepaald dat grensoverschrijdende fusies, evenals overige omzettingen van vennootschappen, onder de bijzondere uitoefening van het recht op vrije vestiging vallen. Mijn inziens valt de grensoverschrijdende splitsing ook onder het toepassingsbereik van de vrijheid van vestiging, doordat een dergelijke splitsing naar mijn mening geïnterpreteerd kan worden als een “overige omzetting”. Wel moet een dergelijke omzetting naar nationaal recht in die betreffende lidstaat zijn toegestaan. Wanneer een lidstaat geen regeling heeft met betrekking tot de juridische splitsing, dan zal een dergelijke omzetting niet onder het toepassingsbereik vallen van het recht op vrije vestiging.

Regulering omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing en splitsing kan geregeld worden door middel van het opstellen van nieuwe richtlijnen. Voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan men alsnog kiezen voor het van toepassing verklaren van de 14^e EG-richtlijn. Het Europees Parlement heeft in een resolutie van 2 februari 2012 aanbevelingen gedaan aan de Europese

Commissie betreffende een 14^e richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen. Het Europees Parlement betoogt dat onder andere de grensoverschrijdende verhuizing van vennootschappen cruciaal is voor de bevordering van een interne markt. Daarnaast moet gewezen worden op het gebrek aan uniformiteit van procedures en wetgeving met betrekking tot de verplaatsing van de statutaire zetel van bestaande naar nationaal recht opgerichte vennootschappen. Tevens ontbreekt uniforme wetgeving en procedures voor de hieraan verbonden risico's voor werkgelegenheid, veroorzaakte kosten, sociale consequenties en de afwezigheid van rechtszekerheid. Uit de antwoorden op de publieke raadpleging van 2012 blijkt dat de meeste deelnemers voorstander waren voor de totstandkoming van EU-regelgeving omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Een andere keuze mogelijkheid betreft de regulering van deze grensoverschrijdende mobiliteit door dit op te nemen in de al bestaande tiende EG-richtlijn. Dit alternatief is meer praktisch, omdat de belangen van werknemers, schuldeisers en minderheidsaandeelhouders bij deze richtlijn reeds beschermd worden.

De mogelijkheid tot grensoverschrijdende mobiliteit kan de nationale medezeggenschapsrechten van werknemers aantasten. Bij de oprichting van een Europese vennootschap en de totstandkoming van Europees vennootschapsrecht vormde de medezeggenschap voor werknemers een lange tijd het meest heikele punt in de discussie. Elke EU-lidstaat heeft namelijk eigen gewoonten en tradities als het gaat om de informatie aan, raadpleging van en medezeggenschap voor werknemers. Voor EU-lidstaten met wettelijk vastgelegde normen voor medezeggenschap, was een Europese vennootschap, waarbij de medezeggenschapsrechten in het geding konden komen, voor een lange tijd onbespreekbaar. Lidstaten zoals onder andere Nederland, Duitsland, Frankrijk en Zweden vreesden voor een mogelijk gebrek aan wettelijk verankerde regelgeving omtrent werknemersrechten in de SE. Uiteindelijk hebben de EU-lidstaten overeenstemming bereikt met betrekking tot de Europese vennootschap en de bescherming van de medezeggenschap. Bij de totstandkoming van de SCE en de tiende EG-richtlijn is met betrekking tot de medezeggenschap aangesloten bij de regelgeving van de SE. Bestaande medezeggenschapsrechten worden gewaarborgd door onderhandelingen tussen de werkgever en de werknemers en door het 'voor en na-beginsel'. Het 'voor en na-beginsel' wordt ingevuld door het 'hoogste aantal-doctrine'. Dit criterium betreft een kwantitatief criterium dat in de praktijk tot een onjuiste beoordeling kan leiden. Mijn inziens zou de feitelijke situatie in de deelnemende vennootschappen ten tijde van de medezeggenschap van werknemers beslissend moeten zijn en niet het kwantitatieve criterium

waarbij gekeken wordt naar het theoretische maximale haalbare aantal leden waarvoor deze rechten zouden kunnen gelden. Het gevolg hiervan zou zijn dat Nederland niet langer kan profiteren van het kwantitatieve criterium van het 'voor en na-beginsel' bij de beoordeling wie de hoogste vorm van medezeggenschap heeft. Het 'voor en na-beginsel' vormt geen obstakel voor vennootschappen in EU-lidstaten die geen of zwakke medezeggenschapsrechten kennen op het niveau van het bestuur of het toezichthoudend orgaan die met elkaar willen fuseren. Zij kunnen profiteren van de voordelen van grensoverschrijdende reorganisatie die door de SE en de tiende EG-richtlijn worden geboden. Voor dergelijke vennootschappen kan het 'voor en na-beginsel' wel een obstakel vormen, indien het een inbound fusie middels een SE betreft. De mogelijkheid voor EU-lidstaten, die medezeggenschapsrechten kennen op het niveau van het bestuur of de raad van toezicht, om te profiteren van de voordelen die de SE te bieden heeft met betrekking tot grensoverschrijdende reorganisatie, wordt ernstig beperkt door het verplichte 'voor en na-beginsel', indien de onderhandelingen tussen het bestuur van de deelnemende vennootschappen en de werknemers(vertegenwoordigers) mislukken.

Gebleken is dat Nederland in vergelijking met de andere onderzochte EU-lidstaten sterke medezeggenschapsrechten kent. Zij heeft op twee punten zwakkere medezeggenschapsrechten dan Zweden en Duitsland. Allereerst kan gewezen worden op de Nederlandse structuurregeling. De aangestelde leden moeten namelijk onafhankelijk zijn en mogen niet voor deelbelangen opkomen. In andere landen worden zij juist aangesteld om deze belangen te behartigen. Daarnaast kunnen de werknemers(vertegenwoordigers) in Nederland de leden van de raad van toezicht niet rechtstreeks benoemen, echter hebben zij wel een aanbevelingsrecht ten aanzien van de benoeming van alle leden van de RvC en een versterkt aanbevelingsrecht voor een derde van het aantal leden van de RvC. Het tweede punt is de Nederland-constructie, waardoor Nederland een zwakkere positie heeft ten aanzien van de medezeggenschapsrechten van andere landen. Voorts moet worden opgemerkt dat het aantal ingeschreven structuurvennootschappen bij de KvK drastisch daalt en dat de toepasselijkheid van de structuurregeling redelijk eenvoudig kan worden uitgeschakeld door het gebruik van een SE of buitenlandse rechtsvormen. Hierdoor zijn er steeds minder werknemers(vertegenwoordigers) die aanspraak kunnen maken op de vennootschappelijke medezeggenschap die volgt uit de structuurregeling.

Ondanks alle pogingen om de medezeggenschapsrechten van werknemers te beschermen kan geconcludeerd worden, als men kijkt naar de vroegere en huidige ontwikkelingen, dat Europees

vennootschapsrecht kan leiden tot ondermijning van nationale medezeggenschapsrechten of zelfs ontwijking hiervan. Deze uitspraak wordt gefundeerd door de drie volgende redenen, namelijk (a) bestaande leemten in de huidige EU-wetgeving; (b) een gebrek aan aanvullende EU-regelgeving ter bescherming van bestaande medezeggenschapsrechten; (c) een opkomende Europese juridische aanpak die 'regulatory competition' bevordert. Met betrekking tot het eerste punt kan gewezen worden op het feit dat de regelgeving omtrent de medezeggenschap van werknemers bij de SE-richtlijn en de tiende EG-richtlijn niet strikt hetzelfde zijn. Geringe verschillen tussen de medezeggenschapsbepalingen van de twee richtlijnen hebben er voor gezorgd dat deskundigen en waarnemers spreken van een stap achteruit bij de tiende EG-richtlijn ten opzichte van de SE-richtlijn. De AVA heeft namelijk de mogelijkheid om op grond van de tiende EG-richtlijn zich rechtstreeks te onderwerpen aan de SE-richtlijn, zonder dat er voorafgaande onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Juist de mogelijkheid voor werknemers(vertegenwoordigers) om te kunnen onderhandelen over medezeggenschap is essentieel voor de bewerkstelling van op maat gesneden werknemersmedezeggenschap. Dit wordt door het ontbreken van de mogelijkheid tot onderhandeling uitgesloten. Een andere gering verschil is de wijziging met betrekking tot het percentage betreffende de automatische toepassing van de referentievoorschriften. Dit percentage is verhoogd van 25 naar 33 procent.

De SE-richtlijn is tevens niet immuun voor kritiek. De Europese vennootschap kan namelijk in theorie gebruikt worden om nationale medezeggenschapsrechten te omzeilen, voor zover de onderhandelingen over de rol van de werknemers vooraf moeten plaatsvinden, voordat de SE geregistreerd kan worden en deze onderhandelingen gebaseerd zijn op de medezeggenschapssituatie voorafgaand aan de goedkeuring van de SE. Ondanks dat sommige lidstaten (waaronder Nederland) wetten hebben aangenomen die voorzien in nieuwe onderhandelingen bij structurele veranderingen in de SE, blijft de situatie hieromtrent vaag. Het is aan te bevelen om bij de herziening van de SE dit belangrijke punt mee te nemen, omdat onderzoek aantoonde dat op zijn minst genomen sprake is van oneigenlijk gebruik van de SE.

De concurrentiestrijd tussen EU-lidstaten om het meest gunstige vennootschapsrecht zou een bedreiging kunnen vormen voor nationale medezeggenschapsrechten van werknemers, omdat lidstaten hun medezeggenschapsrechten kunnen aanpassen ten gunste van ondernemers waardoor een gunstig vestigingsklimaat ontstaat. Andere lidstaten zullen tevens hun medezeggenschapsrecht moeten aanpassen om te concurreren om het meest gunstige vennootschapsrecht en hiermee

voorkomen dat onderdanen zich in een andere lidstaat zullen vestigen. Een dergelijke concurrentiestrijd zal resulteren in een race to the bottom. De vraag die dan vervolgens gesteld dient te worden is: willen ondernemers dat wel? Tot op het heden heeft geen enkele studie uitgewezen welk niveau van gehanteerde medezeggenschapsrechten beter is voor de economische prestaties van een onderneming. Geen enkele onderzoeker kan een causaal verband aantonen. Daarnaast is het zogenaamde 'Delaware effect' uitgebleven. Ondernemers lijken toch niet massaal te kiezen voor buitenlandse vennootschapsvormen. Meerdere factoren hebben ertoe geleid dat gesproken kan worden van een onvolwaardige 'regulatory competition'. Het ontbreken van een 'echte' concurrentiestrijd zal mijn inziens resulteren in het behoud van nationale medezeggenschapsrechten. Het ontbreken van geharmoniseerde regelgeving omtrent statutaire zetelverplaatsingen en grensoverschrijdende splitsingen heeft geresulteerd in een beperkte migratie van bestaande vennootschappen. Indien alsnog Europese regelgeving wordt opgesteld omtrent een dergelijke zetelverplaatsing, is het goed denkbaar dat een nieuwe fase zal aanvangen in de concurrentiestrijd om het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht. Hierdoor kunnen de nationale medezeggenschapsrechten alsnog onder druk komen te staan.

De uitkomst van de lopende discussies over de mogelijke SE herziening, het voorstel voor een Europese Besloten Vennootschap (SPE) en een 14e EG-richtlijn valt nog te bezien. Pas als hier duidelijkheid over bestaat kunnen we beoordelen in hoeverre de Europese Commissie de herhaalde oproepen van het Europees Parlement, om een richtlijn betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen op te stellen, ten harte heeft genomen. De Europese Commissie is aan zet. Zij erkent het belang van deze punten, maar is van mening dat toekomstige initiatieven dienaangaande gebaseerd moeten worden op betrouwbare economische gegevens en een grondige beoordeling van de praktische en werkelijke behoefte. De Commissie zal hierover publieke en gerichte raadplegingen houden en over de resultaten daarvan verslag uitbrengen. De vraag is of de recente trends met betrekking tot de 'regulatory competition' de nieuwe Europese juridische strategie zal bevestigen, dat zal leiden tot een race to the bottom. Of dat zij deze vorm van harmonisatie verwerpt en in plaats daarvan de voorkeur geeft aan politieke compromissen met betrekking tot het Europese vennootschapsrecht, waardoor de nationale medezeggenschapsrechten van werknemers worden beschermd.

Tot slot rest mij nog te zeggen:

"TO BE CONTINUED"

Lijst van verkort aangehaalde en geraadpleegde bronnen

Literatuur

Amour 2005

J. Amour, 'Who Should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition', *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 307 (2005)*, p.2 en p.20 e.v.

Assink 2005

B.F. Assink, 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgment rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005, nr. 10, p.372-376.

Becht, Mayer en Wagner 2007

M. Becht, C. Mayer en H.F. Wagner, 'Where do firms incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', *ECGI Law Working Paper No. 70/2006*, augustus 2007, te raadplegen via: www.ssrn.com.

Bellingwout 1996

J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen: privaatrechtelijk en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer 1996 p.19.

Bergh van den 2006

R.J. van den Bergh/L.T. Visscher, 'Economische baten en kosten van eenvormig bedrijfsrecht', in: F. de Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 47.

Beurden van, van Ees en Goodijk 2009

P. Van Beurden, Hans van Ees en R. Goodijk, 'Gebruik, niet gebruik of onder benutting?', *Onderzoek naar de mogelijke onderbenutting van bevoegdheden en mogelijkheden door de (Centrale) Ondernemingsraad in grote Nederlandse ondernemingen*, Groningen: 2007, p.26.

Van den Braak 2010

S.M. van den Braak, 'Het IPR-vennootschapsrecht en Boek 10 BW: een nadere toelichting', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-7/8, p. 184.

Van Boxel 2004

H.J.M.M. van Boxel, J.K.H. van Dam, 'De Europese vennootschap; een bruikbaar instrument voor ondernemers in Europa?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004-3.

Van Boxel 2011

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. 556.

Van Boxel 2011

H.J.M.M. van Boxel, 'BOEKBESPREKING Drie stellingen Mr. 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, 556 p.', *W.P.N.R.* 2011/6905.

Van Boxel 2012

H.J.M.M. van Boxel, '(In)flexibiliteit over de grens', *Ondernemingsrecht* 2012/118, p.7.

Van Boxel 2012

H.J.M.M. van Boxel en G.J.C. Rensen, 'Crossing borders met coöperaties', *Ondernemingsrecht* 2012/82.

Coelen en Snel 2010

M. Coelen en J. Snel, 'Verenigd Koninkrijk: Angelsaksisch model onderhandelen als basis', *Ondernemingsraad* 2010, p.16.

Coelen en Snel 2010

M. Coelen en J. Snel, 'Duitsland: Betriebsrat – een Machtsfactor van Belang', *Ondernemingsraad*, juli/augustus 2010, p. 18-19.

Coffee 2002

J.C. Coffee, 'Racing towards the top?: The impact of cross-listings and stock market competition on international corporate governance', *Columbia Law Review* 2002, p. 1757-1831.

Conchon 2011

A. Conchon (2011), *Board-level employee representation rights in Europe Facts and trends*, Etui report No. 121. Brussels.

Donner 2006

J.P.H. Donner, 'Bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie', *Ondernemingsrecht* 2006/2.

Dorresteijn 2009

Dorresteijn & Verkerk, 'Nakaarten over Cartesio, Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting', *Onderneming & Financiering* 2009, p.66-68.

Dorresteijn en van het Kaar 2012

A.F.M. Dorresteijn en R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer 2012, P. 80.

Enriques 2006

L. Enriques, Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?, in: S.M. Bartman (ed.), *European Company Law in Accelerated Progress*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006, p. 59-82.

Van Gelder 2012

G.C.F. van Gelder, 'De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal al geregeld?', *Weekblad fiscaalrecht* 2012/6935.

Hansmann en Kraakman 2000

H. Hansmann, Henry en R.H. Kraakman, The End Of History For Corporate Law (January 2000). Yale Law School Working Paper No. 235.

Van Hees 2009

R.B. van Hees, 'Het Cartesio-arrest en re-incorporatie binnen de Europese Unie', *Vennootschap & onderneming* 2009, nr.1, p.6, 7, 8.

Van Hijfte e.a. 2010

B. van Hijfte, J. de Jong, H. Keman en K. Pater, 'Medezeggenschap en neo-corporatisme: hoe de Wet op de Ondernemingsraden tot stand kwam', *Intermediair* 1983/18, p.21.

Heijink 2009

J. Heijink, *Ondernemingsraad en vakbeweging*, Culemborg: Centraal Boekhuis, 2009, p.61.

Hijink 2010

Hijink, 'Grensoverschrijdende verplaatsingen van vennootschappen na Cartesio, enige juridische en beleidsmatige overpeinzingen', *Ondernemingsrecht* 2010/77, p.377.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, Hoofdstuk 9: Economische zienswijzen op de ontwikkeling van rechtstelsels: "law matters" en "regulatory competition", p. 177 in J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen*, Deventer : Kluwer, 2010.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, Hoofdstuk 12: Mogelijkheden voor "regulatory competition" bij publicatieverplichtingen (II): competitie tussen effectenbeurzen, p. 207-208 in J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen*, Deventer : Kluwer, 2010.

Hijink en Verbrugh e.a. 2011

J.B.S. Hijink en M.A. Verbrugh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer: Kluwer, 2011.

Van den Hoek 2000

M.P. van den Hoek, 'Aandelenoverdracht en zeggenschap in art. 25 WOR', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 144.

Honée 1981

H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 144.

Huizink 2009

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2009, p. 19-21.

Hustinx en Spliet 2008

A.L. Hustinx en B.A. Spliet, 'Medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies', *Arbeid Integraal* 2008/3, p. 22.

Ter Huurne 1998

G.M. ter Huurne, 'Ondernemingsraden in relatie tot de arbeidsorganisatie', *De NV* 1998/9, p. 187.

Ter Huurne 2010

G.M. ter Huurne, 'Totstandkoming van vennootschapsrecht in de EU', *Ondernemingsrecht* 2010/136.

Van den Ingh en Nowak 2006

F.J.P. van den Ingh, R.G.J. Nowak, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 12.

Juan-Mateu 2004

F. Juan-Mateu, 'The private Company I Spain – Some Recent Developments', *ECFR* 2004/1, p. 60-70.

Van het Kaar 2007

R.H. van het Kaar, 'De Nederlandse medezeggenschap in een Europees perspectief', *Hugo Sinzheimer Institut, Universiteit van Amsterdam*, Amsterdam 2007.

Van het Kaar 2011

R.H. van het Kaar, 'The European Company (SE) Statute: up against increasing competition?', *Transfer* 17/2 2011, p.193-201.

Kiem 2012

R. Kiem, 'Confronting legal uncertainties with contractual regulations: Legal ramifications of terminating a SE participation agreement', *Deutsches aktieninstitut* 2012, p.18.

Kiersch en ter Huurne 2005

E.D.G. Kiersch en G.M. ter Huurne, 'De Europese Coöperatieve Vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2005-10, p. 346-353.

Kirchner, Painter en Kaal 2004

C. Kirchner, R. Painter and W. Kaal, 'Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art. Unbundling Delaware's Product for Europe', University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers 2004-17, p.23.

Kluiver 2004

H.J. De Kluiver, 'Een vennootschap in wording', in H.J. de kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen, J.W. Bellingwout, *Preadvies van de Vereeniging 'handelsrecht' 2004: De Europese vennootschap (SE)*, Alphen aan den Rijn : Kluwer, cop. 2004, p.73.

Kluiver e.a. 2004

Prof. mr. H.J. de Kluiver, Mr. G.J.C. Rensen (secretaris), Mr. J.A.M. ten Berg, Mr. M. Brink, Prof. mr. P.J. Dortmond, Prof. mr. G. van Solinge, Mr. A.J.S.M. Tervoort, Mr. W.J.M. van Veen, Mr. drs. D.F.M.M. Zaman. *VEREENVOUDIGING EN FLEXIBILISERING VAN HET NEDERLANDSE BV-RECHT: Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken*, Den Haag, 6 mei 2004.

Knudsen 1995

H. Knudsen, *Employee participation in Europe*, London [etc.]: Sage, 1995, p. 37.

Kroeze en Vletter-van Dort 2006

Kroeze, M.J. & Vletter - van Dort, H.M. van (2006). Eenvormig vennootschapsrecht: een oud deuntje of toekomstmuziek? In F. de Ly, K.F. Haak & W.H. Boom (Eds.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?* (pp. 73-92) Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Koster 2012

H. Koster, 'VALE en grensoverschrijdende omzetting', *Bedrijfsjuridische berichten* 2012/62, p.1.

Laagland 2010

F.G. Laagland, 'Het compromis van artikel 16 Tiende richtlijn', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010 (9) 3.

Laagland 2012

F.G. Laagland, 'Artikel 16 Tiende Richtlijn binnen het Nederlandse vennootschapsrecht. Vennootschappelijke medezeggenschap bij grensoverschrijdende juridische fusie', *ARBAC* oktober 2012, p.2.

Lennarts e.a. 2012

M.L. Lennarts, J. Roest, S.F.G. Rammeloo, E. Schmieman, R.P. Raas en N.B. Spoor, *Preadvies van de vereniging 'handelsrecht' 2012 Europa! Europa?*, Deventer: Kluwer 2012.

Lennarts en Roest 2012

M.L. Lennarts en J.Roest, Europees vennootschapsrecht: waar staan we en waar moeten we naar toe?, in M.L. Lennarts, J. Roest, S.F.G. Rammeloo, E. Schmieman, R.P. Raas en N.B. Spoor, *Preadvies van de vereniging 'handelsrecht' 2012 Europa! Europa?*, Deventer: Kluwer 2012, p.13, 14.

Martin 2013

C. Martin, 'About the National Agreement Reached by Unions in France: Is French Labor Law Becoming More Flexible? Is the French Labor Code Revolutionized?', *Employment Contracts* 2013.

McCahery 2006

J.A. McCahery, (2006). 'Harmonisatie in het Europese vennootschapsrecht: de politieke economie van economische integratie', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 139(1), P. 160, 169, 170, 171.

McCahery 2007

J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, "Regulatory Competition and the Evolution of Closely Held Business Forms in Europe", APF Working Paper N° 01/06, *SSRN* 2007, p.17.

McCahery 2007

J.A. McCahery en E.P.M. Vermeulen, 'Is de 'nieuwe' BV voldoende aantrekkelijk in internationaal verband?', *TOP* 2007, nr. 6, p. 267.

Navez en Van de Velden 2012

E. Navez, K. Van de Velden, 'Emigratieheffingen van vennootschappen naar Europees recht: een noodzakelijke beperking om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen', *T.F.R.* 419 – APRIL 2012, p.6.

Nieuwe Weme 2008

M.P. Nieuwe Weme e.a., *Handboek openbaar bod*, Deventer: Kluwer 2008, p.129-130.

Nowak 2009

R.G.J. Nowak, 'Het wetsvoorstel spreekrecht OR bij belangrijke AVA-besluiten', *Ondernemingsraad* 2009 nr. 5, p. 3.

Van Ommeren en Kemperink 2011

Van Ommeren en Kemperink, 'Het spreekrecht van de ondernemingsraad', *Arbeidsrecht* 2011/5, p. 4.

Van Os 2009

M.J.J. van Os, *Grensoverschrijdende fusies in de twintigste eeuw. De zoektocht van vijf Nederlandse ondernemingen naar de ideale buitenlandse partner en het beste integratiemodel*, Amsterdam: Boom, cop. 2009.

Overkleeft 2013

F.G.K. Overkleeft, 'Het nieuwe Action Plan op het gebied van het Europese ondernemingsrecht', *V&O* 2013 nr1.

Van de Pas en van Deijk 2007

I. van de Pas, A. van Deijk, 'Medezeggenschap in België nog sterk verzuild', *OR informatie*, mei 2007/4.

Van de Pas en van Deijk 2007

I. van de Pas en A. van Deijk, 'Medezeggenschap in Frankrijk: Eerst staken, dan praten', *OR informatie*, juni 2007 (6), p. 22.

Van de Pas en van Deijk 2007

I. van de Pas, A. van Deijk, 'Medezeggenschap in het Verenigd Koninkrijk: Gat in Union-bolwerk biedt voorzichtig ruimte aan een or' *OR informatie*, juli 2007/7.

Van de Pas en van Deijk 2008

I. van de Pas, A. van Deijk, 'medezeggenschap in zweden', *OR informatie* 1 2008.

Peeters en Claes 2005

B. Peeters, W. Claes, *Europees belastingrecht*, Brussel: Larcier 2005, p.139.

Rammeloo 2011

S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van vennootschappen in de EU- Een rechtsvergelijkende exercitie van nationaalrechtelijke ontwikkelingen. State of the art anno 2010', *Ondernemingsrecht* 2011/9, p. 40-41.

Rammeloo 2012

S.F.G. Rammeloo, Overdracht van vennootschapszetels in 'Europa'- final call voor 14^e richtlijn, in M.L. Lennars, J. Roest, S.F.G. Rammeloo, E. Schmieman, R.P. Raas en N.B. Spoor, *Preadvies van de vereniging 'handelsrecht' 2012 Europa! Europa?*, Deventer: Kluwer 2012, p.63, 64.

Rhona Fob 2007

Rhona Fob, 'Co-determination at management level: Germany and the Netherlands', *Tilburg Law Review* 2007/14 nr 1&2, p. 149.

Ringe 2013

WG Ringe, 'Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition' (2013) Oxford Legal Studies Research Paper No. 34/2013, p.3.

Roelofs 2009

E.R. Roelofs, 'Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging', *WPNR* 2009(6793).

Roelofs 2010

E.R. Roelofs, 'Het symposium 'Europees Ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na 'Cartesio'', *Ondernemingsrecht* 2010/138, p. 660.

Roelofs 2012

E.R. Roelofs, 'Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing?', *Ondernemingsrecht* 2012/32, p. 170 – 173.

Roelofs 2012

E.R. Roelofs, 'Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* 2012/6950, p. 6.

Roest 2005

J. Roest, 'Medezeggenschap van werknemers', in M E Koppenol-Laforce e.a., *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, 2005, p.151.

Roest 2012

J. Roest, 'Europees vennootschapsrecht: hoe verder?', *WPNR* 2012/6950, p. 2.

Romano 1985

R. Romano, 'Law as a product: some pieces of the incorporation puzzle', *J. Law Econ. Organ.* 1985, Vol. 1, p. 225-283.

Rönnmar 2009

M. Rönnmar, 'WORKERS' REPRESENTATION AND SOCIAL DIALOGUE AT THE WORKPLACE LEVEL', National report to the XIX World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Sydney 2009, p. 2.

Sanders 2010

P. Sanders, *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders Europese NV*, Deventer: Kluwer 2010, p. 102.

Van der Sangen en Raaijmakers 2004

G.J.H. van der Sangen en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Modernisering van het BV-recht en crediteurenbescherming', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004/6, p. 255.

Van der Sangen 2006

G.J.H. van der Sangen, *The European Company and the involvement of Employees*, in S.H.M.A. Dumoulin, C.R. Huiskes, E.C.C.M. Kemmeren, G.J.H. van der Sangen, eds, *The European Company: Corporate Governance and Cross-Border Reorganisations from a Legal and Tax Perspective*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.

Van der Sangen 2006

G.J.H. van der Sangen, 'Grenzeloze mobiliteit van ondernemingen na het Sevic-arrest', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, (2006-5), p.183.

Van der Sangen en Kemmeren 2011

G.J.H. van der Sangen & E. Kemmeren, 'Cross-border Reorganizations', in: P.H.J. Essers e.a. (red.), *Reforming the Law on Business Organizations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*, The Hague: Eleven International Publishing 2011, p. 178-224.

Scharpf 1999

F. Scharpf, 'Governing in Europe, Effective and democratic?', (Oxford University Press, 1999).

Schee 2011

P.A.van der Schee, *Regulation of issuers and investor protection in the US and EU*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 209.

Schermerhorn 2009

S. Schermerhorn, 'OR krijgt spreekrecht op de algemene vergadering van N.V.'s', *P&O* 2009, nr. 4, pag. 2.

Van Schilfgaarde 2012

P. van Schilfgaarde, *van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2012, p. 446.

Schön 2005

W. Schön, 'Playing different games? Regulatory Competition in tax and company law compared', *Common Market Law Review* 2005-42, p. 336.

Schutte-Veenstra 2010

J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende fusie: rechtsvormen, voorwaarden ten toepasselijk recht', *Ondernemingsrecht* 2010/86.

Schutte-Veenstra en Verbrugh 2010

J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, 'Openbare raadpleging over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht; een kritische bespreking', *Ondernemingsrecht* 2012/136.

Schutte-Veenstra 2011

H. Schutte-Veenstra, 'Europees vennootschapsrecht: het harmonisatieprogramma en de vestigingsvrijheid van vennootschappen', in J.HIJINK, M.A. Verbrugh e.a. (eds.), *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer, Kluwer, 2011, (33) 8.

Schutte-Veenstra en Verbrugh 2011

J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, 'De SE: pro's en con's', *Ondernemingsrecht* 2011/5.

Schutte-Veenstra 2013

J.N. Schutte-Veenstra, *Europees vennootschapsrecht*, Den Haag : Sdu uitgevers, 2013.

Smiddy 2010

Smiddy, Linda O.; Cunningham, Lawrence A. (2010), *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems* (in English) (Seventh Edition e.d.), LexisNexis, pp.228–231, 241, [ISBN 978-1-4224-7659-8](#).

Smits 2006

J.M. Smits, 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het 'beste' stelsel van ondernemingsbestuur?', *TvOB* 2006, afl. 1, p. 24, 21-26.

Stoop, Berendsen, Snel, van der Coelen en Tros 2008

S. Stoop, B. Berendsen, J. Snel, M. van der Coelen, F. Tros, 'De Europese Ondernemingsraad en de Nederlandse medezeggenschap', Onderzoek in opdracht van het ministerie SZW, Den-Haag 2008.

Streek 2008

J. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen*, Deventer : Kluwer, 2008.

Thannisch 2010

R. Thannisch, 'Die Mitbestimmung im Kontext europäischer Herausforderungen', *Wiso direkt* 2010, p.4.

Tiebout 1956

C. Tiebout, 'A pure Theory of Local Expenditures', *Journal of Political Economy* 1956/64, p. 416 e.v.

Timmerman 2003

L. Timmerman, 'Van digital naar analoog vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen vennootschapssystemen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 38, 41.

Timmermans 1973

C.W.A. Timmermans, "De structuur van de naamloze vennootschap en het voorstel voor een vijfde EEG-richtlijn", *TVVS* 1973, nr. 6, p. 167-174.

Timmermans 1983

C.W.A. Timmermans, 'De tweede golf: de Europese onderstroom', *TVVS 1983*, p. 165-173.

Timmermans 2010

C.W.A. Timmermans, 'Impact of EC-law on International Company Law, the 5th European Jurists' Forum, Budapest 2009, *European Review of Private Law*, Special Issue 3-2010.

Timmermans 2011

C.W.A. Timmermans, Symposium Cartesio: een commentaar, in J.HIJINK, M.A Verbrugh e.a. (eds.), *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer, Kluwer, 2011, (33), p. 50.

Van Veen 2006

W.M.J. van Veen, *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 85.

Verbrugh 2008

M.A. Verbrugh, 'Concurrentie van vennootschapssystemen in Europa', *SEW 2008/122*, p. 1, 2,11.

Verbrugh en Timmerman 2009

M.A. Verbrugh, prof. mr. L. Timmerman, 'Het Nederlandse enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht 2009*, 35.

Verbrugh en de Jong 2011

J. de Jong en M.A. Verbrugh, 'De toekomst van het Europese ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht 2011/75*.

Verbrugh 2011

M.A. Verbrugh, "Cartesio en het perspectief op concurrentie tussen rechtsstelsels" in J.HIJINK, M.A Verbrugh e.a. (eds.), *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer, Kluwer, 2011, (33) 42-43, 196-202.

Verbrugh 2008

M.A. Verbrugh, 'De herziening van het GmbH-recht in een concurrerende omgeving. Het wetsvoorstel MoMiG', *Ondernemingsrecht* 2008/118, p. 1.

Vitols 2010

S. Vitols (2010), The European Participation Index (EPI): A Tool for Cross-National Quantitative Comparison, Background paper, European Trade Union Institute.

Vlas 2009

P. Vlas, *Rechtspersonen*, Apeldoorn: Maklu, 2009, p. 69.

Vossestein 2007

G.J. Vossestein, *De invloed van de EG op het vennootschapsrecht. Concurrentie tussen lidstaten: het Nederlandse beleid*. In Hartkamp A.S., Sieburgh C.H., Keus L.A.D. (Ed.) *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, pp. 397-428.

Wagner 2005

G. Wagner, 'The Virtues of Diversity in European Private Law', in: J.M. Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, Groningen 2005, p. 5 e.v.

Wouters 2000

J. Wouters, 'European Company Law: Quo Vadis?', *Common Market Law Review* 2000/37, p. 269-270.

De Wulf 1999

H. De Wulf, *Centros: vrijheid van vestiging zonder race to the bottom*, Working Paper Financial Law Institute Gent 1999-13, p. 4.

Witteveen 2009

P.A.M. Witteveen, 'Medezeggenschap en Europese rechtsvormen', *Ondernemingsrecht* 2009/32, p.2.

Wolters en Cremers 2010

E. Wolters en J. Cremers, 'De Europese vennootschap (SE) in Nederland: Kansen en risico's voor medezeggenschap', *Zeggenschap* juni 2010, p. 42.

Wolters en Cremers 2011

E. Wolters en J. Cremers (2011), *EU and national company law – fixation on attractiveness*, ETUI report No. 120. Brussels.

Wymeersch 2007

E. Wymeersch, 'Is a directive on corporate mobility needed?', *EBOR* 2007, p. 166.

Zaman, Van Eck & Roelofs 2009

Roelofs, E.R., Zaman, D.F.M.M. & Eck, G.C. van (2011). Reactie op 'Juridische fusies en splitsingen "zonder effecten", van mr. J.D.M. Schoonbrood en prof. mr. M. Van Olffen in WPNR (2011) 6873'. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6903, 872-877.

Kamerstukken

- Kamerstukken I 2012-2013, 33 367 A.
- Kamerstukken II 1969/70, 10 335, nr. 3.
- Kamerstukken II 2003-04, 29752, nr. 2.
- Kamerstukken II 2003/2004, 29 364, nrs. 1-2.
- Kamerstukken II 2006/07, 30929, nr. 3.
- Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3 (MVT).
- Kamerstukken II 2007/2008, 31 083, nr. 24.
- Kamerstukken II, 2008-09, 31763, nr. 2.
- Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3.
- Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 3 (MVT).
- Kamerstukken II 2012-01, 962.
- Kamerstukken II 2013/01, 25 087, nr. 34.

Wet & Regelgeving

- EERSTE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, 68/151/EEG, Pb EG 1968 L 65/8.
- TWEEDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken, 77/91/EEG, Pb EG 1977 L 26/1.
- DERDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 9 oktober 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen, 78/855/EEG, Pb EG 1978 L 295/36
- VIERDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen , 78/660/EEG, Pb EG 1978 L222/11.
- ZESDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 17 december 1982 op grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen, 82/891/EEG, Pb EG 1982 L378/47.
- ZEVENDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 13 juni 1983 op grondslag van artikel 54, lid 3, sub g van het verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 83/349/EEG, Pb EG L193/1.
- TIENDE RICHTLIJN 2005/56/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

- ELFDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lid-Staat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen , 89/666/EEG, Pb EG 1989 L 395.
- TWAALFDE RICHTLIJN VAN DE RAAD van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, 89/667/EEG, Pb EG 1989 L395/40.
- DERTIENDE RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, 2004/25/EG, L142/12.
- RICHTLIJN VAN DE RAAD van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, 94/45/EG, L254.
- RICHTLIJN VAN DE RAAD van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, 98/59/EG, OJ L 225/16,
- RICHTLIJN VAN DE RAAD van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, 2001/23/EG OJ L 82/16.
- VERORDENING (EG) VAN DE RAAD van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), 2157/2001.
- RICHTLIJN VAN DE RAAD van 8 oktober 2001, tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, 2001/86/EG.

- VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD De toepassing van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)
- RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, 2002/14/EG, L 80/29.
- VERORDENING VAN DE RAAD (EG) van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), 1435/2003, L207/1.
- RICHTLIJN VAN DE RAAD van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van een Europese Coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, 2003/72/EG, L207/25.
- RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 6 mei 2009 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, 2009/38/EG, L 122/28.
- RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 16 september 2009 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, 2009/102/EG, L258/20.
- HET VERDRAG BETREFFENDE DE WERKING VAN DE EUROPESE UNIE, 30 maart 2010, Pb EG, C 83/49.

Jurisprudentie:

- HvJ EG EG 21 juni 1974, zaak 2/74, (Reyners)
- HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Cassis de Dijon)
- HvJ EG 10 juli 1986, zaak 79/85, Jur. 1986, p. 2375-2390 (Segers)
- HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, Jur. 1988, p. 5505 (Daily Mail)
- OK 24 november 1994, NJ 1995, 474 (Wijsmuller)

- HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, Jur. 1995, p. 4165 (Gebhard)
- HvJ EG 9 maart 1999, NJ 2000, 48, JOR 1999, 117 (Centros)
- HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, Jur. 2002, p. I-9919 (Uberseering)
- OK 13 maart 2003, JOR 2003, 85 (Corus)
- HvJ 30 december 2003, zaak C-167/01, JOR 2003/249 (Inspire Arts)
- OK 1 maart 2005, JOR 2005, 87 (SKON)
- OK 5 oktober 2005, JOR 2005, 296 (Smit Transformatoren)
- HvJ 13 december 2005, JOR 2006, 33 (SEVIC Systems)
- HvJ EU 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio)
- HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09 (Albron/FNV Bondgenoten en Roest)
- HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Industrie)
- HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10 (Vale)