



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. RICHARD DE LA TOUR
van 7 december 2023¹

Zaak C-706/22

**Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG
in tegenwoordigheid van
Vorstand der O Holding SE**

[verzoek van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Europese vennootschap – Verordening (EG) nr. 2157/2001 – Artikel 12, lid 2 – Rol van de werknemers – Inschrijving van de Europese vennootschap afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de in richtlijn 2001/86/EG bedoelde onderhandelingsprocedure met betrekking tot de rol van de werknemers heeft plaatsgevonden – Europese vennootschap die is opgericht en ingeschreven als vennootschap zonder werknemers en nadien de moedermaatschappij is geworden van dochterondernemingen die werknemers in dienst hebben – Geen verplichting om a posteriori de onderhandelingsprocedure te openen – Verbod op het misbruiken van de oprichtingsprocedure van een Europese vennootschap om aan werknemers inspraakrechten te ontnemen”

I. Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 12, lid 2, van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE)², gelezen in samenhang met de artikelen 3 tot en met 7 van 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 werknemers³.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG (overkoepelende ondernemingsraad van de vennootschap O SE & Co. KG; hierna: „groepsondernemingsraad van O KG”) en de Vorstand der O Holding SE (bestuur van O Holding SE) over een verzoek om een bijzondere onderhandelingsgroep (hierna: „BOG”) in te stellen met als doel om a posteriori de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2001/86 beschreven onderhandelingsprocedure over de rol van de werknemers te openen.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² PB 2001, L 294, blz. 1.

³ PB 2001, L 294, blz. 22.

3. Richtlijn 2001/86 is de vrucht van meer dan 30 jaar onderhandelingen, aangezien de Europese Commissie al in 1970 haar eerste voorstel indiende voor een in de vorm van een verordening gegoten regeling betreffende de oprichting van een Europese vennootschap (SE).⁴ Er waren twee struikelblokken waardoor de onderhandelingen lang bleven aanslepen: het dualistische of monistische bestuursmodel van de vennootschap, en de rol van de werknemers⁵, die wordt gedefinieerd als elke procedure, met inbegrip van informatie, raadpleging en medezeggenschap, die de werknemersvertegenwoordigers in staat stelt invloed uit te oefenen op binnen de vennootschap te nemen besluiten⁶.

4. In 1989 heeft de Commissie het ontwerp voor een regeling betreffende de oprichting van een SE opgesplitst in twee voorstellen, die zij op 25 augustus van dat jaar heeft ingediend: een voorstel voor een verordening betreffende het statuut van de SE⁷ en een voorstel voor een richtlijn tot aanvulling van het statuut van de SE met betrekking tot de rol van de werknemers⁸. Het voorstel voor een verordening voorzag in de mogelijkheid om een holding-SE op te richten voor bepaalde naamloze vennootschappen die onder het recht van minstens twee lidstaten vielen dan wel al minstens twee jaar een onder het recht van een andere lidstaat vallende dochteronderneming hadden.⁹

5. In een latere fase van de onderhandelingen, in 1998, vormde het voorstel om uit te gaan van het „voor en na”-beginsel¹⁰, dat inhield dat de rechten met betrekking tot de rol van de werknemers die bestaan in de vennootschappen die aan de oprichting van een SE deelnemen, in de nieuwe SE in acht zouden moeten worden genomen, een belangrijke stap op weg naar een compromis¹¹, dat na de wijziging van de rechtsgrondslag van richtlijn 2001/86 unaniem werd aanvaard.

6. Al heel snel werd echter duidelijk dat in bepaalde lidstaten de opgerichte SE's voor het merendeel SE's zonder werknemers waren, die hadden kunnen worden ingeschreven zonder dat eerst de door artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001 voorgeschreven onderhandelingen met de BOG waren aangegaan.

7. Het feit dat een aanzienlijk aantal SE's zonder werknemers is ingeschreven zonder voorafgaande onderhandelingen over de rol van de werknemers¹², doet de vraag rijzen of het mogelijk of verplicht moet zijn om dergelijke onderhandelingen a posteriori te voeren, en of moet worden bepaald hoelang na de inschrijving van een SE die onderhandelingen nog zouden kunnen worden geopend.

⁴ Zie overweging 9 van verordening nr. 2157/2001.

⁵ Zie eindverslag van de deskundigengroep „European Systems of Worker Involvement” (verslag-Davignon) van mei 1997 (C4-0455/97), punt 9: „Ondanks de inspanningen die zijn gedaan om de standpunten dicht bij elkaar te brengen (enerzijds het standpunt „geen Europese vennootschap zonder medezeggenschap” en anderzijds het standpunt „geen export van nationale medezeggenschapsmodellen”), is er een impasse ontstaan.”

⁶ Zie artikel 2, onder h), van richtlijn 2001/86.

⁷ Zie voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese [vennootschap] [COM(89) 268 def. – SYN 218].

⁸ Zie voorstel voor een richtlijn van de Raad tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers [COM(89) 268 def. – SYN 219].

⁹ Zie artikel 2, lid 1, van dat voorstel, thans artikel 2, lid 2, van verordening nr. 2157/2001.

¹⁰ Zie overweging 18 van richtlijn 2001/86.

¹¹ Zie ontwerpnotulen van de 2102e zitting van de Raad (Arbeid en Sociale Zaken), gehouden te Luxemburg op 4 juni 1998 (8717/98), beschikbaar op het volgende internetadres: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8717-1998-INIT/nl/pdf>, blz. 6.

¹² In 2017 waren er van de 2 695 ingeschreven SE's 450 die daadwerkelijk actief waren en meer dan 5 werknemers in dienst hadden, waarbij moet worden aangetekend dat er van een aantal ingeschreven SE's geen gegevens toegankelijk zijn [zie werkdocument van Waddington, J., en Conchon, A., getiteld „Is Europeanised board-level employee representation specific? The case of European Companies (SEs)”, The European Trade Union Institute, Brussel, 2017, blz. 7].

8. In deze conclusie zal ik het Hof in overweging geven om voor recht te verklaren dat uit richtlijn 2001/86 geen verplichting voortvloeit om a posteriori in onderhandeling te treden, maar dat deze richtlijn daartoe wel de mogelijkheid biedt in gevallen waarin er sprake is van misbruik.

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. Verordening nr. 2157/2001

9. De overwegingen 1 en 21 van verordening nr. 2157/2001 luiden als volgt:

„(1) De totstandbrenging van de interne markt en de verbetering van de economische en sociale toestand in de gehele [Europese Unie] waartoe een en ander leidt, houdt niet slechts in dat de handelsbelemmeringen moeten worden opgeheven, doch ook dat er een op de dimensie van de [Unie] afgestemde herstructurering van de productiefactoren moet plaatsgrijpen. Het is daartoe onontbeerlijk dat de ondernemingen waarvan de activiteiten niet louter op de bevrediging van zuiver lokale behoeften zijn gericht, de reorganisatie van hun werkzaamheden op [Unieniveau] kunnen uittekenen en uitvoeren.

[...]

(21) Richtlijn [2001/86] strekt ertoe de werknemers een recht te verzekeren om een rol te spelen inzake aangelegenheden en besluiten die van invloed zijn op het bestaan van de SE. Voor de andere aangelegenheden met betrekking tot het sociaal recht en het arbeidsrecht, zoals het in de lidstaten georganiseerde recht op informatie en raadpleging van de werknemers, gelden de nationale voorschriften die in dezelfde gevallen op naamloze vennootschappen van toepassing zijn.”

10. Artikel 1, leden 1 en 4, van deze verordening bepaalt:

„1. Onder de voorwaarden en op de wijze, bepaald in deze verordening, kunnen op het grondgebied van de [Unie] vennootschappen worden opgericht in de vorm van een [SE].

[...]

4. De rol van de werknemers in een SE is onderworpen aan het bepaalde in richtlijn [2001/86].”

11. Artikel 2, lid 2, onder a), van dezelfde verordening luidt:

„Naamloze vennootschappen en vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid opgenomen in bijlage II die overeenkomstig het recht van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel en hoofdbestuur in de [Unie] hebben, kunnen het initiatief nemen tot de oprichting van een holding-SE, indien ten minste twee van die vennootschappen:

a) onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren [...].”

12. In artikel 8, leden 1, 14 en 16, van verordening nr. 2157/2001 staat te lezen:

„1. De statutaire zetel van de SE kan [...] naar een andere lidstaat worden verplaatst. De zetelverplaatsing leidt noch tot ontbinding van de SE, noch tot vorming van een nieuwe rechtspersoon.

[...]

14. In de wetgeving van een lidstaat kan worden bepaald dat ten aanzien van de in die lidstaat ingeschreven SE's een zetelverplaatsing die tot wisseling van het toepasselijke recht zou leiden, geen rechtsgevolgen heeft indien een bevoegde autoriteit van die lidstaat daartegen binnen de [...] termijn van twee maanden bezwaar maakt. [...].

[...]

16. Een SE die haar statutaire zetel naar een andere lidstaat heeft verplaatst, wordt met betrekking tot vóór de datum van de zetelverplaatsing [...] opgetreden geschillen geacht haar statutaire zetel te hebben in de lidstaat waar de SE vóór de zetelverplaatsing was ingeschreven, zelfs indien een rechtsvordering tegen de SE na de zetelverplaatsing wordt ingeleid.”

13. In artikel 9, lid 1, onder c), van deze verordening is bepaald:

„Op de SE zijn van toepassing:

[...]

c) voor de aangelegenheden die niet bij deze verordening worden geregeld, of, wanneer een aangelegenheid hierbij slechts gedeeltelijk is geregeld, voor de aspecten die niet onder deze verordening vallen:

[...]

ii) de wettelijke voorschriften van de lidstaten welke zouden gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft;

[...].”

14. Artikel 12, leden 1 en 2, van dezelfde verordening luidt:

„1. Elke SE wordt, in de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft, ingeschreven in een register dat bij de wetgeving van die lidstaat is aangewezen [...].

2. Een SE kan slechts worden ingeschreven indien een overeenkomst betreffende regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers is gesloten op grond van artikel 4 van richtlijn [2001/86] of een besluit is genomen op grond van artikel 3, lid 6, van [die] richtlijn of de termijn is verstreken voor onderhandelingen op grond van artikel 5 van genoemde richtlijn zonder dat er een overeenkomst is gesloten.”

2. Richtlijn 2001/86

15. De overwegingen 3, 7 en 18 van richtlijn 2001/86 luiden als volgt:

„(3) Om de sociale doelstellingen van de [Unie] te bevorderen, moeten er bijzondere voorschriften worden ingevoerd, met name inzake de rol van de werknemers, om ervoor te zorgen dat de oprichting van een SE niet gepaard gaat met intrekking of inperking van bestaande praktijken aangaande de rol van de werknemers in de vennootschappen die aan de oprichting van een SE deelnemen; dit doel moet worden nagestreefd door de vaststelling van een geheel van regels op dit gebied, ter aanvulling van de bepalingen van [verordening nr. 2157/2001].

[...]

(7) Indien er in een of meer van de vennootschappen die een SE oprichten, medezeggenschapsrechten bestaan, dienen deze rechten gevrijwaard te blijven door ze op de SE over te dragen zodra die opgericht is, tenzij de partijen anders besluiten.

[...]

(18) Het veiligstellen van de verworven rechten van werknemers betreffende hun rol in de besluitvorming van ondernemingen is een grondbeginsel en een van de doelstellingen van deze richtlijn; de vóór de oprichting van SE's bestaande rechten van de werknemers vormen mede het uitgangspunt voor de bepaling van de wijze waarop gestalte zal worden gegeven aan hun inspraakrechten in de SE (,voor en na'-beginsel). Deze benadering dient bijgevolg niet alleen van toepassing te zijn op een nieuw op te richten SE, maar ook bij structurele veranderingen in een reeds opgerichte SE en op de vennootschappen die door de gevolgen van de structurele veranderingen worden getroffen.”

16. Artikel 1 van richtlijn 2001/86 bepaalt:

„1. Deze richtlijn regelt de rol van de werknemers ten aanzien van de zaken van een [SE], als bedoeld in verordening [nr. 2157/2001].

2. Daartoe worden in elke SE, overeenkomstig de onderhandelingsprocedure van de artikelen 3 tot en met 6 of, onder de omstandigheden als omschreven in artikel 7, overeenkomstig de bijlage regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers vastgesteld.”

17. In artikel 2, onder b) en g), van richtlijn 2001/86 worden de deelnemende vennootschappen gedefinieerd als „de vennootschappen die rechtstreeks deelnemen aan de oprichting van een SE”, en de BOG als „de overeenkomstig artikel 3 ingestelde groep die tot doel heeft met het bevoegde orgaan van de deelnemende vennootschappen te onderhandelen over de vaststelling van regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in de SE”.

18. Artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift „Instelling van een [BOG]”, bepaalt in de leden 1, 2 en 6:

„1. Wanneer de leidinggevende of de bestuursorganen van de deelnemende vennootschappen een voorstel tot oprichting van een SE opstellen, doen zij zo spoedig mogelijk na de openbaarmaking van het fusievoorstel of het voorstel tot oprichting van een

holdingmaatschappij, dan wel na overeenstemming te hebben bereikt over een voorstel tot oprichting van een dochteronderneming of tot omzetting in een SE, het nodige – waaronder het verstrekken van informatie over de identiteit van de deelnemende vennootschappen, de betrokken dochterondernemingen en vestigingen, en het aantal werknemers – om met de vertegenwoordigers van de werknemers van de vennootschappen in onderhandeling te treden over regelingen inzake de rol van de werknemers in de SE.

2. Daartoe wordt er een [BOG], die representatief is voor de werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochterondernemingen en vestigingen, samengesteld [...]

[...].

6. De [BOG] kan [...] besluiten om af te zien van het openen van onderhandelingen of om de reeds geopende onderhandelingen te beëindigen en zich te verlaten op de regels inzake informatie en raadpleging van werknemers die gelden in de lidstaten waar de SE werknemers heeft. Een dergelijk besluit beëindigt de procedure tot sluiting van de in artikel 4 bedoelde overeenkomst. Wanneer een dergelijk besluit is genomen, is geen enkele bepaling van de bijlage van toepassing.

[...]

De [BOG] wordt, op schriftelijk verzoek van ten minste 10 % van de werknemers van de SE en haar dochterondernemingen en vestigingen, of van hun vertegenwoordigers, ten vroegste twee jaar na bovengenoemd besluit opnieuw bijeengeroepen, tenzij de partijen overeenkomen de onderhandelingen vroeger te heropenen. Indien de [BOG] besluit de onderhandelingen met de leiding te heropenen, maar die onderhandelingen niet tot een akkoord leiden, is geen enkele bepaling van de bijlage van toepassing.”

19. Artikel 7 van dezelfde richtlijn, met als opschrift „Referentievoorschriften”, bepaalt in de leden 1 en 2:

„1. Om het in artikel 1 omschreven doel te bereiken stellen de lidstaten [...] referentievoorschriften betreffende de rol van de werknemers vast die voldoen aan het bepaalde in de bijlage.

De referentievoorschriften van de wetgeving van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel zal hebben, zijn van toepassing vanaf de datum van inschrijving van de SE:

a) indien de partijen dit overeenkomen, dan wel

b) indien er [...] geen overeenkomst is gesloten en:

- het bevoegde orgaan van elk van de deelnemende vennootschappen besluit ermee in te stemmen dat de referentievoorschriften met betrekking tot de SE worden toegepast en daardoor de inschrijving van de SE voort te zetten en
- de [BOG] niet het in artikel 3, lid 6, bedoelde besluit heeft genomen.

2. Bovendien zijn referentievoorschriften die overeenkomstig deel 3 van de bijlage bij de wetgeving van de lidstaat van inschrijving zijn vastgesteld slechts van toepassing:

[...]

c) in het geval van een SE opgericht door oprichting van een holdingmaatschappij of een dochteronderneming:

- indien er vóór de inschrijving van de SE in een of meer van de deelnemende vennootschappen een of meer vormen van medezeggenschap van toepassing waren die ten minste 50 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestreken, of
- indien er vóór de inschrijving van de SE in een of meer van de deelnemende vennootschappen een of meer vormen van medezeggenschap van toepassing waren die minder dan 50 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestreken en de [BOG] daartoe besluit.

Indien er in de diverse deelnemende vennootschappen meer dan één vorm van medezeggenschap bestond, besluit de [BOG] welke van die vormen in de SE moet worden ingevoerd. De lidstaten kunnen regels vaststellen die bij gebreke van een besluit voor een op hun grondgebied ingeschreven SE van toepassing zijn. De [BOG] licht de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen in over de uit hoofde van dit lid genomen besluiten.”

20. Artikel 11 van richtlijn 2001/86, met als opschrift „Misbruik van procedure”, bepaalt het volgende:

„De lidstaten nemen maatregelen met inachtneming van het [Unierecht] om te voorkomen dat de oprichtingsprocedure van een SE wordt misbruikt om aan werknemers rechten met betrekking tot de rol van de werknemers te ontnemen of te ontfemen.”

21. Artikel 12, lid 2, van deze richtlijn luidt:

„De lidstaten treffen passende maatregelen ingeval deze richtlijn niet wordt nageleefd; in het bijzonder zien zij erop toe dat er administratieve of gerechtelijke procedures bestaan om de naleving van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te bewerkstelligen.”

B. Duits recht

22. Richtlijn 2001/86 is omgezet in Duits recht bij het Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (wet inzake de rol van de werknemers in een Europese vennootschap) van 22 december 2004¹³.

23. § 18 van deze wet, met als opschrift „Heropening van de onderhandelingen”, bepaalt in lid 3:

„In het geval van voorziene structurele veranderingen in de SE die kunnen leiden tot een inperking van de inspraakrechten van de werknemers, vinden er op initiatief van de leiding of de

¹³ BGBl. 2004 I, blz. 3675.

ondernemingsraad van de SE onderhandelingen plaats over die rechten. In onderling overleg kan worden besloten dat de onderhandelingen met de leiding van de SE in plaats van door de opnieuw in te stellen [BOG] kunnen worden gevoerd door de SE-ondernemingsraad samen met de werknemers die door de voorziene structurele verandering zullen worden geraakt en tot dan niet door de SE-ondernemingsraad werden vertegenwoordigd. Indien die onderhandelingen niet tot een akkoord leiden, zijn §§ 22 tot en met 33, betreffende de SE-ondernemingsraad krachtens de wet, en §§ 34 tot en met 38, betreffende medezeggenschap krachtens de wet, van toepassing.”

24. In § 43 van dezelfde wet is bepaald:

„De oprichtingsprocedure van een SE mag niet worden misbruikt om aan werknemers rechten met betrekking tot hun rol te ontnemen of te ontzeggen. Er is een vermoeden van misbruik als er binnen een jaar na de oprichting van de SE structurele veranderingen plaatsvinden die tot gevolg hebben dat aan de werknemers inspraakrechten worden ontnomen of ontzegd, zonder dat een procedure als bedoeld in § 18, lid 3, is gevolgd.”

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

25. Op 28 maart 2013 is de vennootschap O Holding SE, die overeenkomstig artikel 2, lid 2, van verordening nr. 2157/2001 is opgericht door de vennootschappen O Ltd en O GmbH, twee in het Verenigd Koninkrijk respectievelijk Duitsland gevestigde vennootschappen zonder werknemers en zonder dochterondernemingen met werknemers, ingeschreven in het register voor Engeland en Wales zonder dat de in de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2001/86 bedoelde onderhandelingen over de rol van de werknemers hadden plaatsgevonden.

26. Daags daarna, op 29 maart 2013, is O Holding SE enig aandeelhouder geworden van de vennootschap O Holding GmbH, die haar statutaire zetel had in Hamburg (Duitsland) en beschikte over een raad van toezicht die voor een derde uit werknemersvertegenwoordigers bestond. Op 14 juni 2013 heeft O Holding SE besloten die vennootschap om te zetten in een commanditaire vennootschap, genaamd O KG. Die wijziging van de rechtsvorm is op 2 september 2013 ingeschreven in het register en vanaf die datum is de medezeggenschap van de werknemers in de raad van toezicht komen te vervallen.

27. Terwijl O KG ongeveer 816 werknemers heeft en dochterondernemingen bezit in verschillende lidstaten, waarbij in totaal ongeveer 2 200 werknemers werkzaam zijn, hebben haar vennoten (O Holding SE, commanditair vennoot, en de vennootschap O Management SE, behorend vennoot, met zetel in Hamburg, waarvan O Holding SE enig aandeelhouder is) geen enkele werknemer.

28. Met ingang van 4 oktober 2017 heeft O Holding SE haar statutaire zetel verplaatst naar Hamburg.

29. Aangezien de groepsondernemingsraad van O KG van mening was dat de leiding van O Holding SE verplicht was om a posteriori een BOG in te stellen omdat deze vennootschap in verschillende lidstaten dochterondernemingen in de zin van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/86 met werknemers heeft, is hij een contentieuze arbeidsrechtelijke procedure gestart. De leiding van O Holding SE heeft zich tegen de door die groepsondernemingsraad ingestelde vordering verzet.

30. Nadat die vordering door het Arbeitsgericht Hamburg (arbeidsrechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) was afgewezen en deze beslissing door het Landesarbeitsgericht Hamburg (arbeidsrechter van de deelstaat Hamburg, Hamburg, Duitsland) was bevestigd, is de zaak voorgelegd aan het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland), de verwijzende rechter.

31. Ter beslechting van het bij hem aanhangige geding verzoekt die rechter om uitlegging van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001, gelezen in samenhang met de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2001/86. De verwijzende rechter erkent dat in deze bepalingen niet met zoveel woorden staat dat wanneer er niet vooraf over de rol van de werknemers is onderhandeld, die onderhandelingen a posteriori dienen plaats te vinden. Dit komt volgens hem doordat zowel de verordening als de richtlijn, zoals met name uit de overwegingen 1 en 2 van de verordening blijkt, ervan uitgaat dat de aan de oprichting van een SE deelnemende vennootschappen of hun dochterondernemingen economisch actief zijn en dus werknemers hebben, zodat dergelijke onderhandelingen al bij de oprichting en vóór de inschrijving van de SE kunnen worden aangegaan. De verwijzende rechter vraagt zich daarom af of in gevallen waarin een SE wordt ingeschreven terwijl geen van de deelnemende vennootschappen of van de dochterondernemingen van deze vennootschappen werknemers in dienst heeft, het met de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2001/86 beoogde doel zou kunnen vereisen dat er posteriori over de rol van de werknemers wordt onderhandeld wanneer de SE een onderneming wordt die zeggenschap uitoefent over dochterondernemingen met werknemers in verschillende lidstaten.

32. In deze context is de verwijzende rechter van oordeel dat een dergelijke verplichting in elk geval zou kunnen voortvloeien uit artikel 11 van richtlijn 2001/86 indien de SE, zoals in het hoofdgeding, de dochterondernemingen kort na haar inschrijving heeft verworven, omdat dan zou kunnen worden aangenomen dat de SE-route is misbruikt om aan werknemers inspraakrechten te ontnemen of te ontfangen.

33. Zou er sprake zijn van een verplichting om a posteriori de onderhandelingsprocedure over de rol van de werknemers in gang te zetten, dan rijzen er volgens de verwijzende rechter nog andere vragen, namelijk de vraag of deze verplichting begrensd is in de tijd, en de vraag of op die onderhandelingsprocedure de wetgeving van toepassing is van de lidstaat waar de SE inmiddels haar zetel heeft, dan wel die van de lidstaat waar zij voor het eerst is ingeschreven, gelet op het feit dat in het onderhavige geval die laatste lidstaat de Unie heeft verlaten nadat de SE haar zetel had verplaatst naar Duitsland.

34. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 12, lid 2, van verordening [nr. 2157/2001], gelezen in samenhang met de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn [2001/86], aldus worden uitgelegd dat wanneer een holding-SE wordt opgericht door deelnemende vennootschappen die geen werknemers in dienst hebben en geen dochterondernemingen bezitten die werknemers in dienst hebben (een zogeheten SE zonder werknemers), en in het register van een lidstaat wordt ingeschreven zonder dat eerst overeenkomstig deze richtlijn de onderhandelingsprocedure over de rol van de werknemers in de SE heeft plaatsgevonden, deze onderhandelingsprocedure a posteriori moet worden gevolgd wanneer de SE een onderneming wordt die zeggenschap uitoefent over dochterondernemingen met werknemers in verschillende lidstaten [...]?

- 2) Indien het Hof de eerste prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt: geldt de verplichting of de mogelijkheid om a posteriori in onderhandeling te treden over de rol van de werknemers, in een dergelijk geval zonder enige beperking in de tijd?
- 3) Indien het Hof de tweede prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt: staat artikel 6 van richtlijn [2001/86] eraan in de weg dat op een a posteriori gevolgde onderhandelingsprocedure de wetgeving wordt toegepast van de lidstaat waar de SE inmiddels haar zetel heeft, wanneer de ‚SE zonder werknemers’ in een andere lidstaat in het register werd ingeschreven zonder dat eerst een dergelijke procedure had plaatsgevonden, en zij nog vóór de verplaatsing van haar statutaire zetel een onderneming werd met zeggenschap over dochterondernemingen met werknemers in verschillende lidstaten [...]?
- 4) Indien het Hof de derde prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt: is dat ook het geval wanneer de staat waar die ‚SE zonder werknemers’ voor het eerst werd ingeschreven, na de verplaatsing van de statutaire zetel van de SE de [...] Unie heeft verlaten, en zijn wetgeving geen bepalingen meer bevat die betrekking hebben op een onderhandelingsprocedure over de rol van de werknemers in de SE?”

35. De Duitse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

36. Ter terechtzitting van 28 september 2023 hebben de groepsondernemingsraad van O KG, de leiding van O Holding SE, de Duitse en de Luxemburgse regering alsmede de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt en de door het Hof gestelde mondelinge vragen beantwoord.

IV. Analyse

37. Voor de oprichting van een SE gelden enkele belangrijke beginselen.

38. In de eerste plaats kan een SE maar op vier manieren worden opgericht: door fusie, door vorming van een holding-SE, door oprichting van een dochter-SE en door omzetting van een naamloze vennootschap in een SE.¹⁴

39. In de tweede plaats zijn op de SE van toepassing:

- de bepalingen van verordening nr. 2157/2001;
- de bepalingen van haar statuten, wanneer deze verordening dit uitdrukkelijk toestaat, of
- voor de aangelegenheden die niet (volledig of gedeeltelijk) bij deze verordening worden geregeld, de ter uitvoering van Unierechtelijke maatregelen vastgestelde nationale voorschriften die specifiek op de SE gericht zijn, de wettelijke voorschriften van de lidstaten die gelden voor naamloze vennootschappen van de lidstaat waar de SE is ingeschreven, en de statutaire bepalingen van de SE, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor naamloze vennootschappen van de lidstaat waar de SE is ingeschreven.¹⁵

¹⁴ Zie artikel 2 van verordening nr. 2157/2001.

¹⁵ Zie artikel 9, lid 1, van verordening nr. 2157/2001.

40. In de derde plaats kan de SE slechts worden ingeschreven indien een overeenkomst betreffende regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers is gesloten in de zin van artikel 4 van richtlijn 2001/86, indien de BOG heeft besloten zich te verlaten op de regels die gelden in de lidstaten waar de SE werknemers heeft, of indien er bij het verstrijken van de in artikel 5 van richtlijn 2001/86 bepaalde termijn voor de onderhandelingen nog geen overeenkomst is gesloten.¹⁶

41. Zoals gezegd vormde werknemersmedezeggenschap, gedefinieerd als de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap¹⁷, in de onderhandelingen over het voorstel voor regelgeving betreffende de oprichting van een SE een van de hete hangijzers waardoor die onderhandelingen in een impasse raakten.¹⁸ Het „voor en na”-beginsel, gebaseerd op de gedachte dat het bestaande hoge beschermingsniveau van inspraakrechten moet worden gehandhaafd, is uiteindelijk doorslaggevend geweest voor het slagen van die onderhandelingen. Dit beginsel is aanvaard door zowel de voorstanders van bescherming van medezeggenschap, omdat hiermee een hoog niveau van werknemersmedezeggenschap kon worden gehandhaafd, als de lidstaten die dit systeem niet kenden en hierin een middel zagen om hoofdkantoren aan te trekken.¹⁹

42. Het „voor en na”-beginsel geldt echter alleen voor de deelnemende vennootschappen en zorgt ervoor dat de in deze vennootschappen bestaande inspraakrechten worden beschermd.²⁰

43. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of onderhandelingen over de regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers a posteriori kunnen worden geopend, dat wil zeggen na de inschrijving van een holding-SE die is opgericht door vennootschappen die op het moment van die inschrijving geen werknemers in dienst hadden.

44. Vooraf zij eraan herinnerd dat, anders dan de formulering van die eerste prejudiciële vraag suggereert, de verplichting om een BOG in te stellen en om ab initio in onderhandeling te treden over de rol van de werknemers, ontstaat ongeacht of de holding-SE dochterondernemingen met werknemers heeft. Artikel 2, onder b), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/86 zien immers uitsluitend op de vennootschappen die rechtstreeks aan de oprichting van de SE deelnemen, zodat alleen de in deze vennootschappen verworven inspraakrechten van de werknemers in aanmerking worden genomen. Daarentegen wordt bij het samenstellen van de BOG²¹ en bij het opstellen van de overeenkomst²² wél rekening gehouden met de dochterondernemingen en de vestigingen van de SE.²³

¹⁶ Zie artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001.

¹⁷ Zie artikel 2, onder k), van richtlijn 2001/86.

¹⁸ Zie punt 3 van deze conclusie.

¹⁹ Zie Sick, S., „Worker participation in SEs – a workable, albeit imperfect compromise”, in Cremers, J., Stollt, M., en Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, The European Trade Union Institute, Brussel, 2013, blz. 93-106, met name blz. 96 en 97.

²⁰ Zie de overwegingen 3, 7 en 18 van richtlijn 2001/86.

²¹ Zie artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/86.

²² Zie artikel 4, lid 2, onder b), van richtlijn 2001/86.

²³ Zie werkdocument nr. 6 van de uit nationale experts en adviseurs inzake sociale aangelegenheden bestaande deskundigengroep die door de Commissie was ingesteld bij wijze van forum ter bespreking van de manieren waarop richtlijn 2001/86 kon worden omgezet in nationaal recht (hierna: „deskundigengroep SE”), van 2 oktober 2002, getiteld „Definition of ‚participating companies’ – Article 2 (b)”, blz. 30 en 31.

45. Hoewel volgens artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001 een SE slechts kan worden ingeschreven indien er onderhandelingen hebben plaatsgevonden binnen de BOG, doen zich in de praktijk situaties voor waarin een dergelijke inschrijving plaatsvindt zonder dat er een BOG is ingesteld of is onderhandeld over de regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers, omdat dat onmogelijk is.

46. Dat is het geval wanneer het initiatief voor de vorming van een holding-SE wordt genomen door vennootschappen die geen werknemers in dienst hebben, of wanneer een dochter-SE wordt opgericht door vennootschappen zonder werknemers.²⁴ In die situaties is het wegens het ontbreken van personeel bij de deelnemende vennootschappen onmogelijk om een BOG in te stellen op de wijze als bepaald in richtlijn 2001/86.

47. De vraag of een SE die niet voldoet aan artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001, toch kan worden ingeschreven, is in Duitsland voorgelegd aan de rechter. Het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland)²⁵ heeft op basis van een teleologische lezing van deze bepaling en ondanks het verzet van de vakbonden geoordeeld dat een dergelijke SE moet kunnen worden ingeschreven.²⁶

48. SE's die zijn ingeschreven zonder dat er ab initio is onderhandeld over de rol van de werknemers, komen voor in verschillende lidstaten (met name in Duitsland en Tsjechië, die tal van dergelijke SE's kennen²⁷).

49. De aanvaarding van die mogelijkheid, in strijd met de letter van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001, was volgens de Duitse regering gerechtvaardigd door een teleologische uitlegging van deze bepaling: ook vennootschappen zonder eigen werknemers moeten gebruik kunnen maken van de economische vrijheden op de interne markt. Bovendien is niet alleen erkend dat er zonder werknemers in de deelnemende vennootschappen geen BOG kon worden ingesteld, maar ook dat er geen te beschermen bestaande werknemersrechten waren en dat het „voor en na”-beginsel dus niet kon worden toegepast. Een verplichting om te onderhandelen over regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers zou in die gevallen zijn neergekomen op een verbod om een SE op te richten. De Commissie heeft in haar opmerkingen uitgelegd dat die mogelijkheid van inschrijving zonder voorafgaande onderhandelingen kan worden gebaseerd op de bepalingen van verordening nr. 2157/2001 waarin staat dat voor de aangelegenheden die niet bij deze verordening worden geregeld, het nationale recht van toepassing is dat geldt voor naamloze vennootschappen in de betrokken lidstaat. Wanneer volgens dat nationale recht oprichting van een naamloze vennootschap zonder werknemers mogelijk is, zou dat dus ook moeten gelden voor een SE.²⁸

50. Het wordt dus niet betwist dat in de aan het Hof voorgelegde situatie inschrijving van de SE zonder werknemers mogelijk is.²⁹

²⁴ Zie Stollt, M., en Kelemen, M., „A big hit or a flop? A decade of facts and figures on the European Company (SE)”, in Cremers, J., Stollt, M., en Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., blz. 25-47, met name blz. 45 en 46.

²⁵ Zie arrest I-3 Wx 248/08 van 30 maart 2009.

²⁶ Zie Köstler, R., „SEs in Germany”, in Cremers, J., Stollt, M., en Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., blz. 123-131, met name blz. 128 en 129.

²⁷ Zie Stollt, M., en Wolters, E., *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE) – Guide pour les acteurs de terrain*, The European Trade Union Institute, Brussel, 2013, blz. 93.

²⁸ Zie artikel 9, lid 1, onder c), ii), van verordening nr. 2157/2001.

²⁹ Dit zou ook het geval zijn voor de oprichting van een dochter-SE door deelnemende vennootschappen zonder werknemers.

51. Derhalve rijst de vraag of er a posteriori onderhandelingen kunnen worden geopend over de rol van de werknemers.

52. Volgens artikel 3, lid 6, vierde alinea, van richtlijn 2001/86 kunnen dergelijke onderhandelingen na inschrijving van de SE slechts plaatsvinden op schriftelijk verzoek van ten minste 10 % van de werknemers van de SE en haar dochterondernemingen en vestigingen, of van hun vertegenwoordigers, en op zijn vroegst twee jaar na het besluit van de BOG om van onderhandelingen vóór inschrijving af te zien of om die onderhandelingen te beëindigen, tenzij de partijen overeenkomen de onderhandelingen op een ander tijdstip te heropenen. Hieruit blijkt duidelijk dat die onderhandelingen a posteriori slechts mogelijk zijn indien er ab initio een BOG is ingesteld, en dat het daarbij eigenlijk om hernieuwde onderhandelingen gaat. Volgens de bijlage bij richtlijn 2001/86 is het ook mogelijk om in gevallen waarin de referentievoorschriften worden toegepast, onderhandelingen te openen vier jaar nadat het vertegenwoordigingsorgaan is ingesteld.³⁰

53. In overweging 18 van richtlijn 2001/86 wordt verklaard dat de vóór de oprichting van SE's bestaande werknemersrechten mede het uitgangspunt vormen voor de bepaling van de wijze waarop gestalte zal worden gegeven aan hun inspraakrechten in de SE („voor en na”-beginsel), en dat deze benadering bijgevolg niet alleen van toepassing dient te zijn op een nieuw op te richten SE, maar ook bij structurele veranderingen in een reeds opgerichte SE en op de vennootschappen die door de gevolgen van de structurele veranderingen worden getroffen. Deze overweging vormt dus een onvoldoende grondslag voor een recht om a posteriori in onderhandeling te treden over de rol van de werknemers indien er niet van meet af aan een BOG is ingesteld.

54. Anders dan de Duitse en de Luxemburgse regering stellen, is de onmogelijkheid om a posteriori onderhandelingen te openen, namelijk niet het gevolg van een verzuim bij het opstellen van richtlijn 2001/86, maar van een echte keuze van de Uniewetgever, die voortvloeide uit het compromis over het „voor en na”-beginsel.

55. In dit verband kunnen verschillende elementen worden vermeld. In de eerste plaats werd in het verslag-Davignon, dat als basis heeft gediend voor de laatste onderhandelingen over verordening nr. 2157/2001 en richtlijn 2001/86, duidelijk aangegeven dat het met het oog op de voorspelbaarheid voor aandeelhouders en werknemers en de stabiliteit van de SE wenselijk was dat er onderhandelingen over de rol van de werknemers zouden plaatsvinden vóór de inschrijving van de SE.³¹ In de tweede plaats had het Europees Parlement een overweging 7 bis voorgesteld die uitdrukkelijk voorzag in de mogelijkheid om a posteriori in onderhandeling te treden, maar die werd verworpen³² ten gunste van de veel vagere formulering van overweging 18 van richtlijn 2001/86.

56. Die keuze van de Uniewetgever kwam ook naar voren bij het opstellen van het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap en in richtlijn 2003/72/CE³³ over de rol van de werknemers in een dergelijke vennootschap, waarin namelijk expliciet is bepaald dat a posteriori over de rol van de werknemers moet worden onderhandeld indien het totale aantal werknemers in minimaal

³⁰ Zie bijlage, deel 1, onder g), bij richtlijn 2001/86.

³¹ Zie verslag-Davignon, punten 50 en 69, alsmede werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE van 23 juni 2003, getiteld „Misuse of procedures – Article 11” (hierna: „werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE”), blz. 125 en 126.

³² Zie verslag van het Europees Parlement van 21 juni 2001 over het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers (A5-0231/2001), blz. 7.

³³ 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 (PB 2003, L 207, blz. 25).

twee lidstaten 50 of meer bedraagt.³⁴ In dat geval hebben de onderhandelingen tussen de lidstaten dus ertoe geleid dat er een verplichting is ingevoerd om a posteriori te onderhandelen over de rol van de werknemers, die wel alleen geldt bij het overschrijden van een bepaalde drempel. De regelgeving inzake SE's voorziet echter niet in deze verplichting.

57. Voorts werd de problematiek van SE's zonder werknemers al in 2003 aangekaart door de deskundigengroep SE³⁵, maar ook door de groep onafhankelijke experts die door de Commissie waren aangewezen om richtlijn 2001/86 overeenkomstig artikel 15 van deze richtlijn aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.³⁶

58. De Commissie was zich bij het opstellen van haar verslag over de toepassing van verordening nr. 2157/2001 en haar mededeling betreffende het heronderzoek van richtlijn 2001/86 dus ten volle bewust van die problematiek. In dat verslag gaat de Commissie in op de activering van brievenbus-SE's³⁷ en stelt zij vervolgens dat „[e]ventuele overwegingen tot herziening van het SE-statuut voor het wegnemen van de praktische problemen die door meerdere belanghebbenden zijn gesignaleerd, [...] in aanmerking [moeten] nemen dat het statuut het resultaat is van een delicaat compromis dat na langdurige onderhandelingen tot stand is gekomen. De Commissie bezint zich momenteel over mogelijke wijzigingen en zal eventueel in 2012 de daartoe strekkende voorstellen doen.”³⁸ In haar mededeling erkent de Commissie ook dat richtlijn 2001/86 geen bepalingen bevat over SE's die worden opgericht zonder werknemers³⁹, en geeft zij toe dat zij problemen heeft vastgesteld, maar merkt zij op dat, aangezien de totstandkoming van verordening nr. 2157/2001 en richtlijn 2001/86 het resultaat was van een delicaat compromis dat pas na 30 jaar onderhandelingen was bereikt, zij in 2009, op het ogenblik waarop de verordening opnieuw zou worden onderzocht, zou overwogen of het gepast was om beide instrumenten te herzien.⁴⁰

59. Voorts is een eind na de omzettingsdatum van richtlijn 2001/86 uitvoerig op de problematiek ingegaan in een werk dat is gewijd aan tien jaar ervaring met de SE.⁴¹

60. In een resolutie van 2021 heeft het Parlement de Commissie verzocht de noodzakelijke verbeteringen aan te brengen in de regelgevingskaders voor SE's en Europese coöperatieve vennootschappen, alsook, op basis van een tijdig door haar uit te voeren evaluatie, in het pakket inzake het vennootschapsrecht, en deze te wijzigen om Europese minimumregels in te voeren voor de medezeggenschap en vertegenwoordiging van werknemers in raden van toezicht.⁴²

³⁴ Zie artikel 8, lid 3, van richtlijn 2003/72.

³⁵ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 124.

³⁶ Zie Valdès Dal-Ré, F., *Studies on the implementation of Labour Law Directives in the enlarged European Union, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees, Synthesis report*, blz. 101 en 102.

³⁷ Zie verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2010 over de toepassing van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) [COM(2010) 676 final], blz. 9.

³⁸ Zie het in voetnoot 37 van deze conclusie aangehaalde verslag, blz. 11.

³⁹ Zie mededeling van de Commissie van 30 september 2008 betreffende het heronderzoek van 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 [COM(2008) 591 final], blz. 7.

⁴⁰ Zie de in voetnoot 39 van deze conclusie aangehaalde mededeling, blz. 9 en 10.

⁴¹ Zie Cremers, J., Stollt, M., en Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., met name hoofdstukken 1, 4 en 6 (zie de voetnoten 24, 19 en 26 van deze conclusie).

⁴² Zie resolutie van het Europees Parlement van 16 december 2021 over democratie op het werk: een Europees kader voor de medezeggenschapsrechten van werknemers en de herziening van de richtlijn inzake een Europese ondernemingsraad [2021/2005(INI)], punten 6 en 10.

61. Hoewel er vanaf 2003, tot in 2021, problemen in verband met de oprichting en het bestaan van SE's zijn geconstateerd, met name met betrekking tot de oprichting van een dergelijke vennootschap zonder de instelling van een BOG, heeft de Commissie nooit voorgesteld om wijzigingen in verordening nr. 2157/2001 of richtlijn 2001/86 aan te brengen om die problemen te verhelpen. Niet alleen heeft de Commissie nooit wijzigingen in die zin voorgesteld, zij heeft ook haar andere voorstellen voor regelingen op het gebied van het vennootschapsrecht die gevolgen zouden hebben voor de medezeggenschap of de rol van de werknemers binnen de structuur of in het kader van de deelname van de vakbonden aan de uitwerking van het voorstel, zien stranden (haar voorstel voor een Europese besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is ingediend in 2008 en ingetrokken in 2014, en haar voorstel voor een besloten eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid is ingediend in 2014 en ingetrokken in 2018⁴³).

62. In dit stadium staat het volgens mij dan ook vast dat het ontbreken van een bepaling over het a posteriori aangaan van onderhandelingen over de rol van de werknemers in de situatie waarin een SE is opgericht zonder BOG, het gevolg is van een bewuste keuze van de Uniewetgever, ook al kan het ontbreken van een dergelijke bepaling door de voorstanders van het systeem waarbij er een rol wordt toegekend aan de werknemers, met name in de vorm van medezeggenschap, als een leemte worden beschouwd.

63. In deze context moet overweging 18 van richtlijn 2001/86 dan ook aldus worden begrepen dat zij ziet op structurele veranderingen in een SE die is opgericht mét een BOG. Dit is des te logischer daar in die overweging wordt gesproken van „[d]eze benadering”, waarmee wordt gerefereerd aan het in de voorgaande zin genoemde „voor en na”-beginsel, dat impliceert dat er bestaande rechten zijn die moeten worden beschermd. Die overweging beoogt dus in werkelijkheid het prioritaire belang van onderhandelingen ter zake te benadrukken, wat ook blijkt uit het feit dat in de oorspronkelijke overeenkomst over de rol van de werknemers de datum van inwerkingtreding van de overeenkomst, de looptijd, de gevallen waarin opnieuw over de overeenkomst moet worden onderhandeld en de procedure voor hernieuwde onderhandelingen moeten worden bepaald.⁴⁴

64. Dit was ook de zienswijze van de nationale experts en de adviseurs inzake sociale aangelegenheden van de deskundigengroep SE (die hebben deelgenomen aan de onderhandelingen over richtlijn 2001/86 en tot taak hadden een verslag op te stellen om de omzetting van deze richtlijn te vergemakkelijken). Zij stellen namelijk dat, afgezien van de in richtlijn 2001/86 opgenomen bepalingen waarin de problematiek impliciet en gedeeltelijk wordt geregeld⁴⁵, de voorschriften van deze richtlijn zo zijn opgesteld dat zij alleen onmiddellijk vóór de oprichting van de SE en op het moment van die oprichting van toepassing zijn, waardoor het nodig kan zijn dat die voorschriften, die vooral beogen te voorkomen dat er medezeggenschap verdwijnt, door de betrokken partijen op dynamische wijze worden toegepast, en niet alleen op het moment van oprichting van de SE. De leden van de deskundigengroep voegen daaraan toe dat de met de toepassing van richtlijn 94/45/EG⁴⁶ opgedane ervaring leert dat dergelijke problemen hoofdzakelijk worden opgelost door middel van het sluiten van overeenkomsten. Zij komen tot de conclusie dat aangezien richtlijn 2001/86 niet verder gaat, de problematiek van

⁴³ Zie Infopagina van het Europees Parlement over de Europese Unie, getiteld „Vennootschapsrecht”, beschikbaar op het volgende internetadres: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/nl/sheet/35/le-droit-des-societes>.

⁴⁴ Zie artikel 4, lid 2, onder h), van richtlijn 2001/86.

⁴⁵ Zie artikel 4, lid 2, onder h), van richtlijn 2001/86, alsmede bijlage, deel 1, onder g), bij deze richtlijn.

⁴⁶ 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 (PB 1994, L 254, blz. 64).

veranderingen die plaatsvinden na de oprichting van een SE, zonder dat er sprake is van misbruik, slechts lijkt te kunnen worden geregeld door in de nationale bepalingen tot omzetting van artikel 4, lid 2, van deze richtlijn, dat betrekking heeft op de inhoud van de overeenkomst, gedetailleerd aan te geven welke structurele veranderingen zich zouden kunnen voordoen, teneinde de partijen daarvan bewust te maken.⁴⁷

65. Volgens de deskundigengroep SE is dit de enige speelruimte die de lidstaten op dit punt hebben.

66. Tegelijkertijd heeft die deskundigengroep ook duidelijk aangegeven dat een verplichting om a posteriori in onderhandeling te treden over de rol van de werknemers een doeltreffende sanctie zou kunnen zijn in gevallen waarin de SE-route is misbruikt om werknemers hun medezeggenschapsrechten te ontnemen, en dat die sanctie zelfs het voordeel zou hebben dat dergelijk misbruik door alle lidstaten op dezelfde wijze wordt aangepakt.⁴⁸ Volgens artikel 11 van richtlijn 2001/86 moeten de lidstaten immers met inachtneming van het Unierecht maatregelen nemen om te voorkomen dat de oprichtingsprocedure van een SE wordt misbruikt om aan werknemers inspraakrechten te ontnemen of te ontzeggen.

67. De deskundigengroep somt in dit verband een aantal voorbeelden op van situaties waarin er sprake kan zijn van misbruik, bijvoorbeeld wanneer een SE zonder medezeggenschap wordt opgericht via dochterondernemingen zonder medezeggenschap, en die SE vervolgens de zeggenschap krijgt over alle dochterondernemingen met of zonder medezeggenschapsregeling, maar ook wanneer een SE wordt opgericht door omzetting in een lidstaat die geen medezeggenschap kent, en vervolgens haar zetel verplaatst naar een lidstaat die wel een dergelijk systeem kent, of wanneer een SE wordt opgericht voordat de drempel wordt gehaald waarboven de medezeggenschapsregels van toepassing worden.⁴⁹

68. In al deze voorbeelden wordt een SE opgericht zonder voorafgaande onderhandelingen binnen een BOG over de rol van de werknemers, aangezien de SE wordt gevormd via vennootschappen zonder medezeggenschap. Het is dan ook duidelijk dat de deskundigengroep SE situaties voor ogen had waarin een SE wordt opgericht zonder dat er eerst is onderhandeld en zonder dat de subsidiaire referentievoorschriften standaard worden toegepast, en voorts van mening was dat er geen wettelijke verplichting om a posteriori onderhandelingen aan te gaan zou moeten gelden bij structurele veranderingen, maar alleen in geval van misbruik.

69. Die deskundigengroep heeft vervolgens aangegeven hoe een nationale antimisbruikbepaling zou kunnen luiden.⁵⁰ De basisidee daarbij is dat er in de in punt 67 van deze conclusie genoemde situaties onderhandelingen zouden moeten worden gevoerd zodra het misbruik volgens de daarvoor geldende algemene regels is aangetoond, waarbij zou kunnen worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden van misbruik indien de veranderingen kort na de inschrijving van de SE (bijvoorbeeld binnen een tijdsbestek van een jaar) plaatsvinden.⁵¹ Volgens de deskundigengroep zou de ideale oplossing zijn dat wordt bepaald dat er in die situaties opnieuw moet worden onderhandeld en dat bij het mislukken van die onderhandelingen de in de bijlage bij richtlijn 2001/86 opgenomen referentievoorschriften voor medezeggenschap⁵² van toepassing worden.

⁴⁷ Zie werkdocument nr. 17 van de deskundigengroep SE van 23 juni 2003, getiteld „Content of the agreement – Article 4”, blz. 113 en 114.

⁴⁸ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 124-126.

⁴⁹ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 124.

⁵⁰ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 126 en 127.

⁵¹ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 125.

⁵² Zie bijlage, deel 3, bij richtlijn 2001/86.

Daartoe zouden de artikelen 3 tot en met 7 van deze richtlijn *mutatis mutandis* moeten worden toegepast en zouden de verwijzingen naar het moment van inschrijving van de SE moeten worden vervangen door verwijzingen naar het moment waarop de onderhandelingen mislukken.⁵³

70. Hoe dan ook kan – onder voorbehoud van toetsing door de nationale rechter – de enkele verplaatsing van de statutaire zetel of de toepassing van een bepaling van nationaal recht die toestaat dat een einde wordt gemaakt aan de medezeggenschap van de werknemers in een vennootschap die de dochteronderneming van een SE is en aan dat nationale recht onderworpen blijft, op zichzelf geen misbruik opleveren, omdat anders afbreuk zou worden gedaan aan de doeltreffendheid van verordening nr. 2157/2001 en richtlijn 2001/86.

71. Al met al mag het resultaat van de onderhandelingen over die verordening en die richtlijn dan ontoereikend lijken, feit is dat de lidstaten hebben gewild dat het „voor en na”-beginsel wordt toegepast op het moment van inschrijving van de SE. Een uitbreiding van de medezeggenschapsrechten van de werknemers via de rechtspraak lijkt mij dan ook niet mogelijk, omdat daarmee het door die onderhandelingen zo moeizaam bereikte evenwicht op losse schroeven zou komen te staan. Indien ook in andere situaties dan die waarin er sprake is van misbruik, *a posteriori* over de rol van de werknemers zou moeten worden onderhandeld, zou namelijk de eveneens door de regelgeving nagestreefde stabiliteit van de vennootschap in gevaar komen⁵⁴, omdat die onderhandelingen dan zouden kunnen plaatsvinden in gevallen waarin er sprake is van omzetting in een SE voordat de drempel wordt overschreden waarboven naar nationaal recht de medezeggenschapsregels van toepassing worden, dan wel telkens wanneer het aantal werknemers wijzigt wegens de verkoop of verwerving van dochterondernemingen.

72. Om al deze redenen geef ik het Hof in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 12, lid 2, van verordening nr. 2157/2001, gelezen in samenhang met de artikelen 3 tot en met 7 van richtlijn 2001/86, aldus moet worden uitgelegd dat het feit alleen dat een door vennootschappen zonder werknemers opgerichte holding-SE die is ingeschreven zonder dat eerst onderhandelingen zijn gevoerd over de rol van de werknemers, vervolgens een onderneming wordt die zeggenschap uitoefent over dochterondernemingen met werknemers in een of meer lidstaten, geen verplichting doet ontstaan om dergelijke onderhandelingen te openen.

73. Gelet op dit antwoord hoeven de overige prejudiciële vragen volgens mij niet te worden beantwoord.

V. Conclusie

74. Gelet op al het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van het Bundesarbeitsgericht te beantwoorden als volgt:

„Artikel 12, lid 2, van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), gelezen in samenhang met de artikelen 3 tot en met 7 van 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,

moet aldus worden uitgelegd dat

⁵³ Zie werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 127.

⁵⁴ Zie verslag-Davignon, punt 50, aangehaald in werkdocument nr. 19 van de deskundigengroep SE, blz. 126.

het feit alleen dat een door vennootschappen zonder werknemers opgerichte holding-SE die is ingeschreven zonder dat eerst is onderhandeld over de rol van de werknemers, vervolgens een onderneming wordt die zeggenschap uitoefent over dochterondernemingen met werknemers in een of meer lidstaten, geen verplichting doet ontstaan om dergelijke onderhandelingen te openen.”