Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. RICHARD DE LA TOUR
van 28 april 2022[1]

Zaak C-677/20

Industriegewerkschaft Metall (IG Metall),
ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
tegen
SAP SE,
SE-Betriebsrat der SAP SE,
in tegenwoordigheid van:
Konzernbetriebsrat der SAP SE,
Deutscher Bankangestellten-Verband eV,
Christliche Gewerkschaft Metall (CGM),
Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie eV

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

„Prejudiciële verwijzing – Sociale politiek – Door omzetting opgerichte Europese vennootschap – Europese vennootschap met een dualistisch systeem – Rol van de werknemers – Verkiezing van werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht – Afzonderlijke verkiezingsprocedure voor de door de vakbonden voorgedragen werknemersvertegenwoordigers”

I. Inleiding

1. 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[2] (hierna: „SE-richtlijn”) is de vrucht van meer dan 30 jaar onderhandelingen, aangezien het eerste voorstel voor de oprichting van een Europese vennootschap (hierna: „SE”) al in 1970 door de Europese Commissie was ingediend door middel van een verordening. Twee struikelblokken hebben de onderhandelingen lang doen aanslepen: het dualistische of monistische bestuursmodel van de vennootschap, en de rol van de werknemers. Nadat het voorstel in 1989 in tweeën was opgesplitst – een voorstel voor een verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap[3] en een voorstel voor een richtlijn tot aanvulling van het statuut van de Europese

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] PB 2001, L 294, blz. 22.

[3] Zie voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad betreffende het statuut van de Europese [vennootschap] [COM(89) 268 def. – SYN 218], door de Commissie ingediend op 25 augustus 1989.

vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers [4] –, werd uiteindelijk een compromis bereikt. Dit compromis heeft ervoor gezorgd dat een SE kan worden opgericht door omzetting van een naamloze vennootschap die overeenkomstig het recht van een lidstaat is opgericht, indien zij sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap heeft die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert. [5] Deze vierde nieuwe mogelijkheid tot oprichting van een SE – naast een fusie, de oprichting van een holding-SE of de oprichting van een dochter-SE – heeft geleid tot de toevoeging van bepalingen aan de SE-richtlijn om te voorkomen dat deze omzetting van een vennootschap wordt gebruikt ter omzeiling van een bestaande nationale regeling betreffende de rol van werknemers die van toepassing is op de om te zetten vennootschap. Tot die bepalingen behoort artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn, waarvan de verwijzende rechter in het onderhavige geval om uitlegging verzoekt. Het betreft hier ongetwijfeld een van de heikele punten van het compromis, eenparig aangenomen na de wijziging van de rechtsgrondslag voor deze richtlijn, aangezien dit artikel beoogt „ten minste in dezelfde mate [te] voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de in een SE om te zetten vennootschap het geval is".

2. Aangezien het Duitse recht een bijzondere procedure kent voor de verkiezing van een bepaald aantal vertegenwoordigers van de vakbonden aan de zijde van de werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht van een „Aktiengesellschaft" (naamloze vennootschap), rijst de vraag of die bijzonderheid deel uitmaakt van de aspecten die bij omzetting van deze „Aktiengesellschaft" in een SE moeten worden behouden, of dat hierover kan worden onderhandeld tussen de bevoegde organen van de om te zetten vennootschap en de bijzondere onderhandelingsgroep (hierna: „BOG"), het bij de SE-richtlijn ingestelde orgaan dat de regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in de toekomstige SE nader moet uitwerken, daarbij rekening houdend met de nationale wetgevingen en praktijken, aangezien de Uniewetgever niet heeft gekozen voor een eenmaking van deze regelingen.

3. In deze conclusie zal ik in overweging geven deze vraag aldus te beantwoorden dat de onderhandelingsautonomie van de BOG geen afbreuk kan doen aan het bestaan van een afzonderlijke procedure om voor de functie van werknemersvertegenwoordiger in de raad van toezicht een bepaald aantal door de vakbonden voorgedragen kandidaten te verkiezen, wanneer deze bijzonderheid bestaat en zij een dwingende bepaling van nationaal recht is die op de om te zetten vennootschap van toepassing is.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. De overwegingen 3, 5, 7, 8, 10, 18 en 19 van de SE-richtlijn 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

[4] 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], door de Commissie ingediend op 25 augustus 1989.

[5] Zie artikel 2, lid 4, van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB 2001, L 294, blz. 1).

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].

[…]

(5) Vanwege de zeer uiteenlopende regels en praktijken die in de lidstaten bestaan met betrekking tot de wijze waarop de vertegenwoordigers van de werknemers betrokken zijn bij de besluitvorming in vennootschappen, is het niet raadzaam te voorzien in slechts één model voor de rol van de werknemers in de SE.

[…]

(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.

(8) De voor alle SE's geldende concrete procedures voor transnationale informatie en raadpleging, en in voorkomend geval medezeggenschap, van de werknemers moeten in eerste instantie gestalte krijgen door middel van een overeenkomst tussen de betrokken partijen of, bij gebreke van een overeenkomst, door toepassing van een geheel van aanvullende regels.

[…]

(10) De stemregels in de bijzondere onderhandelingsgroep die de werknemers bij onderhandelingen vertegenwoordigt, in het bijzonder bij het sluiten van overeenkomsten die een geringere mate van medezeggenschap behelzen dan in een of meer van de deelnemende vennootschappen bestond, moeten in verhouding staan tot het risico dat bestaande medezeggenschapssystemen en -praktijken worden ingetrokken of ingeperkt. Dit risico is groter in geval van oprichting van een SE via omzetting of fusie dan via oprichting van een holdingmaatschappij of een gemeenschappelijke dochteronderneming.

[…]

(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.

(19) De lidstaten moeten kunnen bepalen dat vakbondsvertegenwoordigers lid van een bijzondere onderhandelingsgroep kunnen zijn, ongeacht de vraag of zij werknemers zijn van een vennootschap die deelneemt aan de oprichting van een SE. De lidstaten moeten er in deze context met name voor kunnen zorgen dat dit recht bestaat in gevallen waarin vakbondsvertegenwoordigers overeenkomstig de nationale wetgeving het recht hebben lid te zijn van en hun stem uit te brengen in het toezichthoudend of het bestuursorgaan van een vennootschap."

5. Artikel 1 van de SE-richtlijn, met als opschrift „Doel", bepaalt:

„1. Deze richtlijn regelt de rol van de werknemers ten aanzien van de zaken van een Europese naamloze vennootschap (Societas Europaea, hierna afgekort SE te noemen), 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."

6. Artikel 2 van de SE-richtlijn, met als opschrift „Definities", luidt als volgt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

e) ‚werknemersvertegenwoordigers': de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de nationale wetgeving en/of praktijk;

f) ‚vertegenwoordigingsorgaan': het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt, ingesteld bij de in artikel 4 bedoelde overeenkomsten of overeenkomstig de voorschriften van de bijlage, ten behoeve van de informatie en raadpleging van de werknemers van de SE en haar dochterondernemingen en vestigingen in de [Unie] en, in voorkomend geval, de uitoefening van medezeggenschapsrechten in verband met de SE;

g) ‚bijzondere onderhandelingsgroep': 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;

h) ‚rol van de werknemers': 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 besluiten;

[…]

k) ‚medezeggenschap': de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via:

– het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen […]

– […]."

7. Artikel 3 van de SE-richtlijn, opgenomen onder afdeling II, met als opschrift „Onderhandelingsprocedure", bepaalt:

„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 voorstel tot […] omzetting in een SE, het nodige […] 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 bijzondere onderhandelingsgroep, die representatief is voor de werknemers van de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochterondernemingen en vestigingen, samengesteld overeenkomstig de volgende bepalingen:

[…]

b) De lidstaten bepalen de wijze van verkiezing of aanwijzing van de op hun grondgebied te kiezen of aan te wijzen leden van de bijzondere onderhandelingsgroep. Zij zorgen er in de mate van het mogelijke voor dat elke deelnemende vennootschap met werknemers op hun grondgebied door ten minste één lid in die groep vertegenwoordigd is. Het totale aantal leden mag daardoor niet toenemen.

   De lidstaten kunnen bepalen dat zich onder die leden vakbondsvertegenwoordigers kunnen bevinden, die al dan niet werknemers van een deelnemende vennootschap of een betrokken dochteronderneming of vestiging zijn.

[…]

3. De bijzondere onderhandelingsgroep en de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen stellen in een schriftelijke overeenkomst regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in de SE vast.

[…]

4. Behoudens lid 6 besluit de bijzondere onderhandelingsgroep met de volstrekte meerderheid van haar leden, mits deze meerderheid tevens de volstrekte meerderheid van de werknemers vertegenwoordigt. Elk lid beschikt over één stem. Indien het onderhandelingsresultaat evenwel zou uitmonden in een inperking van de medezeggenschapsrechten, zijn voor een besluit tot goedkeuring van de desbetreffende overeenkomst de stemmen vereist van twee derde van de leden van de bijzondere onderhandelingsgroep, die ten minste twee derde van de werknemers vertegenwoordigen, waaronder de stemmen van leden die de werknemers in ten minste twee lidstaten vertegenwoordigen,

– in het geval van een SE opgericht door fusie, indien de medezeggenschap ten minste 25 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt of

– in het geval van een SE opgericht door oprichting van een holdingmaatschappij of een dochteronderneming indien de medezeggenschap ten minste 50 % van het totale aantal werknemers van de deelnemende vennootschappen bestrijkt.

Onder inperking van de medezeggenschapsrechten wordt verstaan een gedeelte leden van het bestuursorgaan of het toezichthoudend orgaan van de SE in de zin van artikel 2, punt k), eerste of tweede streepje, dat geringer is dan het hoogste gedeelte dat in de deelnemende vennootschappen van toepassing was.

[…]”

8. Artikel 4 van de SE-richtlijn ziet op de inhoud van de overeenkomst over de aspecten van de rol van de werknemers van de SE en luidt als volgt:

„1. De bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen en de bijzondere onderhandelingsgroep dienen in een geest van samenwerking te onderhandelen met het oog op een overeenkomst over de regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in de SE.

2. Onverminderd de autonomie van de partijen en behoudens lid 4, wordt in de in lid 1 bedoelde overeenkomst tussen de bevoegde organen van de deelnemende vennootschappen en de bijzondere onderhandelingsgroep het volgende bepaald:

[…]

g) ingeval de partijen tijdens de onderhandelingen besluiten medezeggenschapsregelingen vast te stellen, de inhoud daarvan, onder meer (in voorkomend geval) het aantal van de leden in het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de SE die de werknemers gerechtigd zijn te kiezen of te benoemen, of met betrekking tot wier benoeming de werknemers aanbevelingen kunnen doen of bezwaar kunnen maken, de procedures voor het kiezen of benoemen van die leden of het met betrekking tot hun benoeming aanbevelingen doen of bezwaar maken door de werknemers en de rechten van die leden;

[…]

3. De overeenkomst valt, behoudens andersluidende bepalingen in de overeenkomst, niet onder de referentievoorschriften van de bijlage.

4. Onverminderd artikel 13, lid 3, onder a), moet de overeenkomst in het geval van een SE opgericht door omzetting ten minste in dezelfde mate voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de in een SE om te zetten vennootschap het geval is."

9. Artikel 7 van de SE-richtlijn, met als opschrift „Referentievoorschriften", bepaalt in de leden 1 en 2 ervan:

„1. Om het in artikel 1 omschreven doel te bereiken stellen de lidstaten, onverminderd lid 3, 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 binnen de in artikel 5 bedoelde termijn 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 bijzondere onderhandelingsgroep 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:

a) in het geval van een SE opgericht door omzetting, indien de regels van een lidstaat betreffende de medezeggenschap van de werknemers in het bestuursorgaan of het toezichthoudend orgaan op een in een SE omgezette vennootschap van toepassing waren;

[…]

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."

10. Artikel 11 van de SE-richtlijn ziet op misbruik van procedures en luidt als volgt:

„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 ontzeggen."

11. Artikel 13 van de SE-richtlijn bepaalt in de leden 3 en 4 ervan:

„3. Deze richtlijn laat onverlet:

a) de bestaande rechten met betrekking tot de rol van de werknemers, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, die de werknemers in de SE en van haar dochterondernemingen en vestigingen genieten, behoudens medezeggenschap in de organen van de SE;

b) de overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk geldende bepalingen inzake medezeggenschap in de vennootschapsorganen die op de dochterondernemingen van de SE van toepassing zijn.

4. Met het oog op de bescherming van de in lid 3 bedoelde rechten kunnen de lidstaten het nodige doen om ervoor te zorgen dat de structuren van de werknemersvertegenwoordiging in deelnemende vennootschappen die na de inschrijving van de SE zullen ophouden als afzonderlijke rechtspersoon te bestaan, behouden blijven."

12. De bijlage bij de SE-richtlijn bevat de referentievoorschriften als bedoeld in artikel 7 ervan. Deel 3 van deze bijlage, met als opschrift „Referentievoorschriften voor medezeggenschap", luidt als volgt:

„Voor de medezeggenschap van de werknemers in de SE gelden de volgende voorschriften.

a) Indien in het geval van een SE opgericht door omzetting de regels van een lidstaat betreffende de medezeggenschap van de werknemers in het toezichthoudend of het bestuursorgaan vóór de inschrijving van toepassing waren, blijven alle elementen van de werknemersmedezeggenschap op de SE van toepassing. Daartoe is punt b) van overeenkomstige toepassing.

b) In de andere gevallen van oprichting van een SE hebben de werknemers van de SE en van haar dochterondernemingen en vestigingen en/of hun vertegenwoordigingsorgaan het recht om leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of om met betrekking tot die benoeming aanbevelingen te doen of bezwaar te maken, voor een aantal dat gelijk is aan het hoogste van de aantallen dat vóór de inschrijving van de SE in de betrokken deelnemende vennootschappen van toepassing was.

Indien er vóór de inschrijving van de SE voor geen van de deelnemende vennootschappen medezeggenschapsregels golden, hoeft de SE geen voorschriften voor medezeggenschap van de werknemers in te voeren.

Het vertegenwoordigingsorgaan besluit over de verdeling van de zetels in het toezichthoudend of het bestuursorgaan onder de leden die de werknemers van de onderscheiden lidstaten vertegenwoordigen, of over de wijze waarop de werknemers van de SE met betrekking tot de benoeming van de leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan aanbevelingen kunnen doen of bezwaar kunnen maken, naar verhouding van het aantal werknemers dat in elke lidstaat in dienst van de SE is. Indien die verhoudingsgewijze verdeling meebrengt dat de werknemers van een of meer lidstaten niet vertegenwoordigd worden, benoemt het vertegenwoordigingsorgaan een lid dat afkomstig is uit een van die lidstaten, met name uit de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft indien zulks nodig is. Elke lidstaat kan bepalen hoe de aan hem toegewezen zetels in het toezichthoudend of het bestuursorgaan worden verdeeld.

[…]”

B. Duits recht

1. MitbestG

13. § 7 van het Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (wet op de medezeggenschap van werknemers)[6] van 4 mei 1976, zoals gewijzigd bij de wet van 24 april 2015[7], bepaalt:

„(1) De raad van toezicht van een onderneming

1. met gewoonlijk niet meer dan 10 000 werknemers bestaat uit zes leden die de aandeelhouders vertegenwoordigen en zes leden die de werknemers vertegenwoordigen;

2. met gewoonlijk meer dan 10 000, maar niet meer dan 20 000 werknemers, bestaat uit acht leden die de aandeelhouders vertegenwoordigen en acht leden die de werknemers vertegenwoordigen;

3. met gewoonlijk meer dan 20 000 werknemers bestaat uit tien leden die de aandeelhouders vertegenwoordigen en tien leden die de werknemers vertegenwoordigen.

[…]

(2) De werknemersvertegenwoordiging

6 BGBl. 1976 I, blz. 1153.

7 BGBl. 2015 I, blz. 642; hierna: „MitbestG”.

1. in een raad van toezicht die zes werknemersvertegenwoordigers telt, bestaat uit vier werknemers van de onderneming en twee vertegenwoordigers van vakbonden;

2. in een raad van toezicht die acht werknemersvertegenwoordigers telt, bestaat uit zes werknemers van de onderneming en twee vertegenwoordigers van vakbonden;

3. in een raad van toezicht die tien werknemersvertegenwoordigers telt, bestaat uit zeven werknemers van de onderneming en drie vertegenwoordigers van vakbonden.

[…]

(5) De in lid 2 bedoelde vakbonden moeten vertegenwoordigd zijn in de onderneming zelf of in een andere onderneming waarvan de werknemers overeenkomstig deze wet deelnemen aan de verkiezing van de leden van de raad van toezicht van de onderneming."

14. Met betrekking tot de verkiezing van vertegenwoordigers van vakbonden in de raad van toezicht bepaalt § 16 MitbestG het volgende:

„(1) De afgevaardigden kiezen de leden van de raad van toezicht, die overeenkomstig § 7, lid 2, vertegenwoordigers van vakbonden zijn, in geheime stemming en overeenkomstig de beginselen van de evenredige vertegenwoordiging […].

(2) De verkiezing vindt plaats op basis van kandidatenlijsten van de vakbonden die zijn vertegenwoordigd in de onderneming zelf of in een andere onderneming waarvan de werknemers overeenkomstig deze wet deelnemen aan de verkiezing van de leden van de raad van toezicht van de onderneming. […]"

2. SEBG

15. Het Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (wet inzake de rol van de werknemers in een SE)[8] van 22 december 2004, als gewijzigd bij de wet van 20 mei 2020[9], in de versie die sinds 1 maart 2020 van kracht is, bevat in § 2, leden 8 en 12, ervan de volgende definities:

„(8) Onder rol van de werknemers wordt verstaan elke procedure, met inbegrip van informatie, raadpleging en medezeggenschap, die de werknemersvertegenwoordigers in staat stelt invloed uit te oefenen op de besluitvorming binnen de vennootschap.

[…]

(12) Onder medezeggenschap wordt verstaan: de invloed van de werknemers op de gang van zaken bij een vennootschap via

1. het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen […]".

8 BGBl. 2004 I, blz. 3686.

9 BGBl. 2020 I, blz. 1044; hierna: „SEBG".

16. § 21 SEBG, met als opschrift „Inhoud van de overeenkomst", bepaalt:

„(1) Onverminderd de autonomie van de partijen voor het overige en behoudens lid 6, wordt in de schriftelijke overeenkomst tussen de leiding en de bijzondere onderhandelingsgroep het volgende bepaald:

[…]

(3) Voor het geval de partijen een medezeggenschapsovereenkomst sluiten, dient de inhoud daarvan te worden vastgesteld. In de overeenkomst moet met name het volgende worden bepaald:

1. het aantal van de leden in het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de SE die door de werknemers worden gekozen of benoemd, of wier benoeming door de werknemers kan worden aanbevolen of geweigerd;

2. de procedure volgens welke de werknemers deze leden kiezen of benoemen of hun benoeming aanbevelen of weigeren, en

3. de rechten van die leden.

[…]

(6) Onverminderd de verhouding waarin deze wet staat tot andere regelingen met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers in een onderneming, voorziet de overeenkomst in het geval van een SE opgericht door omzetting ten minste in dezelfde mate in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de in een SE om te zetten vennootschap het geval is. […]"

III. Hoofdgeding en prejudiciële vraag

17. In 2014 is een naamloze vennootschap naar Duits recht omgezet in een SE met een dualistisch bestuursmodel, onder de benaming SAP SE, na met de BOG een overeenkomst te hebben bereikt over de rol van de werknemers in deze vennootschap (hierna: „medezeggenschapsovereenkomst").

18. Vóór de omzetting bestond de raad van toezicht van de vennootschap overeenkomstig § 7, leden 1 en 2, MitbestG uit acht leden die de aandeelhouders vertegenwoordigden en acht leden die de werknemers vertegenwoordigden. Twee van de werknemersvertegenwoordigers waren vertegenwoordigers van vakbonden, die waren verkozen in het kader van een verkiezing die losstond van de verkiezingen voor de overige zes werknemersvertegenwoordigers.

19. Sinds de omzetting heeft de vennootschap SAP SE een raad van toezicht die 18 leden telt, onder wie negen werknemersvertegenwoordigers. Overeenkomstig punt 3.1 van deel II van de medezeggenschapsovereenkomst kunnen alleen werknemers van het SAP-concern of vertegenwoordigers van de in het concern vertegenwoordigde vakbonden als werknemersvertegenwoordiger in de raad van toezicht worden voorgedragen en benoemd. Op grond van punt 3.3 van dit deel van de overeenkomst beschikken de vakbonden over een exclusief recht van voordracht ten aanzien van een deel van de aan Duitsland toegewezen werknemersvertegenwoordigers. Deze vakbondsvertegenwoordigers worden gekozen in het kader van een afzonderlijke verkiezing.

20. Toen SAP SE haar voornemen te kennen gaf om haar raad van toezicht af te slanken tot twaalf leden, zijn de vakbonden opgekomen tegen het bepaalde in punt 3.4 van voornoemd deel van de overeenkomst, op grond waarvan, in het geval van een twaalfkoppige raad van toezicht, de eerste vier zetels die aan Duitsland toekomen worden gekozen door de werknemers die in Duitsland werkzaam zijn en de in het concern vertegenwoordigde vakbonden kandidaten mogen voordragen voor een aantal zetels dat aan Duitsland toekomt, evenwel zonder dat er een afzonderlijke verkiezing voor de door hen voorgedragen kandidaten plaatsvindt. Deze vakbonden zijn van mening dat genoemde bepaling in strijd is met § 21, lid 6, SEBG, op grond dat er voor de werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht geen exclusief en door een afzonderlijke verkiezing gewaarborgd voordrachtsrecht aan de vakbonden is toegekend. SAP SE is daarentegen de mening toegedaan dat het in § 7, lid 2, juncto § 16, lid 2, MitbestG vastgestelde exclusieve voordrachtsrecht van genoemde vakbonden niet is beschermd door § 21, lid 6, SEBG.

21. De verwijzende rechter, bij wie een rechtsmiddel is ingesteld tegen de in eerste aanleg gegeven beslissing tot verwerping van het beroep van de vakbonden, waaronder onder meer Industriegewerkschaft Metall (hierna: „IG Metall") en Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (hierna: „ver.di"), betwijfelt of de in de medezeggenschapsovereenkomst opgenomen regels voor de aanwijzing van de werknemersvertegenwoordigers in een tot twaalf leden afgeslankte raad van toezicht geldig zijn in het licht van § 21, lid 6, SEBG en artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn.

22. In de eerste plaats merkt hij op dat de betwiste bepalingen van de medezeggenschapsovereenkomst niet verenigbaar zijn met de uitlegging die volgens de voor het nationale recht relevante uitleggingsmethoden wordt gegeven aan § 21, lid 6, SEBG, waarbij artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn is omgezet.

23. De verwijzende rechter is namelijk van oordeel dat de autonomie die partijen is toegekend om in het kader van de oprichting van een SE door omzetting van een naamloze vennootschap tot een medezeggenschapsovereenkomst te komen, is onderworpen aan de voorwaarde dat in dezelfde mate wordt voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de om te zetten vennootschap het geval is. Hij voegt eraan toe dat deze aspecten van de rol van de werknemers moeten worden vastgesteld op basis van het relevante nationale recht, afhankelijk van de procedures inzake de rol van de werknemers binnen de om te zetten vennootschap. Hij is van oordeel dat de procedurele aspecten die op doorslaggevende wijze kenmerkend zijn voor de invloed die de werknemersvertegenwoordigers in de om te zetten vennootschap uitoefenen, in de op de SE toepasselijke medezeggenschapsovereenkomst in kwalitatief opzicht in dezelfde mate gewaarborgd moeten zijn. Ook preciseert hij dat de afzonderlijke verkiezingsprocedure voor werknemersvertegenwoordigers, al dan niet werkzaam in de vennootschap, die zijn voorgedragen door de vakbonden welke zijn vertegenwoordigd in de onderneming of in een andere onderneming waarvan de werknemers deelnemen aan de verkiezing van de leden van de raad van toezicht, een kenmerkend aspect vormt van de procedure inzake medezeggenschap van werknemers en derhalve in kwalitatief opzicht in dezelfde mate moet worden gewaarborgd in de medezeggenschapsovereenkomst. Hij geeft aan dat het vereiste van behoud van een kwalitatief gelijkwaardige medezeggenschap ook van toepassing is op het aantal vertegenwoordigers van vakbonden dat via een afzonderlijke verkiezingsprocedure is aan te wijzen en dat dit exclusieve voordrachtsrecht moet openstaan voor alle vakbonden, en niet alleen voor de Duitse. Hij voegt daaraan toe dat deze afzonderlijke verkiezing de mogelijkheid biedt om personen te kiezen die niet alleen uitermate vertrouwd zijn met de toestand en de behoeften van de onderneming, maar die ook externe knowhow bezitten en onafhankelijk zijn. Hieruit leidt dezelfde rechter af dat de in de medezeggenschapsovereenkomst vastgestelde regelingen in het geval van een twaalfkoppige raad van toezicht niet voorzien in een afzonderlijke verkiezingsprocedure voor de door de

vakbonden voorgedragen kandidaten en daarom geen afdoende waarborg bieden dat een van de werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht ook effectief een door de vakbonden voorgedragen kandidaat is. Derhalve voldoen deze regelingen niet aan de vereisten van § 21, lid 6, SEBG.

24. In de tweede plaats vraagt de verwijzende rechter zich af of deze door hem te geven uitlegging van het nationaal recht verenigbaar is met de vereisten van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn.

25. Deze rechter is namelijk van mening dat indien dit artikel van de richtlijn moest berusten op een andere opvatting van het uniforme en lagere beschermingsniveau binnen de gehele Unie, hij gehouden zou zijn om § 21, lid 6, SEBG Unierechtconform uit te leggen.

26. In die omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is § 21, lid 6, [SEBG] – waaruit naar voren komt dat bij de oprichting van een in Duitsland gevestigde SE door omzetting moet worden gewaarborgd dat voor een bepaald aantal werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht een afzonderlijke verkiezingsprocedure wordt georganiseerd voor de door vakbonden voorgedragen kandidaten – verenigbaar met artikel 4, lid 4, van [de SE-richtlijn]?”

27. IG Metall, ver.di, SAP SE, de Konzernbetriebsrat der SAP SE (overkoepelende ondernemingsraad van SAP SE), de Duitse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 7 februari 2022 hebben dezelfde partijen, met uitzondering van de overkoepelende ondernemingsraad van SAP SE, en de Luxemburgse regering mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV. Beoordeling

28. Alvorens in te gaan op de vraag van de verwijzende rechter, moet worden stilgestaan bij de geldigheid van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn vanuit het oogpunt van het primaire recht en, meer in bijzonder, vanuit het oogpunt van artikel 49 VWEU over de vrijheid van vestiging en van de artikelen 16, 17 en 20 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. SAP SE betoogt namelijk dat genoemd artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn deze vrijheden en rechten belemmert op een wijze die niet nodig is om de doelstellingen van verordening nr. 2157/2001 en van de SE-richtlijn te bereiken, te weten het verwezenlijken van de interne markt en het bevorderen van de Uniedoelstellingen op sociaal gebied, terwijl deze doelstellingen op dezelfde wijze zouden kunnen worden bereikt door middel van de andere regels met betrekking tot de onderhandelingsprocedure voor de medezeggenschapsovereenkomst en de bestaande referentievoorschriften die van toepassing zijn bij een eventueel mislukken van de onderhandelingen.

29. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof ten eerste heeft geoordeeld dat het uitsluitend aan de verwijzende rechter staat om het voorwerp te bepalen van de vragen die hij het Hof wil stellen, en ten tweede dat artikel 267 VWEU geen rechtsmiddel is ten behoeve van de partijen in het bij de nationale rechter aanhangige geding, zodat het Hof niet gehouden kan zijn om de geldigheid van het Unierecht te beoordelen op de enkele grond dat één van de partijen in haar

schriftelijke opmerkingen deze vraag voor hem heeft opgeworpen.[10]

30. De in casu gestelde prejudiciële vraag heeft betrekking op de uitlegging van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn, zonder dat de verwijzende rechter aangeeft dat hij de geldigheid van deze bepaling betwijfelt of dat de vraag naar de geldigheid ervan aan hem is voorgelegd. Derhalve behoeft het Hof zich niet over deze geldigheid uit te spreken.

31. Ten gronde wenst deze verwijzende rechter in wezen te vernemen of de afzonderlijke procedure ter verkiezing van de vertegenwoordigers van de vakbonden in de raad van toezicht van een door omzetting van een naamloze vennootschap naar Duits recht opgerichte SE gehandhaafd moet blijven op grond van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn, dan wel terzijde kan worden geschoven door de onderhandelingen met het oog op de medezeggenschapsovereenkomst als bedoeld in artikel 4, lid 1, van de SE-richtlijn.

A. Beknopte samenvatting van de toepasselijke regels voor de oprichting van een SE door omzetting

32. Er zij aan herinnerd dat het wegens de voor de vaststelling van de SE-richtlijn vereiste unanimiteit niet mogelijk is geweest te komen tot een harmonisatie, laat staan uniformering, van de regelingen met betrekking tot de rol van de werknemers in vennootschappen die naar nationaal recht van de lidstaten zijn opgericht. Niettemin geeft de SE-richtlijn een definitie van de rol van de werknemers die op drie pijlers rust: „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 besluiten”[11]. Voorts omschrijft de SE-richtlijn het begrip „medezeggenschap” als „de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt en/of van de werknemersvertegenwoordigers op de gang van zaken bij een vennootschap via […] het recht om een aantal leden van het toezichthoudend [orgaan] van de vennootschap te kiezen […]”[12].

33. Bij gebreke van harmonisatie van de regelingen met betrekking tot de rol van werknemers gaat de voorkeur uit naar onderhandelingen tussen de bevoegde organen van de vennootschap en de BOG, die de werknemers van de bij de oprichting van de SE betrokken vennootschappen vertegenwoordigt, om te komen tot een medezeggenschapsovereenkomst die een aantal elementen moet bevatten, waaronder met name – indien de medezeggenschap van de werknemers de vorm aanneemt van een verkiezing van vertegenwoordigers van deze werknemers in de raad van toezicht, zoals in het onderhavige geval – het aantal van deze vertegenwoordigers in de raad van toezicht en de procedures voor het kiezen van die leden.[13] Deze onderhandelingen zijn echter gebonden aan een „voor en na”-beginsel dat in overweging 18 van de SE-richtlijn wordt beschreven als volgt: „[d]e 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”. Bovendien voorziet deze overweging in het beginsel dat de verworven rechten van werknemers betreffende hun rol in de onderneming moeten worden veiliggesteld.

10 Zie arrest van 5 mei 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, punten 21 en 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 Artikel 2, punt h), van de SE-richtlijn.

12 Artikel 2, punt k), van de SE-richtlijn.

13 Zie artikel 4, lid 2, onder g), van de SE-richtlijn.

34. Bij uitblijven van een overeenkomst valt de SE onder de referentievoorschriften van de wetgeving van de lidstaat waarin zij is ingeschreven [14], waarbij de in de bijlage van de SE-richtlijn vastgestelde beginselen van toepassing zijn. In het geval van een SE opgericht door omzetting geldt volgens een van die beginselen dat „indien de regels van een lidstaat betreffende de medezeggenschap van de werknemers in het toezichthoudend [orgaan] vóór de inschrijving van toepassing waren, […] alle elementen van de werknemersmedezeggenschap op de SE van toepassing [blijven]. Daartoe is punt b) van overeenkomstige toepassing" [15]. Punt b) van deel 3 van de bijlage bij de SE-richtlijn bepaalt dat „[i]n de andere gevallen van oprichting van een SE […] de werknemers van de SE en van haar dochterondernemingen en vestigingen […] het recht [hebben] om leden van het toezichthoudend [orgaan] van de vennootschap te kiezen […] voor een aantal dat gelijk is aan het hoogste van de aantallen dat vóór de inschrijving van de SE in de betrokken deelnemende vennootschappen van toepassing was".

35. Voorts moet worden opgemerkt dat de oprichting van een SE door omzetting door meer beschermingsmechanismen is omringd dan de drie andere oprichtingswijzen. Zo is het in geval van omzetting in de eerste plaats niet mogelijk om af te zien van het openen van onderhandelingen binnen de BOG of om deze te beëindigen zonder dat de referentievoorschriften van toepassing zijn. [16] In geval van omzetting van een vennootschap met medezeggenschap volgt hieruit dat hetzij de onderhandelingen uitmonden in een medezeggenschapsovereenkomst die voldoet aan de vereisten van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn, hetzij de specifiek voor de omzetting geldende referentievoorschriften van toepassing zijn. In de tweede plaats kan de BOG in geval van omzetting niet stemmen voor een inperking van de medezeggenschapsrechten, waaronder wordt verstaan „een gedeelte leden van het bestuursorgaan of het toezichthoudend orgaan van de SE in de zin van artikel 2, punt k), eerste of tweede streepje, dat geringer is dan het hoogste gedeelte dat in de deelnemende vennootschappen van toepassing was" [17]. In de derde plaats voorziet verordening nr. 2157/2001 ook in twee beschermingsmechanismen bij de oprichting van een SE door omzetting: ten eerste, het verbod op verplaatsing van de statutaire zetel bij de omzetting (artikel 37, lid 3, van deze verordening) en, ten tweede, de aan de lidstaten geboden mogelijkheid om de omzetting te verbinden aan de voorwaarde dat het orgaan van de om te zetten vennootschap waarin de medezeggenschap van de werknemers wordt georganiseerd, met gekwalificeerde meerderheid of eenparigheid een gunstig standpunt inneemt (artikel 37, lid 8, van genoemde verordening).

36. Artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn moet tegen deze achtergrond worden uitgelegd. Deze uitlegging betreft twee onderscheiden aspecten: ten eerste, „elk aspect van de rol van de werknemers" en, ten tweede, „ten minste in dezelfde mate voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de in een SE om te zetten vennootschap het geval is". Ik zal mijn analyse beginnen met het tweede aspect.

B. Uitlegging van de uitdrukking „ten minste in dezelfde mate voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers als bij de in een SE om te zetten vennootschap het geval is"

37. In de eerste plaats verwijst dit tweede aspect ontegensprekelijk naar het nationale recht dat van toepassing is op de rol van de werknemers in de om te zetten vennootschap.

[14] Zie artikel 7, lid 1, van de SE-richtlijn.

[15] Deel 3, punt a), van de bijlage bij de SE-richtlijn.

[16] Zie artikel 3, lid 6, van de SE-richtlijn.

[17] Artikel 3, lid 4, van de SE-richtlijn.

38. Dit betekent echter niet dat alle voor deze vennootschap geldende rechtsregels op de SE van toepassing zullen blijven. Immers, alleen wanneer de onderhandelingen mislukken en bijgevolg de referentievoorschriften van toepassing zijn, zullen de tot dan toe voor de om te zetten vennootschap geldende regels ongewijzigd van toepassing blijven, aangezien de hierboven reeds genoemde referentievoorschriften van deel 3 van de bijlage bij de SE-richtlijn bepalen dat in geval van omzetting alle elementen van de werknemersmedezeggenschap van toepassing blijven op grond van punt a) van dit deel 3, namelijk het hoogste van de aantallen werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht op grond van punt b) van genoemd deel 3, dat van overeenkomstige toepassing is. Bijgevolg, en anders dan SAP SE aanvoert, is er wel degelijk een bonus verbonden aan de onderhandelingen, aangezien de BOG het nationale recht buiten toepassing kan laten, in zoverre zulks verenigbaar is met de uitlegging van het andere aspect van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn.

39. In de tweede plaats moet dezelfde redenering gelden voor de in de overwegingen 3 en 18 van de SE-richtlijn genoemde waarborgen dat bestaande praktijken aangaande de rol van de werknemers niet worden ingetrokken of ingeperkt, de verworven rechten van werknemers worden veiliggesteld en het „voor en na”-beginsel toepassing vindt.

C. Uitlegging van de uitdrukking „elk aspect van de rol van de werknemers”

40. Het zou verleidelijk kunnen zijn om de redenering van SAP SE te volgen. Volgens deze vennootschap moeten deze „aspecten” in de gehele Unie uniform worden uitgelegd, en wel in die zin dat zij inzake medezeggenschap alleen betrekking hebben op het aantal en de invloed van de werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht, zonder te vereisen dat de vertegenwoordigers van de vakbonden in het kader van een afzonderlijke verkiezing worden gekozen. Een dergelijke uitlegging kan namelijk op verschillende elementen worden gesteund.

41. Ten eerste beschermt de SE-richtlijn strikt genomen niet de rechten van de vakbonden, maar die van de werknemers, aangezien de SE-richtlijn de vakbonden alleen uitdrukkelijk vermeldt in verband met de instelling van de BOG.[18] Deze enige vermelding kan echter worden verklaard door het feit dat er voor deze instelling per definitie geen nationale voorschriften bestaan en er dus moest worden voorzien in de uitdrukkelijke betrokkenheid van de vakbonden, waarvan de rol in een aantal nationale rechtsstelsels is vastgesteld.

42. Ten tweede moet de inperking van de medezeggenschapsrechten volgens de bewoordingen van de SE-richtlijn worden begrepen als een geringer gedeelte werknemersvertegenwoordigers in de deelnemende vennootschappen.[19] Op soortgelijke wijze bepaalt richtlijn (EU) 2017/1132[20] dat bij een grensoverschrijdende omzetting de in de lidstaat van bestemming geldende voorschriften inzake werknemersmedezeggenschap niet van toepassing zijn indien het recht van deze lidstaat van bestemming niet voorziet in „ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing was in de vennootschap vóór de grensoverschrijdende omzetting, gemeten

[18] Zie artikel 3, lid 2, onder b), en overweging 19 van de SE-richtlijn.

[19] Zie artikel 3, lid 4, in fine, van de SE-richtlijn.

[20] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (PB 2017, L 169, blz. 46), zoals gewijzigd bij richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 (PB 2019, L 321, blz. 1) (hierna: „richtlijn 2017/1132”).

naar het aantal werknemersvertegenwoordigers onder de leden van het bestuurs- of het toezichthoudende orgaan" [21]. Dezelfde bewoordingen worden gebruikt voor grensoverschrijdende splitsingen [22] en voor grensoverschrijdende fusies [23].

43. Zodoende wordt in deze gevallen de mate van medezeggenschap gemeten naar het gedeelte werknemersvertegenwoordigers in het betrokken orgaan. Hoewel hieruit kan worden geconcludeerd dat dit gedeelte deel uitmaakt van de beschermde aspecten van medezeggenschap, volstaat dit echter niet om het feit uit te sluiten dat andere aspecten van deze medezeggenschap op dezelfde wijze kunnen worden beschermd, op voorwaarde dat zij gevolgen hebben voor de invloed van de werknemers op de gang van zaken bij de vennootschap.

44. In de in richtlijn 2017/1132 bedoelde gevallen wordt immers naar het gedeelte werknemersvertegenwoordigers verwezen in een fase van het proces waarin, ten eerste, moet worden uitgemaakt welk recht van toepassing is op de verrichting voor wat betreft de medezeggenschapsrechten en, ten tweede, of er onderhandelingen via een BOG moeten worden opgestart teneinde deze rechten vast te stellen, hetgeen een objectief en niet voor discussie vatbaar criterium vereist.

45. De verwijzing naar dit gedeelte leden in artikel 3, lid 4, in fine, van de SE-richtlijn volstaat evenmin om uit te sluiten dat andere aspecten van medezeggenschap voor bescherming in aanmerking kunnen komen, aangezien dit artikel betrekking heeft op de andere oprichtingswijzen van een SE. Dit sluit naadloos aan bij het feit dat de referentievoorschriften voor deze oprichtingswijzen alleen bescherming bieden met betrekking tot de verhouding van het aantal leden. [24]

46. Bovendien kunnen de zeer ruime bewoordingen, namelijk „elk aspect van de rol van de werknemers", op zich niet leiden tot de conclusie dat alleen bescherming wordt geboden met betrekking tot een gedeelte leden in de raad van toezicht, aangezien de inhoud van de medezeggenschapsovereenkomst niet alleen betrekking moet hebben op het aantal werknemersvertegenwoordigers in deze raad, maar ook op de procedures voor het kiezen van laatstgenoemden. [25]

47. Hoewel sommige procedurele aspecten dezelfde bescherming moeten genieten als het gedeelte leden, ben ik er echter niet van overtuigd dat alle procedurele aspecten daaraan gelijkwaardig zijn. Daarbij komt dat zij ook nog een invloed moeten hebben op de gang van zaken bij de vennootschap.

48. De verzoekende vakbonden in het hoofdgeding delen dit standpunt, aangezien duidelijk is gebleken dat zij zich niet hebben verzet tegen een afslanking van de raad van toezicht tot twaalf leden, terwijl het aantal leden van deze raad naar Duits recht onveranderlijk wordt vastgesteld op basis van de omvang van de vennootschap. Zij hebben er dus mee ingestemd dat het aantal leden van genoemde raad bespreekbaar was, net zoals zij ter terechtzitting hebben erkend dat de zetels van de werknemersvertegenwoordigers op verschillende wijzen konden worden verdeeld, op voorwaarde dat de afzonderlijke verkiezingsprocedure voor de door de vakbonden voorgedragen

[21] Artikel 86 terdecies, lid 2, onder a), van richtlijn 2017/1132.

[22] Zie artikel 160 terdecies, lid 2, onder a), van richtlijn 2017/1132.

[23] Zie artikel 133, lid 2, onder a), van richtlijn 2017/1132.

[24] Zie deel 3, punt b), van de bijlage bij de SE-richtlijn.

[25] Zie artikel 4, lid 2, onder g), van de SE-richtlijn.

kandidaten in acht zou worden genomen (aantal uitsluitend in verhouding tot de aan Duitsland toegewezen zetels [26] of aantal in verhouding tot alle toe te wijzen zetels, wat alle vakbonden van de betrokken entiteiten de mogelijkheid zou bieden om de hun toekomende zetels te verdelen) [27].

49. Derhalve is het noodzakelijk dat het procedurele aspect een invloed heeft op de besluitvorming binnen het betrokken orgaan. Want zoals we hebben gezien, wordt de medezeggenschap van de werknemers gedefinieerd als de invloed van de werknemers op de gang van zaken bij een vennootschap. [28] Zodoende kan op basis van dit „invloedcriterium" worden begrepen waarom het totale aantal leden van de raad van toezicht bespreekbaar kan zijn zolang de verhouding wordt gerespecteerd.

50. Het voornoemde criterium valt echter moeilijker te hanteren bij de vraag of het aan de vakbonden toekomende recht op een afzonderlijke verkiezingsprocedure al dan niet bescherming verdient, aangezien hierbij een waardeoordeel moet worden geveld over de invloed die vertegenwoordigers van de vakbonden in de raad van toezicht kunnen uitoefenen in vergelijking met de overige werknemersvertegenwoordigers. Zowel de verwijzende rechter als IG Metall en ver.di verwijzen naar de Duitse rechtsleer die dienaangaande verdeeld is, ook al zijn zij alle drie van mening dat de medezeggenschap van vertegenwoordigers van de vakbonden ten goede komt aan die van de werknemers. Bijgevolg is het geen optie om dit aspect per geval te beoordelen en kan dit waardeoordeel alleen worden voorkomen door te vertrouwen op de beoordeling die het nationale recht eraan geeft.

51. De vakbonden en de Duitse regering schuiven bovendien het kenmerkende aspect van de nationale medezeggenschapsprocedure naar voren als criterium om te bepalen welke aspecten niet voor onderhandeling vatbaar kunnen zijn. Mijns inziens onderbouwt dit criterium juist de opvatting dat een aan kwalitatieve aspecten gebonden werknemersinvloed niet per geval kan worden beoordeeld of onderhandeld, maar dient te worden beoordeeld op basis van de in het nationale recht gemaakte keuzen zolang er op het niveau van de Unie geen harmonisatie is bereikt. Het is immers noodzakelijk dat de BOG duidelijk wordt aangegeven hoe ver zijn onderhandelingsvrijheid reikt en in welke mate nationale regels moeten worden gehandhaafd.

52. Bijgevolg staat het buiten kijf dat de afzonderlijke verkiezingsprocedure voor vertegenwoordigers van de vakbonden een kenmerkend aspect vormt van de Duitse medezeggenschapsregeling en dat zij niet voor onderhandeling vatbaar kan zijn.

53. Het komt mij voor dat de van artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn gegeven uitlegging gezien de letterlijk overgenomen bewoordingen tevens van toepassing is op Europese coöperatieve vennootschappen [29] en, door verwijzing naar deze bepaling, op grensoverschrijdende splitsingen [30] en omzettingen [31].

[26] Hetgeen zou stroken met de onderliggende logica van punt b), derde alinea, in fine, van deel 3 van de bijlage bij de SE-richtlijn (referentievoorschriften), waarin wordt aangegeven dat „[e]lke lidstaat kan bepalen hoe de aan hem toegewezen zetels in het toezichthoudend of het bestuursorgaan worden verdeeld".

[27] Hetgeen nauwer zou aansluiten bij de gevolgde logica in het arrest van 20 juni 2013, Commissie/Nederland (C-635/11, EU:C:2013:408, punten 40 en 41), volgens welke het „voor en na-beginsel" inhoudt dat de medezeggenschapsrechten moeten worden uitgebreid tot alle bij de oprichting van een SE betrokken werknemers.

[28] Zie artikel 2, onder k), van de SE-richtlijn.

[29] Zie artikel 4, lid 4, van 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).

[30] Zie artikel 160 terdecies, lid 2, onder b), van richtlijn 2017/1132.

[31] Zie artikel 86 terdecies, lid 2, onder b), van richtlijn 2017/1132.

54. Hoewel de verwijzende rechter geen rechtstreekse vragen aan het Hof stelt over de uitbreiding van dit recht op een afzonderlijke verkiezing tot alle bij de omzetting betrokken werknemers, de uitbreiding van deze verkiezingsprocedure tot andere dan de Duitse vakbonden en de mogelijkheid om kandidaten van vakbonden voor te dragen, ongeacht of deze al dan niet bij een betrokken vennootschap werkzaam zijn, zijn deze vragen wel impliciet aan de orde, aangezien zij in de motivering van zijn verwijzingsbeslissing worden aangehaald. Het lijkt mij dan ook interessant om deze vragen summier te beantwoorden, temeer daar de antwoorden kunnen worden afgeleid uit de SE-richtlijn en uit de rechtspraak van het Hof.

55. Allereerst heeft het Hof reeds geoordeeld dat „uit de SE-richtlijn blijkt dat de wens van de wetgever van de Unie om de verworven rechten veilig te stellen niet enkel inhoudt dat de werknemers van de bij de fusie betrokken vennootschappen hun verworven rechten behouden, maar ook dat die rechten worden uitgebreid tot alle betrokken werknemers”[32]. Het is volgens mij dan ook duidelijk dat alle werknemers recht zouden moeten hebben op deze afzonderlijke verkiezingsprocedure, zelfs wanneer het nationale recht zulks als zodanig niet toestaat.[33] Voorts kan in de medezeggenschapsovereenkomst nauwkeurig worden vastgesteld op welke wijzen de werknemersafgevaardigden worden verkozen. Zulks kan ertoe leiden dat de BOG tijdens de onderhandelingen ermee instemt dat andere dan de Duitse vakbonden kandidaten voordragen, zonder dat dit voortvloeit uit een door de SE-richtlijn of – hypothetisch gesproken – door het nationale recht opgelegde verplichting. Tot slot kunnen de door de vakbonden voorgedragen kandidaten in het licht van het in de SE-richtlijn ingenomen standpunt dat vertegenwoordigers van een vakbond lid kunnen zijn van de BOG, ongeacht of zij werknemers zijn van een bij de omzetting betrokken vennootschap[34], en voor zover dit is toegestaan door het nationale recht waaronder de om te zetten vennootschap valt, kandidaten zijn die niet bij een dergelijke vennootschap werkzaam zijn.

56. Bijgevolg moet artikel 4, lid 4, van de SE-richtlijn aldus worden uitgelegd dat de overeenkomst over de rol van de werknemers in een door omzetting opgerichte SE moet voorzien in een afzonderlijke procedure voor de verkiezing tot werknemersvertegenwoordiger in de raad van toezicht, van een bepaald aantal kandidaten dat door de vakbonden is voorgedragen, wanneer deze bijzonderheid bestaat en van dwingend recht is in het nationale recht dat op de om te zetten vennootschap van toepassing is.

V. Conclusie

57. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Bundesarbeitsgericht gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 4, lid 4, 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 de overeenkomst over de rol van de werknemers in een door omzetting opgerichte Europese vennootschap moet voorzien in een afzonderlijke procedure voor de verkiezing tot werknemersvertegenwoordiger in de raad van toezicht, van een bepaald aantal kandidaten dat door de vakbonden is voorgedragen, wanneer deze bijzonderheid bestaat en van dwingend recht is in het nationale recht dat op de om te zetten vennootschap van toepassing is.”

[32] Arrest van 20 juni 2013, Commissie/Nederland (C-635/11, EU:C:2013:408, punt 41).

[33] Zie de feiten van de zaak die heeft geleid tot het arrest van 18 juli 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562), volgens welke het Duitse medezeggenschapsrecht zich niet kon uitstrekken tot buiten het Duitse grondgebied.

[34] Zie overweging 19 en artikel 3, lid 2, onder b), van de SE-richtlijn.