Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. RICHARD DE LA TOUR
fremsat den 28. april 2022 [1]

Sag C-677/20

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – social- og arbejdsmarkedspolitik – europæisk selskab, der er stiftet ved omdannelse – tostrenget europæisk selskab – medarbejderindflydelse – valg af medarbejderrepræsentanter som bestyrelsesmedlemmer – særskilt valgprocedure for medarbejderrepræsentanter, der foreslås af fagforeningerne«

I. Indledning

1. Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse [2] (herefter »SE-direktivet«) er resultatet af 30 års forhandlinger, eftersom det første udkast til forordning om stiftelse af et europæisk selskab (herefter »SE-selskab«) blev foreslået af Europa-Kommissionen i 1970. Forhandlingerne strandede længe på to forhold: selskabets tostrengede eller enstrengede struktur og medarbejdernes indflydelse. Efter at udkastet i 1989 var blevet opdelt i to forslag – et forslag til forordning om statut for det europæiske selskab [3] og et forslag til direktiv om supplerende bestemmelser til SE-statutten med hensyn til arbejdstagernes

[1] – Originalsprog: fransk.

[2] – EFT 2001, L 294, s. 22.

[3] – Jf. forslag til Rådets forordning om statut for det europæiske selskab (KOM(89) 268 endelig udg. – SYN 218), fremlagt af Kommissionen den 16.10.1989.

stilling[4] – lykkedes det endelig at nå frem til et kompromis. Dette har gjort det muligt at oprette et SE-selskab ved omdannelse af et aktieselskab, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, hvis det i mindst to år har haft et datterselskab, som hører under en anden medlemsstats lovgivning[5]. Med den nye fjerde mulighed for at oprette et SE-selskab – ud over fusion, oprettelse af et SE-holdingselskab og oprettelse af et SE-datterselskab – blev der indsat bestemmelser i SE-direktivet for at sikre, at denne selskabsomdannelse ikke anvendes til at omgå en national mekanisme for medarbejderindflydelse, som findes i det selskab, der skal omdannes. En af disse bestemmelser er SE-direktivets artikel 4, stk. 4, som ønskes fortolket i henhold til den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse. Hensigten er at skabe klarhed over et af de ømme punkter i kompromiset, som vandt enstemmig tilslutning efter ændringen af dette direktivs retsgrundlag, eftersom denne artikel har til formål at sikre »mindst samme niveau for alle aspekter af medarbejderindflydelse som det, der findes i det selskab, der skal omdannes til et SE-selskab«.

2. Når der i tysk ret er fastsat en særlig valgprocedure for valget af et vist antal fagforeningsrepræsentanter blandt medarbejderrepræsentanterne i en bestyrelse for et »Aktiengesellschaft« (aktieselskab), er dette særlige krav da et af de aspekter, der skal bevares, hvis dette »Aktiengesellschaft« (aktieselskab) omdannes til et SE-selskab, eller kan det gøres til genstand for forhandlinger mellem de kompetente organer i det selskab, der skal omdannes, og det særlige forhandlingsorgan (herefter »forhandlingsorganet«), som er det instrument, der er indført ved SE-direktivet med henblik på at udarbejde ordninger for medarbejderindflydelse i det fremtidige SE-selskab under hensyntagen til national lovgivning og praksis, eftersom EU-lovgiver ikke har indført ensartede ordninger?

3. Dette spørgsmål bør efter min opfattelse besvares med, at forhandlingsorganets aftalefrihed ikke gør det muligt at tilsidesætte en særskilt valgprocedure for valget af et vist antal kandidater, der foreslås af fagforeningerne, til hvervet som medarbejderrepræsentant i bestyrelsen, når der foreligger et sådant særligt krav, som er bindende, i den nationale ret, som finder anvendelse på det selskab, der skal omdannes.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. 3., 5., 7., 8., 10., 18. og 19. betragtning til SE-direktivet har følgende ordlyd:

»(3) Med henblik på at fremme [Unionens] arbejdsmarkedsmæssige og sociale mål skal der fastsættes særlige bestemmelser om navnlig medarbejderindflydelse, som tager sigte på at sikre, at stiftelse af et SE-selskab ikke medfører, at eksisterende praksis for medarbejderindflydelse i de selskaber, der deltager i stiftelsen af et SE-selskab, fortabes eller indskrænkes. Dette mål bør nås ved at opstille et regelsæt på området, der supplerer [bestemmelserne i forordning nr. 2157/2001].

[…]

[4] – Jf. forslag til Rådets direktiv om supplerende bestemmelser til SE-statutten med hensyn til arbejdstagernes stilling (KOM(89) 268 endelig udg. – SYN 219), fremlagt af Kommissionen den 25.8.1989.

[5] – Jf. artikel 2, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8.10.2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (EFT 2001, L 294, s. 1).

(5) Medlemsstaternes meget forskellige regler og praksis med hensyn til den måde, hvorpå medarbejderrepræsentanterne har indflydelse på beslutningstagningen i selskaberne, gør, at det ikke er tilrådeligt at indføre en enkelt europæisk model for medarbejderindflydelse, som skal gælde for et SE-selskab.

[…]

(7) Hvis og når der består ret til medbestemmelse i et eller flere selskaber, som stifter et SE-selskab, overføres denne ret til SE-selskabet, når dette er stiftet, medmindre parterne bestemmer andet.

(8) De konkrete procedurer for tværnational information og høring af medarbejderne, samt i givet fald disses medbestemmelse, som skal gælde for hvert SE-selskab, bør primært fastlægges i en aftale mellem de berørte parter eller, hvis der ikke indgås en aftale, i et subsidiært regelsæt.

[…]

(10) Afstemningsreglerne i det særlige forhandlingsorgan, der repræsenterer medarbejderne, skal, navnlig når der indgås aftaler om mindre medbestemmelse end den, der eksisterer i et eller flere af de deltagende selskaber, stå i et rimeligt forhold til risikoen for, at eksisterende former og praksis for medbestemmelse fortabes eller indskrænkes. Denne risiko er større, når et SE-selskab stiftes ved omdannelse eller fusion, end når der oprettes et holdingselskab eller et fælles datterselskab.

[…]

(18) Sikringen af medarbejdernes erhvervede ret til indflydelse på afgørelser i virksomheden er et grundlæggende princip og et erklæret mål i dette direktiv. De rettigheder, medarbejderne havde inden stiftelsen af europæiske selskaber, er også udgangspunktet for udformningen af deres ret til medindflydelse i SE-selskabet (»før og efter-princippet«). Denne betragtningsmåde gælder derfor ikke kun for nystiftelse af et SE-selskab, men også for strukturelle ændringer af et allerede bestående europæisk selskab og for de selskaber, der berøres af de strukturelle ændringsprocesser.

(19) Medlemsstaterne bør have mulighed for at fastsætte, at repræsentanter for faglige organisationer kan være medlemmer af et særligt forhandlingsorgan, uanset om de er medarbejdere i et selskab, der deltager i stiftelsen af et SE-selskab. Medlemsstaterne bør i den forbindelse især have mulighed for at indføre denne rettighed, hvis repræsentanterne for de faglige organisationer har ret til at blive medlem af og til at stemme i tilsyns- eller administrationsorganerne ifølge national lovgivning.«

5. SE-direktivets artikel 1 med overskriften »Formål« fastsætter:

»1. Dette direktiv omhandler medarbejderindflydelse i europæiske aktieselskabers anliggender (Societas Europaea, i det følgende benævnt »SE-selskaber«), der er omhandlet i [forordning nr. 2157/2001].

2. Med henblik herpå indføres der ordninger for medarbejderindflydelse i hvert SE-selskab i overensstemmelse med den i artikel 3 til 6 omhandlede forhandlingsprocedure eller, for så vidt angår forholdene i artikel 7, i overensstemmelse med bilaget.«

6. SE-direktivets artikel 2 med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

e) »medarbejderrepræsentanter«: repræsentanter for medarbejderne i henhold til national lovgivning og/eller praksis

f) »repræsentationsorgan«: medarbejdernes repræsentationsorgan, der nedsættes ved de i artikel 4 omhandlede aftaler eller i overensstemmelse med bilagets bestemmelser med henblik på at informere og høre medarbejderne i SE-selskabet og i dettes datterselskaber og bedrifter (driftsenheder), der er beliggende i [Unionen], og efter behov at udøve deres medbestemmelsesret i forhold til SE-selskabet

g) »særligt forhandlingsorgan«: det organ, der nedsættes i overensstemmelse med artikel 3 med henblik på at føre forhandlinger med de deltagende selskabers kompetente organer om indførelse af ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet

h) »medarbejderindflydelse«: enhver ordning, herunder information, høring og medbestemmelse, hvorigennem medarbejderrepræsentanter kan øve indflydelse på de afgørelser, der skal træffes i selskabet

[…]

k) »medbestemmelse«: repræsentationsorganets og/eller medarbejderrepræsentanternes indflydelse på et selskabs anliggender i kraft af:

   – retten til at vælge eller udpege nogle af medlemmerne af selskabets tilsyns- eller administrationsorgan […]

   – […]«

7. SE-direktivets artikel 3, der findes i del II med overskriften »Forhandlingsprocedure«, bestemmer:

»1. Når de deltagende selskabers ledelses- eller administrationsorganer udarbejder stiftelsesplanen for et SE-selskab, skal de snarest muligt efter offentliggørelsen af […] en plan for omdannelse til et SE-selskab træffe de nødvendige foranstaltninger […] til at indlede forhandlinger med repræsentanterne for selskabernes medarbejdere om ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet.

2. Med henblik herpå oprettes der et særligt forhandlingsorgan, der er repræsentativt for de deltagende selskabers og berørte datterselskabers eller bedrifters (driftsenheders) medarbejdere, i overensstemmelse med følgende bestemmelser:

[…]

b) Medlemsstaterne bestemmer, hvordan medlemmerne af det særlige forhandlingsorgan skal vælges eller udpeges på deres område. De træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at disse medlemmer så vidt muligt omfatter mindst en repræsentant fra hvert deltagende selskab, som beskæftiger medarbejdere i den pågældende medlemsstat. Disse foranstaltninger må ikke få til følge, at det samlede antal medlemmer øges.

   Medlemsstaterne kan fastsætte, at disse medlemmer kan omfatte repræsentanter for faglige organisationer, uanset om de er medarbejdere i et deltagende selskab eller et berørt datterselskab eller en berørt bedrift (driftsenhed).

[…]

3. Det særlige forhandlingsorgan og de kompetente organer i de deltagende selskaber har til opgave ved skriftlig aftale at fastlægge ordninger for medarbejderindflydelse inden for SE-selskabet.

[…]

4. Med forbehold af stk. 6 træffer det særlige forhandlingsorgan afgørelse med absolut flertal af medlemmerne, forudsat at dette flertal også repræsenterer et absolut flertal af medarbejderne. Hvert medlem har én stemme. Hvis det imidlertid viser sig, at resultatet af forhandlingerne fører til en indskrænkning af medbestemmelsesretten, udgør det nødvendige flertal for at kunne træffe afgørelse om godkendelse af en aftale herom stemmerne fra to tredjedele af de medlemmer af det særlige forhandlingsorgan, som repræsenterer mindst to tredjedele af medarbejderne, inklusive stemmerne fra medlemmer, som repræsenterer medarbejdere, som er beskæftiget i mindst to medlemsstater,

– i det tilfælde, hvor et SE-selskab stiftes ved fusion, hvis medbestemmelsesordningen omfatter mindst 25% af det samlede antal medarbejdere i de deltagende selskaber, eller

– i det tilfælde, hvor et SE-selskab stiftes ved oprettelse af et holdingselskab eller et datterselskab, hvis medbestemmelsesordningen omfatter mindst 50% af det samlede antal medarbejdere i de deltagende selskaber.

En indskrænkning af medbestemmelsesretten er en andel af medlemmerne af SE-selskabets organer som omhandlet i artikel 2, litra k), der er mindre end den største andel, der forekommer i de deltagende selskaber.

[…]«

8. SE-direktivets artikel 4, der vedrører indholdet af en aftale om ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet, lyder således:

»1. De deltagende selskabers kompetente organer og det særlige forhandlingsorgan skal forhandle i en samarbejdsvillig ånd med henblik på at nå til enighed om en ordning for medarbejderindflydelse i SE-selskabet.

2. Uden at det i øvrigt berører parternes aftalefrihed og med forbehold af stk. 4, fastsætter den i stk. 1 omhandlede aftale mellem de deltagende selskabers kompetente organer og det særlige forhandlingsorgan følgende:

[…]

g) hvis parterne under forhandlingerne beslutter at indføre ordninger for medbestemmelse, indholdet af disse ordninger, herunder (i givet fald) det antal medlemmer i SE-selskabets administrations- eller tilsynsorgan, som medarbejderne har ret til at vælge, udpege, anbefale eller modsætte sig, de nærmere regler for, hvorledes medarbejderne kan vælge, udpege, anbefale eller modsætte sig udpegelse af disse medlemmer, samt disse medlemmers rettigheder

[…]

3. Aftalen er ikke – medmindre andet bestemmes – omfattet af referencebestemmelserne i bilaget.

4. Hvis et SE-selskab stiftes ved omdannelse, skal aftalen fastsætte mindst samme niveau for alle aspekter af medarbejderindflydelse som det, der findes i det selskab, der skal omdannes til et SE-selskab, jf. dog artikel 13, stk. 3, litra a).«

9. SE-direktivets artikel 7 med overskriften »Referencebestemmelser« bestemmer følgende i stk. 1 og 2:

»1. For at sikre virkeliggørelsen af målet i artikel 1 fastsætter medlemsstaterne med forbehold af stk. 3 referencebestemmelser om medarbejderindflydelse, som skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget.

De referencebestemmelser, der er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted, gælder fra datoen for SE-selskabets registrering:

a) hvis parterne er enige om det, eller

b) hvis der inden for den frist, der er omhandlet i artikel 5, ikke er indgået nogen aftale og

   – det kompetente organ i hvert af de deltagende selskaber beslutter at acceptere, at referencebestemmelserne finder anvendelse på SE-selskabet, og således fortsætte registreringen og

   – det særlige forhandlingsorgan ikke har truffet den afgørelse, der er omhandlet i artikel 3, stk. 6.

2. Desuden finder de referencebestemmelser, der er fastsat i den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor SE-selskabet skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted, i overensstemmelse med del 3 i bilaget kun anvendelse:

a) når et SE-selskab stiftes ved omdannelse, hvis reglerne i en medlemsstat vedrørende medbestemmelse i administrations- eller tilsynsorganet fandt anvendelse på et selskab, der omdannes til et SE-selskab

[…]

Hvis der var mere end en form for medbestemmelse i de forskellige deltagende selskaber, træffer det særlige forhandlingsorgan afgørelse om, hvilken af disse former der skal indføres i SE-selskabet. Medlemsstaterne kan fastsætte regler, der gælder for et SE-selskab, som er registreret på deres område, hvis der ikke foreligger nogen afgørelse om dette spørgsmål. Det særlige forhandlingsorgan underretter de kompetente organer i de deltagende selskaber om de afgørelser, der træffes i medfør af dette stykke.«

10. SE-direktivets artikel 11, der vedrører misbrug af procedurerne, har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med [EU-]lovgivningen passende foranstaltninger for at undgå misbrug af et SE-selskab med det formål at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse eller nægte dem en sådan ret.«

11. SE-direktivets artikel 13, stk. 3 og 4, fastsætter:

»3. Dette direktiv begrænser ikke

a) den eksisterende ret til anden medarbejderindflydelse end medbestemmelse i SE-selskabets organer, der er fastsat ved medlemsstaternes lovgivning og/eller praksis, og som medarbejderne i SE-selskabet og i dettes datterselskaber og bedrifter (driftsenheder) har

b) de bestemmelser vedrørende medbestemmelse i organerne, som er fastsat ved national lovgivning og/eller praksis, som gælder for SE-selskabets datterselskaber.

4. For at beskytte de rettigheder, der er nævnt i stk. 3, kan medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at strukturer for medarbejderrepræsentation i deltagende selskaber, der ophører med at være særskilte juridiske personer, fortsat består, efter at SE-selskabet er registreret.«

12. Bilaget til SE-direktivet indeholder de referencebestemmelser, der er nævnt i dets artikel 7. Dette bilags del 3 med overskriften »Referencebestemmelser for medbestemmelse« lyder således:

»Følgende bestemmelser gælder for medarbejderes medbestemmelse i et SE-selskab:

a) Stiftes et SE-selskab ved omdannelse, og fandt reglerne i en medlemsstat vedrørende medarbejdernes medbestemmelse i administrations- eller tilsynsorganet anvendelse inden registreringen, finder alle dele af medbestemmelsesordningen fortsat anvendelse i SE-selskabet. Litra b) finder tilsvarende anvendelse med henblik herpå.

b) I andre tilfælde af stiftelse af et SE-selskab har medarbejderne i SE-selskabet, i dets datterselskaber og bedrifter (driftsenheder) og/eller disses repræsentationsorgan ret til at vælge, udpege, anbefale eller modsætte sig udpegelsen af et antal af medlemmerne af SE-selskabets tilsyns- eller administrationsorgan, der svarer til det størst mulige antal, der måtte finde anvendelse i de pågældende deltagende selskaber inden SE-selskabets registrering.

Hvis der ikke fandtes bestemmelser for medbestemmelse i nogen af de deltagende selskaber inden SE-selskabets registrering, er dette ikke forpligtet til at indføre bestemmelser for medarbejdermedbestemmelse.

Repræsentationsorganet træffer afgørelse om fordelingen af pladserne i administrations- eller tilsynsorganet mellem de medlemmer, der repræsenterer medarbejderne fra de forskellige medlemsstater, eller om, hvordan medarbejderne i SE-selskabet kan anbefale eller modsætte sig udpegelsen af medlemmerne i disse organer, i forhold til den del af SE-selskabets medarbejdere, der er beskæftiget i hver medlemsstat. Hvis medarbejderne fra en eller flere medlemsstater ikke er omfattet af dette forholdskriterium, udpeger repræsentationsorganet et medlem fra en af disse medlemsstater, navnlig fra den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hvis dette er relevant. Hver medlemsstat kan bestemme, hvordan de pladser, der tildeles den i administrations- eller tilsynsorganet, skal fordeles.

[…]«

B. Tysk ret

1. MitbestG

13. § 7 i Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (lov om arbejdstagernes medbestemmelse) [6] af 4. maj 1976, som ændret ved lov af 24. april 2015 [7], bestemmer:

»(1) Bestyrelsen for en virksomhed, der

1. normalt ikke tæller mere end 10 000 medarbejdere, består af seks medlemmer, som repræsenterer aktionærerne, og seks medlemmer, som repræsenterer medarbejderne

2. normalt tæller mere end 10 000, men ikke mere end 20 000 medarbejdere, består af otte medlemmer, som repræsenterer aktionærerne, og otte medlemmer, som repræsenterer medarbejderne

3. normalt tæller mere end 20 000 medarbejdere, består af ti medlemmer, som repræsenterer aktionærerne, og ti medlemmer, som repræsenterer medarbejderne.

[…]

(2) Blandt de medlemmer af bestyrelsen, som repræsenterer medarbejderne, skal der

1. i en bestyrelse med seks repræsentanter for medarbejderne være fire medarbejdere ved virksomheden og to fagforeningsrepræsentanter

2. i en bestyrelse med otte repræsentanter for medarbejderne være seks medarbejdere ved virksomheden og to fagforeningsrepræsentanter

3. i en bestyrelse med ti repræsentanter for medarbejderne være syv medarbejdere ved virksomheden og tre fagforeningsrepræsentanter.

[…]

6 – BGBl. 1976 I, s. 1153.

7 – BGBl. 2015 I, s. 642 (herefter »MitbestG«).

(5) De i stk. 2 omhandlede fagforeninger skal være repræsenteret i virksomheden selv eller i en anden virksomhed, hvis medarbejdere som omhandlet i denne lov deltager i valget af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer.«

14. MitbestG's § 16 fastsætter for så vidt angår valget af fagforeningsrepræsentanter i bestyrelsen:

»(1) De delegerede vælger de medlemmer af bestyrelsen, som repræsenterer fagforeningerne i henhold til § 7, stk. 2, ved hemmelig afstemning og efter forholdstalsprincippet […]

(2) Valget sker på grundlag af valgforslag fra de fagforeninger, som er repræsenteret i virksomheden eller i en anden virksomhed, hvis medarbejdere som omhandlet i denne lov deltager i valget af virksomhedens bestyrelsesmedlemmer. […]«

2. SEBG

15. § 2, stk. 8 og 12, i Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (lov om arbejdstagernes indflydelse i et europæisk selskab)[8] af 22. december 2004, som ændret ved lov af 20. maj 2020[9], indeholder i den affattelse, der har været gældende siden den 1. marts 2020, følgende definitioner:

»(8) Som medarbejderindflydelse betegnes enhver procedure – herunder underretning, høring og medbestemmelse – hvorved medarbejdernes repræsentanter kan øve indflydelse på beslutningstagningen i selskabet.

[…]

(12) Som medbestemmelse betegnes medarbejdernes indflydelse på selskabets forhold ved

1. udøvelse af retten til at vælge eller udpege en del af medlemmerne af selskabets bestyrelse eller administrative organ […]«

16. SEBG's § 21 med overskriften »Aftalens indhold« fastsætter:

»(1) I den skriftlige aftale mellem ledelsen og det særlige forhandlingsorgan fastsættes, uden at det i øvrigt berører parternes aftalefrihed og med forbehold af stk. 6, følgende:

[…]

(3) Såfremt parterne indgår en aftale om medbestemmelse, skal dennes indhold fastsættes. Navnlig skal følgende aftales:

1. antallet af medlemmer af SE-selskabets bestyrelse eller administrative organ, som medarbejderne kan vælge eller udpege, eller hvis udpegning de kan anbefale eller afvise

2. den procedure, hvorefter medarbejderne kan vælge eller udpege disse medlemmer eller anbefale eller afvise disses udpegning, og

[8] – BGBl. 2004 I, s. 3686.

[9] – BGBl. 2020 I, s. 1044 (herefter »SEBG«).

3. disse medlemmers rettigheder.

[…]

(6) Uden at det berører denne lovs forhold til andre bestemmelser om medarbejderes medbestemmelse i virksomheden, skal aftalen, hvis et SE-selskab stiftes ved omdannelse, fastsætte mindst samme niveau for alle aspekter af medarbejderindflydelse som det, der findes i det selskab, der skal omdannes til et SE-selskab. […]«

III. Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

17. I 2014 blev et tysk aktieselskab omdannet til et SE-selskab ved navn SAP SE, som var baseret på et tostrenget system, efter at have indgået en aftale med forhandlingsorganet om medarbejderindflydelsen i dette selskab (herefter »indflydelsesaftalen«).

18. Inden omdannelsen bestod selskabets bestyrelse i overensstemmelse med MitbestG's § 7, stk. 1 og 2, af otte medlemmer, der repræsenterede aktionærerne, og otte medlemmer, der repræsenterede medarbejderne. To af medarbejderrepræsentanterne var repræsentanter for fagforeningerne, som blev valgt ved en særskilt valgprocedure i forhold til end den, der anvendtes ved valget af de seks øvrige medarbejderrepræsentanter.

19. Siden omdannelsen har selskabet SAP SE i overensstemmelse med indflydelsesaftalen haft en bestyrelse på 18 medlemmer, hvoraf de ni er medarbejderrepræsentanter. Indflydelsesaftalens del II, nr. 3.1 bestemmer, at det kun er SAP-arbejdstagere eller repræsentanter for fagforeninger, som er repræsenteret i SAP-koncernen, der kan foreslås eller udpeges som medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen. Ifølge denne aftales del II, nr. 3.3 har fagforeningerne en eksklusiv ret til at foreslå en bestemt del af de medarbejderrepræsentanter, der tilkommer Tyskland, og disse fagforeningsrepræsentanter vælges ved en særskilt valgprocedure.

20. Da SAP SE påtænkte at reducere bestyrelsen til 12 medlemmer, anfægtede fagforeningerne bestemmelserne i nr. 3.4 i den nævnte del af aftalen, hvoraf det fremgår, at medarbejderrepræsentanterne til de første fire bestyrelsespladser, der tilkommer Tyskland, såfremt bestyrelsen består af 12 medlemmer, skal vælges af de medarbejdere, der er ansat i Tyskland, og at de fagforeninger, der er repræsenteret i koncernen, kan foreslå kandidater til en del af de bestyrelsespladser, der tilkommer Tyskland, uden at være omfattet af en særskilt valgprocedure for valget af deres kandidater. Disse bestemmelser udgør efter disse fagforeningers opfattelse en tilsidesættelse af SEBG's § 21, stk. 6, eftersom fagforeningerne ikke indrømmes nogen eksklusiv ret, som er sikret ved en særskilt valgprocedure, til at foreslå medarbejderrepræsentanterne i bestyrelsen. Ifølge SAP SE er de nævnte fagforeningers eksklusive forslagsret, som er fastsat i MitbestG's § 7, stk. 2, sammenholdt med § 16, stk. 2, derimod ikke beskyttet ved SEBG's § 21, stk. 6.

21. I en appelsag, der er anlagt til prøvelse af førsteinstansens afgørelse, hvori fagforeningerne, herunder navnlig Industriegewerkschaft Metall (herefter »IG Metall«) og Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (herefter »ver.di«), ikke fik medhold, ønsker den forelæggende ret oplyst, om indflydelsesaftalens regler om udpegelse af de medlemmer, der repræsenterer medarbejderne, i en bestyrelse, der er reduceret til 12 medlemmer, er gyldige, henset til SEBG's § 21, stk. 6, og SE-direktivets artikel 4, stk. 4.

22. Den forelæggende ret har for det første forklaret, at de omtvistede bestemmelser i indflydelsesaftalen i lyset af de metoder, der skal anvendes ved fortolkningen af den nationale lovgivning, ikke er forenelige med fortolkningen af SEBG's § 21, stk. 6, som har gennemført SE-direktivets artikel 4, stk. 4.

23. Ifølge den forelæggende ret er den aftalefrihed, som parterne i en indflydelsesaftale nyder, hvis et SE-selskab stiftes ved omdannelse af et aktieselskab, nemlig betinget af, at der sikres mindst samme niveau for alle aspekter af medarbejderindflydelse som det, der findes i det selskab, der skal omdannes. Den har tilføjet, at disse aspekter af medarbejderindflydelse skal fastsættes på grundlag af den relevante nationale lovgivning under hensyntagen til procedurerne for medarbejderindflydelse i det selskab, der skal omdannes. Den har anført, at de elementer i procedurerne, som i særlig grad kendetegner medarbejdernes indflydelse i det selskab, der skal omdannes, skal fastsættes på samme kvalitative niveau i den indflydelsesaftale, der gælder for SE-selskabet. Den forelæggende ret har præciseret, at den særskilte valgprocedure for medarbejderrepræsentanter, som ikke behøver at være ansat i selskabet, og som foreslås af fagforeningerne og repræsenteres i det selskab, der skal omdannes, eller i en anden virksomhed, hvis medarbejdere deltager i valget af bestyrelsesmedlemmerne, hører til de elementer i procedurerne, som kendetegner medarbejdernes indflydelse, og at den derfor skal fastsættes på samme kvalitative niveau i indflydelsesaftalen. Den har endvidere oplyst, at bestemmelsen om, at der skal bevares en tilsvarende indflydelse, ligeledes gælder for det antal fagforeningsrepræsentanter, der skal vælges ved en særskilt valgprocedure, og at denne eksklusive forslagsret bør omfatte alle fagforeninger og ikke kun tyske fagforeninger. Den har tilføjet, at denne særskilte valgprocedure gør det muligt at vælge personer, der har indgående kendskab til virksomhedens forhold og behov og samtidig kan bidrage med ekstern sagkundskab og uafhængighed. Heraf har den forelæggende ret udledt, at den mekanisme, der er indført ved indflydelsesaftalen for en bestyrelse med 12 medlemmer, idet den ikke fastsætter en særlig valgprocedure for valget af de kandidater, der foreslås af fagforeningerne, ikke i tilstrækkelig grad sikrer, at der vil være en person i bestyrelsen, som fagforeningerne har foreslået, og derfor ikke er forenelig med SEBG's § 21, stk. 6.

24. Den forelæggende ret ønsker for det andet oplyst, om denne fortolkning af den nationale ret er forenelig med kravene i SE-direktivets artikel 4, stk. 4.

25. Den forelæggende ret er nemlig af den opfattelse, at såfremt denne bestemmelse i SE-direktivet skal baseres på en anden fortolkning, som indebærer et ensartet, lavere beskyttelsesniveau i hele Unionen, vil den være forpligtet til at fortolke SEBG's § 21, stk. 6, i overensstemmelse med EU-retten.

26. Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er [SEBG's] § 21, stk. 6, […], hvoraf det vedrørende stiftelsen af et [SE-selskab] i Tyskland fremgår, at der skal fastsættes en særskilt udvælgelsesprocedure for personer, som foreslås af fagforeningerne, for så vidt angår et vist antal bestyrelsesmedlemmer, som repræsenterer medarbejderne, forenelig med [SE-direktivets] artikel 4, stk. 4, […]?«

27. IG Metall, ver.di, SAP SE, Konzernbetriebsrat der SAP SE (bedriftsrådet i SAP SE-koncernen), den tyske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Disse parter, med undtagelse af bedriftsrådet i SAP SE-koncernen, har tillige med den luxembourgske regering indgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 7. februar 2022.

IV. Bedømmelse

28. Før jeg undersøger den forelæggende rets spørgsmål, vil jeg gerne fremsætte en række bemærkninger om gyldigheden af SE-direktivets artikel 4, stk. 4, henset til den primære ret og nærmere bestemt henset til artikel 49 TEUF om etableringsfriheden samt artikel 16, 17 og 20 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. SAP SE har nemlig anført, at SE-direktivets artikel 4, stk. 4, begrænser disse friheder og rettigheder mere, end hvad der er nødvendigt for at nå målene med forordning nr. 2157/2001 og SE-direktivet, som er at gennemføre det indre marked og at fremme Fællesskabets arbejdsmarkedsmæssige og sociale mål, selv om disse mål også vil kunne realiseres ved hjælp af andre regler, der vedrører proceduren for forhandling af indflydelsesaftalen, og ved hjælp af referencebestemmelser, som anvendes, hvis forhandlingerne mislykkes.

29. Det bør påpeges, at Domstolen i denne forbindelse har fastslået dels, at det udelukkende påhviler den forelæggende ret at fastlægge indholdet af de spørgsmål, den vil forelægge, dels at artikel 267 TEUF ikke udgør et retsmiddel, der står til rådighed for parterne ved den nationale ret, således at Domstolen ikke er forpligtet til at vurdere gyldigheden af EU-retten alene af den grund, at dette spørgsmål er blevet påberåbt for den af en af disse parter i vedkommendes skriftlige indlæg [10].

30. I det foreliggende tilfælde vedrører det præjudicielle spørgsmål fortolkningen af SE-direktivets artikel 4, stk. 4, uden at den forelæggende ret har udtrykt tvivl om denne bestemmelses gyldighed, og uden at spørgsmålet om dens gyldighed er blevet rejst ved denne ret. Domstolen behøver derfor ikke at tage stilling til denne bestemmelses gyldighed.

31. Med hensyn til realiteten ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den særlige valgprocedure for valget af fagforeningsrepræsentanter til bestyrelsen for et SE-selskab, der er oprettet ved omdannelse af et tysk aktieselskab, skal bevares i medfør af SE-direktivets artikel 4, stk. 4, eller om den kan fraviges i forbindelse med forhandlingen af den indflydelsesaftale, der er omhandlet i SE-direktivets artikel 4, stk. 1.

A. Kort gennemgang af reglerne om oprettelse af et SE-selskab ved omdannelse

32. Den enstemmighed, der krævedes for at vedtage SE-direktivet, førte som bekendt ikke til nogen harmonisering eller standardisering af ordningerne for medarbejderindflydelse i selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med medlemsstaternes lovgivning. SE-direktivet indeholder ikke desto mindre en definition af medarbejderindflydelse, som er baseret på tre vigtige aspekter: »enhver ordning, herunder information, høring og medbestemmelse, hvorigennem medarbejderrepræsentanter kan øve indflydelse på de afgørelser, der skal træffes i selskabet« [11]. SE-direktivet kvalificerer endvidere medbestemmelse som »repræsentationsorganets og/eller medarbejderrepræsentanternes indflydelse på et selskabs anliggender i kraft af retten til at vælge […] nogle af medlemmerne af selskabets [tilsynsorgan] […]« [12].

33. Da reglerne om medarbejderindflydelse ikke er blevet harmoniseret, fremmes forhandlinger mellem selskabets kompetente organer og forhandlingsorganet, som repræsenterer medarbejderne i de enheder, der berøres af SE-selskabets oprettelse, med det formål at indgå en

[10] – Jf. dom af 5.5.2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, præmis 21 og 23 samt den deri nævnte retspraksis).

[11] – SE-direktivets artikel 2, litra h).

[12] – SE-direktivets artikel 2, litra k).

indflydelsesaftale, som skal indeholde en række elementer, herunder – hvis medarbejdernes medbestemmelse under omstændigheder som de foreliggende sikres ved, at der vælges repræsentanter for disse medarbejdere i bestyrelsen – antallet af disse repræsentanter i bestyrelsen og de nærmere regler for, hvordan de skal vælges[13]. Disse forhandlinger skal imidlertid baseres på et »før og efter-princip«, der i 18. betragtning til SE-direktivet beskrives således: »De rettigheder, medarbejderne havde inden stiftelsen af europæiske selskaber, er også udgangspunktet for udformningen af deres ret til medindflydelse i SE-selskabet.« Denne betragtning omhandler desuden et princip om sikring af medarbejdernes erhvervede ret til indflydelse.

34. Hvis der ikke indgås en aftale, er SE-selskabet omfattet af de referencebestemmelser, som er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, hvor det er registreret[14], og som er i overensstemmelse med de principper, der er fastsat i bilaget til SE-direktivet. Et af disse principper er i tilfælde af omdannelse bestemmelsen om, at »fandt reglerne i en medlemsstat vedrørende medarbejdernes medbestemmelse i […] tilsynsorganet anvendelse inden registreringen, finder alle dele af medbestemmelsesordningen fortsat anvendelse i SE-selskabet. Litra b) finder tilsvarende anvendelse med henblik herpå«[15]. Del 3, litra b), i bilaget til SE-direktivet bestemmer, at »[i] andre tilfælde af stiftelse af et SE-selskab har medarbejderne i SE-selskabet, i dets datterselskaber og bedrifter (driftsenheder) […] ret til at vælge […] et antal af medlemmerne af SE-selskabets [tilsynsorgan], der svarer til det størst mulige antal, der måtte finde anvendelse i de pågældende deltagende selskaber inden SE-selskabets registrering«.

35. Det er desuden vigtigt at nævne, at der i forbindelse med oprettelsen af et SE-selskab ved omdannelse findes supplerende beskyttelsesforanstaltninger set i forhold til de tre andre metoder til oprettelse af et sådant selskab. For det første er det således i tilfælde af omdannelse hverken muligt at undlade at indlede forhandlinger i forhandlingsorganet eller at afbryde forhandlingerne, uden at referencebestemmelserne finder anvendelse[16]. Ved omdannelse af et selskab med medbestemmelse vil forhandlingerne som følge heraf føre til en indflydelsesaftale, som opfylder kravene i SE-direktivets artikel 4, stk. 4, eller også vil de særlige referencebestemmelser vedrørende omdannelse finde anvendelse. I tilfælde af omdannelse er det for det andet ikke muligt for forhandlingsorganet at vedtage en indskrænkning af medbestemmelsesretten, som resulterer i »en andel af medlemmerne af SE-selskabets organer som omhandlet i artikel 2, litra k), der er mindre end den største andel, der forekommer i de deltagende selskaber«[17]. For det tredje er der ved forordning nr. 2157/2001 ligeledes indført to former for beskyttelse i tilfælde af oprettelse ved omdannelse: For det første er det forbudt at flytte hjemstedet i forbindelse med omdannelsen (denne forordnings artikel 37, stk. 3), og for det andet har medlemsstaterne mulighed for at gøre omdannelsen afhængig af kvalificeret flertal eller enstemmighed i organet for det selskab, der skal omdannes, og hvor der findes en ordning for medbestemmelse for medarbejderne (samme forordnings artikel 37, stk. 8).

36. Det er på denne baggrund, at SE-direktivets artikel 4, stk. 4, skal fortolkes. Denne fortolkning vedrører to forskellige elementer: dels udtrykket »alle aspekter af medarbejderindflydelse«, dels udtrykket »mindst samme niveau […] som det, der findes i det selskab, der skal omdannes til et SE-selskab«. Jeg vil undersøge det andet element først.

13 – Jf. SE-direktivets artikel 4, stk. 2, litra g).

14 – Jf. SE-direktivets artikel 7, stk. 1.

15 – Del 3, litra a), i bilaget til SE-direktivet.

16 – Jf. SE-direktivets artikel 3, stk. 6.

17 – SE-direktivets artikel 3, stk. 4.

B. Fortolkning af udtrykket »mindst samme niveau […] som det, der findes i det selskab, der skal omdannes til et SE-selskab«

37. For det første sigter dette andet element unægteligt til den nationale lovgivning, som finder anvendelse på medarbejderindflydelsen i det selskab, der skal omdannes.

38. Dette indebærer dog ikke, at alle de regler, der finder anvendelse på dette selskab, fortsat vil gælde for SE-selskabet. Det er nemlig kun muligt at opretholde de hidtidige regler for det selskab, der skal omdannes, uændret ved anvendelse af referencebestemmelserne efter mislykkede forhandlinger, eftersom det af de tidligere nævnte referencebestemmelser i del 3 i bilaget til SE-direktivet fremgår, at alle dele af medbestemmelsesordningen i tilfælde af omdannelse fortsat finder anvendelse i henhold til del 3, litra a), bl.a. hvad angår det størst mulige antal medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen i henhold til del 3, litra b), som finder tilsvarende anvendelse. I modsætning til det af SAP SE anførte indebærer forhandlingerne således en reel fordel, eftersom forhandlingsorganet kan fravige den nationale lovgivning, for så vidt som det følger af fortolkningen af det andet element i SE-direktivets artikel 4, stk. 4.

39. For det andet må det samme gælde for sikringen af, at praksis for medarbejderindflydelse ikke fortabes eller indskrænkes, og sikringen af medarbejdernes erhvervede ret til indflydelse samt for anvendelsen af det »før og efter-princip«, der er beskrevet i 3. og 18. betragtning til SE-direktivet.

C. Fortolkning af udtrykket »alle aspekter af medarbejderindflydelse«

40. Det kan være fristende at følge SAP SE's ræsonnement. Dette selskab har foreslået, at der på EU-plan anlægges en ensartet fortolkning af disse »aspekter«, som med hensyn til medbestemmelse kun vedrører medarbejderrepræsentanternes andel og indflydelse i bestyrelsen, uden at der stilles krav om en særlig valgprocedure for fagforeningsrepræsentanterne. Denne fortolkning kan nemlig støttes på flere forhold.

41. For det første beskytter SE-direktivet strengt taget ikke fagforeningernes rettigheder, men medarbejdernes rettigheder, eftersom fagforeningerne kun er nævnt udtrykkeligt i SE-direktivet i forbindelse med forhandlingsorganets oprettelse [18]. Dette kan imidlertid skyldes, at der antageligt ikke findes nationale regler om dette organs oprettelse, og at det var nødvendigt at kræve udtrykkelig medbestemmelse for fagforeningerne, hvis rolle er fastlagt i visse nationale lovgivninger.

42. For det andet skal indskrænkningen af medbestemmelsesretten, når en sådan er nævnt i direktivet, ske ved en begrænsning af andelen af medarbejderrepræsentanter i de deltagende selskaber [19]. Direktiv (EU) 2017/1132 [20] bestemmer tilsvarende for så vidt angår grænseoverskridende omdannelser, at bestemmelsesmedlemsstatens regler om medarbejdernes medbestemmelse ikke finder anvendelse, hvis bestemmelsesmedlemsstatens retsregler ikke fastsætter »mindst samme niveau for medarbejderes medbestemmelse som det, der gælder i selskabet før den grænseoverskridende omdannelse, målt i forhold til andelen af medarbejderrepræsentanter blandt medlemmerne i de administrations- eller tilsynsorganer,

[18] – Jf. SE-direktivets artikel 3, stk. 2, litra b), og 19. betragtning hertil.

[19] – Jf. SE-direktivets artikel 3, stk. 4, in fine.

[20] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 14.6.2017 om visse aspekter af selskabsretten (EUT 2017, L 169, s. 46), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/2121 af 27.11.2019 (EUT 2019, L 321, s. 1) (herefter »direktiv 2017/1132«).

udvalg eller ledelsesgrupper, herunder i selskabets profitcentre, der er omfattet af medarbejderes medbestemmelse« [21]. Den samme formulering er valgt for grænseoverskridende spaltninger [22] og grænseoverskridende fusioner [23].

43. Niveauet for medbestemmelse vurderes i disse tilfælde i forhold til andelen af medarbejderrepræsentanter i det berørte organ. Selv om det heraf kan udledes, at denne andel hører til de beskyttede aspekter af medbestemmelsen, er dette derimod ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at andre aspekter af denne medbestemmelse kan være beskyttet på samme måde, såfremt de har betydning for medarbejdernes indflydelse på selskabets drift.

44. I forbindelse med de i direktiv 2017/1132 nævnte tilfælde henvises der nemlig til den pågældende andel på et tidspunkt i processen, hvor det er nødvendigt at afgøre for det første, hvilke retsregler der finder anvendelse på transaktionen for så vidt angår medbestemmelsesretten, og for det andet, om der skal indledes forhandlinger gennem et forhandlingsorgan for at fastlægge denne ret, hvilket kræver et objektivt kriterium, der ikke kan drages i tvivl.

45. Henvisningen til denne andel i SE-direktivets artikel 3, stk. 4, in fine, er heller ikke tilstrækkelig til at udelukke, at andre aspekter af medbestemmelsen kan være beskyttet, eftersom denne artikel vedrører de øvrige metoder til oprettelse af et SE-selskab. Dette er helt på linje med, at referencebestemmelserne for disse oprettelsesmetoder kun beskytter andelen [24].

46. Da selve formuleringen er meget bred – »alle aspekter af medarbejderindflydelse« – er det desuden ikke muligt at antage, at det kun er en bestemt andel i bestyrelsen, der er beskyttet, når indflydelsesaftalens indhold skal omfatte ikke bare antallet af medarbejderrepræsentanter i denne bestyrelse, men også de nærmere regler for, hvordan de vælges [25].

47. Selv om visse elementer i procedurerne skal sikres den samme beskyttelse som andelen, er jeg imidlertid ikke overbevist om, at alle elementer i procedurerne er lige vigtige, da det også er nødvendigt, at de påvirker selskabets drift.

48. De sagsøgende fagforeninger i hovedsagen deler denne opfattelse, eftersom de tydeligvis ikke har protesteret mod, at bestyrelsen reduceres til 12 medlemmer, selv om antallet af medlemmer af denne bestyrelse efter tysk ret og uden undtagelse afhænger af selskabets størrelse. De har således medgivet, at antallet af medlemmer af den nævnte bestyrelse kan gøres til genstand for forhandlinger, ligesom de i retsmødet har medgivet, at medarbejderrepræsentanternes pladser kan fordeles på flere måder, når blot der anvendes en særskilt valgprocedure for valget af fagforeningernes kandidater (en andel, som kun omfatter de bestyrelsespladser, der tilkommer Tyskland [26], eller en samlet andel, som gør det muligt for alle fagforeninger for de berørte enheder at fordele de bestyrelsespladser, der tilkommer dem, mellem sig [27]).

21 – Artikel 86l, stk. 2, litra a), i direktiv 2017/1132.

22 – Jf. artikel 160l, stk. 2, litra a), i direktiv 2017/1132.

23 – Jf. artikel 133, stk. 2, litra a), i direktiv 2017/1132.

24 – Jf. del 3, litra b), i bilaget til SE-direktivet.

25 – Jf. SE-direktivets artikel 4, stk. 2, litra g).

26 – Dette afspejler efter deres opfattelse logikken i del 3, litra b), tredje afsnit, in fine, i bilaget til SE-direktivet (referencebestemmelserne), hvoraf det fremgår, at »[h]ver medlemsstat kan bestemme, hvordan de pladser, der tildeles den i administrations- eller tilsynsorganet, skal fordeles«.

27 – Dette afspejler efter deres opfattelse snarere logikken i dom af 20.6.2013, Kommissionen mod Nederlandene (C-635/11, EU:C:2013:408, præmis 40 og 41), hvori »før og efter-princippet« fortolkes således, at medbestemmelsesretten skal udvides til samtlige medarbejdere, der er berørt af oprettelsen af et SE-selskab.

49. Det er derfor nødvendigt, at det proceduremæssige element har indflydelse på beslutningstagningen i det berørte organ, eftersom medarbejdernes medbestemmelse som tidligere nævnt er defineret som medarbejderrepræsentanternes indflydelse på et selskabs anliggender[28]. Dette indflydelseskriterium vidner således om, at det samlede antal bestyrelsesmedlemmer kan gøres til genstand for forhandlinger, såfremt andelen bevares.

50. Det nævnte kriterium er imidlertid vanskeligere at håndtere i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt den særlige valgprocedure for fagforeningerne skal beskyttes, eftersom dette kræver en subjektiv bedømmelse af fagforeningsrepræsentanternes bidrag, sammenholdt med de øvrige medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen. Den forelæggende ret har i lighed med IG Metall og ver.di henvist til delte holdninger i den tyske retslitteratur på området, selv om de alle tre har konkluderet, at fagforeningsrepræsentanternes medbestemmelse gavner medarbejdernes medbestemmelse. Det er som følge heraf ikke muligt at bedømme dette aspekt fra sag til sag, og en sådan subjektiv bedømmelse kan kun undgås ved, at der tages udgangspunkt i national ret.

51. Fagforeningerne og den tyske regering har i øvrigt peget på kriteriet om det særlige kendetegn ved den nationale procedure for medarbejderes medbestemmelse, som gør det muligt at adskille aspekter, der ikke kan gøres til genstand for forhandlinger. Dette kriterium illustrerer efter min opfattelse tanken om, at indflydelsen, når denne er knyttet til kvalitative aspekter, ikke kan gøres til genstand for en bedømmelse eller for forhandlinger fra sag til sag, men skal vurderes ud fra de valg, der er foretaget i national ret, så længe der ikke er sket en harmonisering på EU-plan. Forhandlingsorganet har nemlig brug for klare retningslinjer for, hvornår de kan benytte sig af forhandlinger, og hvornår de skal rette sig efter de nationale regler.

52. Det kan derfor ikke nægtes, at den særlige valgprocedure for fagforeningsrepræsentanter er et særligt kendetegn ved medbestemmelsesordningen i Tyskland, og at den ikke kan gøres til genstand for forhandlinger.

53. Det er efter min opfattelse klart, at den valgte fortolkning af SE-direktivets artikel 4, stk. 4, som følge af det ensartede ordvalg finder anvendelse på europæiske andelsselskaber[29] og i kraft af henvisningen til denne bestemmelse finder anvendelse på grænseoverskridende spaltninger[30] og omdannelser[31].

54. Selv om den forelæggende ret ikke direkte har ønsket oplyst, om denne ret til en særskilt valgprocedure kan udvides til samtlige medarbejdere, der er berørt af omdannelsen, om denne valgprocedure kan anvendes for andre fagforeninger end de tyske, og om det er muligt at foreslå kandidater for fagforeningerne, uanset om de er ansat i den pågældende enhed, indgår disse spørgsmål i dens afgørelse, idet de er nævnt i begrundelsen. Det kan derfor være hensigtsmæssigt at besvare dem ganske kort, så meget desto mere som svarene kan udledes af SE-direktivet og af Domstolens praksis.

55. Domstolen har allerede fastslået, at det fremgår af »SE-direktivet, at EU-lovgiver tilsigter en sikring af erhvervede rettigheder, der ikke alene indebærer, at de rettigheder, som medarbejderne i de fusionerende selskaber har erhvervet, bevares, men også, at disse rettigheder udvides til

28 – Jf. SE-direktivets artikel 2, litra k).

29 – Jf. artikel 4, stk. 4, i Rådets direktiv 2003/72/EF af 22.7.2003 om supplerende bestemmelser til statutten for det europæiske andelsselskab for så vidt angår medarbejderindflydelse (EUT 2003, L 207, s. 25).

30 – Jf. artikel 160l, stk. 2, litra b), i direktiv 2017/1132.

31 – Jf. artikel 86l, stk. 2, litra b), i direktiv 2017/1132.

samtlige berørte medarbejdere«[32]. Efter min opfattelse er det således klart, at alle medarbejdere bør kunne omfattes af denne særlige valgprocedure, selv om dette ikke fremgår som sådan af den nationale ret[33]. Indflydelsesaftalen kan desuden indeholde præcise bestemmelser om valget af medarbejderrepræsentanter. Dette kan medføre, at forhandlingsorganet under forhandlingerne indvilger i, at andre fagforeninger end de tyske kan foreslå kandidater, uden at dette følger af et krav i SE-direktivet eller eventuelt af national ret. Med hensyn til bestemmelsen i SE-direktivet om, at fagforeningsrepræsentanter, som ikke er ansat i en enhed, der er berørt af omdannelsen, kan indgå i forhandlingsorganet[34], og for så vidt som det samme er bestemt i den nationale ret, som gælder for det selskab, der skal omdannes, kan fagforeningernes kandidater endelig være kandidater, som ikke er ansat i en sådan enhed.

56. SE-direktivets artikel 4, stk. 4, skal derfor fortolkes således, at der i aftalen om medarbejderindflydelse i et SE-selskab, som er oprettet ved omdannelse, skal fastsættes en særskilt valgprocedure for valget af et vist antal kandidater, der foreslås af fagforeningerne, til hvervet som medarbejderrepræsentant i bestyrelsen, når der foreligger et sådant særligt krav, som er bindende i den nationale ret, som finder anvendelse på det selskab, der skal omdannes.

V. Forslag til afgørelse

57. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål, som Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) har forelagt, således:

»Artikel 4, stk. 4, i Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse skal fortolkes således, at der i aftalen om medarbejderindflydelse i et europæisk selskab, som er oprettet ved omdannelse, skal fastsættes en særskilt valgprocedure for valget af et vist antal kandidater, der foreslås af fagforeningerne, til hvervet som medarbejderrepræsentant i bestyrelsen, når der foreligger et sådant særligt krav, som er bindende i den nationale ret, som finder anvendelse på det selskab, der skal omdannes.«

[32] – Dom af 20.6.2013, Kommissionen mod Nederlandene (C-635/11, EU:C:2013:408, præmis 41).

[33] – Jf. de faktiske omstændigheder i den sag, der gav anledning til dom af 18.7.2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562), hvorefter de tyske medbestemmelsesregler ikke kan anvendes uden for det tyske område.

[34] – Jf. 19. betragtning til SE-direktivet og artikel 3, stk. 2, litra b), heri.