

Vergaderjaar 2014–2015

**34 012**

## **Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de wijziging van de regels voor werknemersmedezeggenschap in geval van grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen**

**Nr. 5**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 4 december 2014

Graag dank ik de leden van uw Kamer voor het verslag. Het wetsvoorstel betreft een wijziging van artikel 2:333k van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ter uitvoering van Richtlijn 2005/56/EG van het Europees parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (de GOF-richtlijn) naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) dat Nederland artikel 16 van de GOF-richtlijn inzake de werknemersmedezeggenschap niet op de juiste wijze heeft geïmplementeerd (C-635/11).

De leden van de VVD-fractie vragen of tijdens de periode dat artikel 16 van de GOF-richtlijn niet op de juiste wijze was omgezet, een staatsaansprakelijkheid bestond voor Nederland. Is de Nederlandse staat daadwerkelijk aansprakelijk gesteld voor de foutieve implementatie, zo vragen deze leden en zo ja, voor welk bedrag.

Deze leden kan worden geantwoord dat Nederland niet aansprakelijk is gesteld.

Deze leden vragen voorts of Nederland een hoog niveau van medezeggenschapswet- en regelgeving kent, in vergelijking met andere EU-lidstaten.

Het kabinet meent dat Nederland inderdaad een hoog niveau van medezeggenschapswet- en regelgeving kent, in vergelijking met andere EU-lidstaten. Medezeggenschap wordt op basis van artikel 2 sub k van richtlijn 2001/86 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers (hierna: SE-richtlijn) ingevuld als het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, of het recht om met betrekking tot de benoeming van een aantal of alle leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap aanbevelingen te doen of bezwaar te maken. Volgens de definitie van medezeggenschap in artikel 2 sub k van de SE-richtlijn wordt een aanbevelingsrecht gelijk gesteld met een benoemingsrecht. Het gaat om het aantal leden in het toezichthoudend of bestuursorgaan waarop werknemers(ver-

tegenwoordigers) via de medezeggenschapsprocedure invloed kunnen uitoefenen.

Een wettelijk recht op medezeggenschap is in Nederland geregeld voor zogenoemde «structuurvennootschappen». Onder het structuurregime is een raad van commissarissen verplicht gesteld. Op basis van artikel 2:158/268 lid 5 BW heeft de ondernemingsraad van een naamloze respectievelijk besloten structuurvennootschap een recht van aanbeveling ten aanzien van de benoeming van alle leden van de raad van commissarissen. De benoeming van de commissarissen vindt plaats door de algemene vergadering.

Gelet op de definitie van medezeggenschap in artikel 2 sub k van de SE-richtlijn, prevaleert een aanbevelingsrecht ten aanzien van de benoeming van alle commissarissen in de zin van artikel 2:158 lid 5 BW boven een recht tot benoeming van bijvoorbeeld de helft of een derde van het aantal leden van een toezichthoudend orgaan of bestuursorgaan. Voor zover bekend, heeft geen van de andere EU-lidstaten een vergelijkbaar hoog niveau van medezeggenschap.

Deze leden vragen of door de juiste implementatie van de GOF-richtlijn potentieel een groter aantal werknemers zal vallen onder het hoge niveau van de Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van medezeggenschap. Meent het kabinet dat er sprake is van een potentieel nadelig effect op het vestigingsklimaat van Nederland, en zo ja, kan hier iets tegen worden ondernomen, zo wensen deze leden te vernemen. Tevens vragen zij of het wetsvoorstel een drempel vormt voor de creatie van een gelijk speelveld.

Het kabinet meent dat er geen eenduidig antwoord is op de vraag of de wetswijziging tot gevolg heeft dat er potentieel een groter aantal werknemers zal vallen onder het hoge niveau van de Nederlandse wet- en regelgeving. Het hoge niveau van Nederlandse wet- en regelgeving, in de vorm van een aanbevelingsrecht ten aanzien van alle commissarissen respectievelijk niet-uitvoerende bestuurders, kan op verschillende wijze worden bereikt. Dit kan bijvoorbeeld de uitkomst zijn van de onderhandelingen tussen de fuserende vennootschappen met de bijzondere onderhandelingsgroep, of indien de verkrijgende vennootschap een Nederlandse structuurvennootschap is en de bijzondere onderhandelingsgroep besluit om van de onderhandelingen af te zien (zie het voorgestelde artikel 333k lid 9 BW). Dit kan ook de uitkomst zijn indien een Nederlandse structuurvennootschap één van de fuserende vennootschappen is en de referentievoorschriften zijn van toepassing (afhankelijk van het totale aantal werknemers met en zonder medezeggenschap). Volgens het kabinet heeft de wetswijziging geen noemenswaardig nadelig effect op het Nederlandse vestigingsklimaat. Grensoverschrijdende fusies tussen kapitaalvennootschappen met medezeggenschap komen in de praktijk niet vaak voor. De wetswijziging heeft tot gevolg dat in die gevallen niet altijd de structuurregeling kan worden toegepast, maar dat, indien bij één van de fuserende vennootschappen sprake is van werknemersmedezeggenschap, steeds moet worden bezien of de Europese regeling van werknemersmedezeggenschap moet worden gevolgd. Er is thans geen gelijk speelveld op EU-niveau voor de medezeggenschap van werknemers. Daar heeft de wetswijziging geen invloed op.

Deze leden vragen voorts wat de achterliggende reden is van het tiende lid van het voorgestelde artikel 2:333k BW.

Het voorgestelde lid 10 bepaalt dat, indien de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is, de uitwerking van de medezeggenschap in de statuten wordt vastgelegd. Thans staat dit voorschrift in artikel 2:333k lid 5 BW. De achtergrond van dit voorschrift is om de notaris in staat te stellen eenvoudig vast te stellen of aan alle formele vereisten van de fusie is voldaan. De notaris dient bij een

grensoverschrijdende fusie met een Nederlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap immers te verklaren dat de benodigde vormvoorschriften in acht zijn genomen en dat de regelingen met betrekking tot medezeggenschap zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 333k (vgl. artikel 2:333i lid 5 BW).

Deze leden vragen naar de uitleg van het twaalfde lid van voornoemd artikel. Wordt daarmee bedoeld dat de opgaveplicht ten tijde van de fusie dient te bestaan, zodat een opgaveplicht die vele jaren nadien ontstaat, geen afbreuk kan doen aan de voortgezette toepassing van de referentievoorschriften, aldus deze leden.

Het voorgestelde lid 12 ziet op de gevolgen van het afzien van het openen van de onderhandelingen door de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap. In dat geval gelden de referentievoorschriften, bedoeld in artikel 1:31 leden 2 en 3 van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen, met dien verstande dat de referentievoorschriften bedoeld in artikel 1:31 lid 3 slechts van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de verkrijgende vennootschap niet verplicht is tot het doen van opgaaf als bedoeld in artikel 153 en 263 van Boek 2 BW. Het gaat om de verplichting tot het doen van opgaaf tot het moment dat de fusie wordt ingeschreven. Indien een Nederlandse NV of BV als verkrijgende vennootschap optreedt die op het moment dat de fusie van kracht wordt verplicht is tot het doen van opgaaf, moet zij deze opgaveplicht nakomen. De vennootschap kan niet volstaan met een beroep op artikel 1:31 lid 3, omdat zij in dat geval geen voorschriften voor de medezeggenschap zou behoeven in te voeren. Met deze regeling in het twaalfde lid is beoogd de omzeiling van de Nederlandse structuurregeling door middel van een grensoverschrijdende fusie tegen te gaan. Wordt de Nederlandse NV of BV als verkrijgende vennootschap eerst na de fusie verplicht tot het doen van opgaaf, dan is de Europese medezeggenschapsregeling bij grensoverschrijdende fusie niet langer relevant en dient de vennootschap te voldoen aan artikel 2:153 of 263 BW.

Tenslotte wensen deze leden te vernemen waarom artikel 7, tweede lid, onder b eerste alinea, onder ii van de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap niet is overgenomen. In artikel 7 lid 2 onder b, eerste alinea, onder ii, van de SE-richtlijn is bepaald dat de referentievoorschriften slechts van toepassing zijn als voor de inschrijving van de verkrijgende vennootschap bij één of meer van de fuserende vennootschappen één of meer vormen van medezeggenschap van toepassing waren die minder dan 25% van het totale aantal werknemers van die vennootschappen bestreken en de bijzondere onderhandelingsgroep daartoe besluit. Op basis van de GOF-richtlijn heeft de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap de mogelijkheid om af te zien van het openen van de onderhandelingen. Dit besluit heeft tot gevolg dat de referentievoorschriften voor regelingen met betrekking tot medezeggenschap van toepassing zijn (vgl. artikel 16 lid 4 onderdeel a GOF-richtlijn en het voorgestelde lid 12). Een dergelijke bevoegdheid van de algemene vergadering bestaat niet in de SE-richtlijn, omdat de SE-richtlijn sterker uitgaat van de onderhandelingen van partijen. Nu bij de grensoverschrijdende fusie het besluit van de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap kan leiden tot toepassing van de referentievoorschriften, acht ik het niet goed werkbaar dat ook de bijzondere onderhandelingsgroep daartoe zou moeten besluiten. Dat zou immers de bijzondere onderhandelingsgroep een soort «vetorecht» geven. De GOF-richtlijn beoogt juist mogelijk te maken om zonder onderhandelingen tot een regeling van werknemersmedezeggenschap te komen.

De leden van D66-fractie zijn benieuwd welke risico's voor onnodige toepassing van Europese regelgeving de regering voor ogen heeft en in hoeverre de regering voornemens is de betreffende fuserende vennootschappen te sturen in het benutten van die ruimte.

De Europese regeling voor de toepassing van de medezeggenschap is een uiterst lastige en gecompliceerde materie. Daarom werd destijds bij de implementatie van de GOF-richtlijn met het oog op gebruiksvriendelijkheid, duidelijkheid en inpasbaarheid van de regeling zoveel mogelijk aangesloten bij de Nederlandse structuurregeling (zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2007–2008, 30 929, E). In het voorontwerp werd omwille van de duidelijkheid voorgesteld om in alle gevallen waarin één van de fuserende vennootschappen een werknemersmedezeggenschapsregeling heeft, toepassing van de Europese regeling voor te schrijven. In de consultatie is erop gewezen dat de Europese regeling in dat geval ook van toepassing wordt verklaard in situaties waarin de richtlijn niet tot toepassing van de Europese regeling verplicht, bijvoorbeeld wanneer regelingen tot stand zijn gekomen via de SE-richtlijn in een SE of SCE met statutaire zetel in Nederland, of via een NV of BV die uit een grensoverschrijdende fusie is ontstaan. Om het risico te voorkomen dat het toepassingsbereik van de richtlijn wordt uitgebreid zonder dat dit door de richtlijn wordt gevegd, is in het wetsvoorstel artikel 16 van de GOF-richtlijn overgenomen en uitgewerkt. Het is aan de fuserende vennootschappen om te bepalen of zij onder de Europese regeling vallen.

Vornoemde leden vragen voorts in hoeverre de uitspraak van het Hof, als uitkomst van de infractieprocedure, op enig moment voorspelbaar was of anderszins was te verwachten. Kan de regering ingaan op de fase voorafgaand aan de procedure bij het Hof, de signalen die zij heeft ontvangen over de implementatie en de uitwisseling van standpunten die al dan niet met de Europese Commissie heeft plaatsgevonden, zo vragen deze leden.

De pre-contentieuze fase van deze Hofzaak verloopt volgens een vast stramien dat is beschreven in artikel 258 VWEU. Op 29 oktober 2009 heeft de Europese Commissie Nederland in gebreke gesteld wegens niet-nakoming van de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 16 van de GOF-richtlijn. Lidstaten hebben vervolgens de gelegenheid om opmerkingen te maken (vgl. artikel 258). Dit heeft Nederland gedaan. Vervolgens heeft de Europese Commissie een «Met Redenen Omkleed Advies» uitgebracht op 25 november 2010. In deze fase stelt de Commissie de lidstaat in feite een ultimatum: als de lidstaat niet alsnog (binnen de termijn die gesteld wordt) nakomt, spant de Commissie een procedure aan bij het Hof. Dit is geschied op 9 december 2011 (de contentieuze fase). Nederland heeft telkens het standpunt van de Commissie weersproken en gemeend dat het de richtlijn correct had geïmplementeerd. Het Hof heeft anders geoordeeld. De zaak is overigens vermeld op het overzicht van ingebrekestellingen (vgl. Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, Bijlage bij Kamerstuk 21 109, nr. 198).

Deze leden wensen tevens te vernemen of het Nederlandse standpunt door andere EU-lidstaten is ondersteund, en zo ja, welke EU-lidstaten dat waren en wat hun belang was, en zo nee, hoe het komt dat Nederland een uniek standpunt inneemt.

In de procedure bij het Hof is Nederland niet door andere lidstaten gesteund. Voor zover bekend, kent Nederland als enige lidstaat een aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad voor alle commissarissen. Dit betekent dat zich de situatie niet kan voordoen dat een andere lidstaat een hoger niveau van medezeggenschap kent. Daarmee valt de vergelijking tussen de medezeggenschapsregimes steeds in het voordeel van Nederland uit en staat de uitkomst van artikel 16 lid 2 onder a van de

GOF-richtlijn steeds vast. Naar de inschatting van het kabinet heeft Nederland in die zin een unieke positie.

Deze leden vragen welke kosten Nederland vanwege deze procedure heeft gemaakt.

De procesvoering bij het Hof wordt verzorgd door gemachtigden van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Er zijn in deze fase geen externe kosten gemaakt. De kosten die Nederland heeft gemaakt betreffen uitsluitend de personele inzet van de betrokken departementen.

De Minister van Veiligheid en Justitie,  
I.W. Opstelten