

De oprichting van een Europese naamloze vennootschap en de rol van werknemers daarbij

E.L.J. Bruyninckx en M. Koster¹

- 34 Ondernemingen opereren steeds vaker in internationaal verband. In het verlengde daarvan lijkt de Europese vennootschap, ook wel Societas Europaea (SE) genoemd, in Nederland en de ons omringende landen in opkomst. In dit artikel wordt kort stilgestaan bij de verschillende vormen van oprichting van een SE, bij de invoeringswet van de zogenaamde SE-Verordening², bij de beweegredenen om voor deze rechtsvorm te kiezen, respectievelijk bij de voordelen ervan. Tevens wordt uitgebreider stilgestaan bij de medezeggenschapsrechten die bij de oprichting van een SE een cruciale rol spelen.

Inleiding

Op 8 oktober 2004 traden de SE-Verordening (de Verordening) en de bijbehorende SE-Richtlijn³ (de Richtlijn) in werking. De Richtlijn regelt de informatieverstrekking en raadpleging van de werknemers in de SE, haar dochtervennootschappen en vestigingen en hun invloed op de samenstelling van het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de SE. De Verordening regelt de voorwaarden en de wijze waarop een SE kan worden opgericht. De Verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks van toepassing op de SE in elke lidstaat. Tevens blijft het nationale vennootschapsrecht van toepassing. Op basis van de Verordening kunnen bepaalde nationale vennootschappen die overeenkomstig het recht van een van de lidstaten van de Europese Unie zijn opgericht en hun statutaire zetel in de Europese Gemeenschap hebben op vier wijzen een SE oprichten:

1. De auteurs zijn hun collega mr. M.W. Galjaart erkentelijk voor het kritisch nalezen van het artikel wat betreft de vennootschaprechtelijke aspecten.
2. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap.
3. Richtlijn 2001/86/EG van 8 oktober 2001 van de Raad tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van werknemers.

1. door juridische fusie tussen in (ten minste twee) verschillende EG-lidstaten gevestigde naamloze vennootschappen;
2. door oprichting van een holding-SE;
3. door oprichting van een dochter-SE door ten minste twee vennootschappen die onder het recht van verschillende EG-lidstaten ressorteren, dan wel die ten minste twee jaar een dochtervennootschap hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert of een bijkantoor heeft gelegen in een andere lidstaat; en
4. door omzetting van een naamloze vennootschap naar nationaal recht (mits deze naamloze vennootschap ten minste twee jaar een dochtervennootschap in een andere lidstaat heeft dan wel een daar gelegen bijkantoor).⁴

Hoewel de SE een moeizame start heeft gehad, lijkt in de afgelopen periode meer belangstelling voor deze rechtsvorm te bestaan. De oprichting door fusie lijkt tot nu toe een van de meest gebruikte oprichtingswijzen. De SE bezit rechtspersoonlijkheid en heeft een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de Nederlandse naamloze vennootschap.

Implementatie in Nederland

Zowel de Verordening als de Richtlijn zijn in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd via de Uitvoeringswet Verordening Europese Vennootschap⁵ (de Uitvoeringswet Vo.) en de Uitvoeringswet Richtlijn⁶ (de Uitvoeringswet Rl.), de laatste in de vorm van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap.⁷ Omdat de implementatie tamelijk summier is, blijft de inhoud van de bestaande nationale wetgeving van belangrijke aanvullende betekenis (zoals de bepalingen in Boek 2 BW). De uitvoeringswetten op basis van de Verordening en de Richtlijn zijn sinds 1 april 2005 van kracht. De Richtlijn heeft uitdrukkelijk niet tot doel afbreuk te doen aan de bestaande nationale medezeggenschapsregels. Integendeel, de Verordening en de Richtlijn voorzien juist in de bescherming van de positie van de werknemers, indien bij een of meer van de initiatief-

nemende vennootschappen reeds een regeling over de rol van werknemers van toepassing was. De Nederlandse Wet op de ondernemingsraden (WOR) is en blijft dus van toepassing op de SE die in Nederland een onderneming in stand houdt, indien aan de daarvoor in de WOR gestelde criteria is voldaan. Dit betekent dat over voorgenomen besluiten over transnationale kwesties die tevens onderdeel uitmaken van art. 25 WOR advies gevraagd dient te worden aan zowel de Nederlandse ondernemingsraad (or) als aan de eventueel opgerichte SE-ondernemingsraad (SE-or). De or heeft echter geen taak of bevoegdheden meer bij de benoeming van de raad van commissarissen in een in Nederland gevestigde SE indien voor de oprichting sprake was van een structuurvennootschap. Bovendien kan de SE niet worden gevormd indien de voorschriften voor het tot stand komen van een regeling met betrekking tot de rol van de werknemers op het niveau van de SE niet zijn nageleefd.⁸ Het begrip 'medezeggenschap' in de Uitvoeringswet Rl. ziet overigens op de zogenaamde vennootschappelijke medezeggenschap en heeft daarmee een veel beperkter inhoud dan in de WOR, te weten (1) het recht van de SE-or om leden van het toezichthoudende orgaan of het bestuursorgaan te benoemen of te verkiezen en (2) een recht om ten aanzien van de benoeming van leden van deze organen aanbevelingen te doen of bezwaar te maken. Hierop wordt hierna nader ingegaan.

Beweegredenen voor de oprichting van een SE

De mogelijkheid een SE op te richten, maakt onder meer de samenwerking tussen en de uitbreiding van het aantal vestigingen, maar ook een eventuele herstructurering – bijvoorbeeld door een grensoverschrijdende juridische fusie of zetelverplaatsing⁹ – eenvoudiger. Ook kunnen beslissingen met een grensoverschrijdend karakter in bepaalde gevallen aan de toepassing van nationale medezeggenschapsregels worden onttrokken. Zo blijkt in de praktijk een belangrijke beweegreden voor de oprichting van een SE het voorkomen van de toepasselijkheid van het structuurregime op Nederlandse vennootschappen.

4. Art. 2 Verordening.
 5. Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap, *Stb.* 2005, 167.
 6. Wet van 17 maart 2005 tot uitvoering van Richtlijn 2001/86/EG van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *Stb.* 2005, 167.
 7. Deze wet is in het kader van de Europese Coöperatieve Vennootschap aangepast met als gevolg dat ook de oorspronkelijke nummering van de artikelen van de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap is gewijzigd.

8. Art. 12 lid 2 en lid 3 Verordening.

9. De Verordening introduceert deze mogelijkheid voor de SE. Zonder de rechtsvorm van de SE is de vraag of vennootschappen hun hoofdkantoor kunnen verplaatsen van de ene lidstaat naar de andere lidstaat afhankelijk van het in de desbetreffende lidstaten geldende internationaal privaatrecht. Naar Nederlands internationaal privaatrecht is een grensoverschrijdende zetelverplaatsing niet mogelijk, behoudens binnen het koninkrijk en in bepaalde oorlogs- en andere noodsituaties naar derde landen.

Verburg noemt deze beweegredenen in zijn proefschrift ook als een overweging om een SE op te richten: de Nederlandse of van een in Nederland gevestigde onderneming van de SE kan de vennootschappelijke medezeggenschap verliezen die zou hebben bestaan als de keuze was bepaald op een NV of een BV met structuurregime.¹⁰ De of van een structuurvennootschap heeft op basis van dit regime een algemeen aanbevelingsrecht ten aanzien van de voorgenomen benoeming van ieder lid van de raad van commissarissen. Daarnaast komt de of sinds 1 oktober 2004 een versterkt aanbevelingsrecht toe ten aanzien van een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen.¹¹ Het aanbevelingsrecht is 'versterkt', omdat de raad van commissarissen de door de of voorgedragen commissaris in principe op bindende voordracht dient te plaatsen.¹² De Verordening biedt voor toepassing van het Nederlandse structuurregime geen ruimte. Daarnaast bepaalt ook art. 13 lid 2 van de Richtlijn dat de overeenkomstig de nationale wetgeving geldende bepalingen inzake werknemersmedezeggenschap in de vennootschapsorganen – zoals invloed op de samenstelling van het bestuursorgaan of toezichthoudend orgaan – niet van toepassing zijn op de SE. De Nederlandse structuurregeling is dus niet van toepassing op een in Nederland gevestigde SE. In de Uitvoeringswet RI.¹³ is de toepassing van de relevante leden van de art. 2:158 en 2:159 BW ten aanzien van de SE uitgesloten. Indien een van de deelnemende Nederlandse vennootschappen al wel was onderworpen aan het structuurregime vóór de oprichting van de SE, vormen de medezeggenschapsrechten die hieraan zijn verbonden voor de werknemers het uitgangspunt bij de totstandkoming van een regeling over de medezeggenschap van de werknemers bij de SE. Bij deze situatie staan wij hierna uitgebreider stil.

— Vorming van de SE

Voorfase

Het voornemen van een Nederlandse naamloze vennootschap tot deelname aan de oprichting van de SE zal voor advies aan de of van de Nederlandse naamloze vennootschap dienen te worden voorgelegd, uiteraard voor zover op dat niveau een or bestaat. Indien al een Europese ondernemingsraad (eor) bestaat, heeft die eor in voorkomende gevallen boven-

dien recht op transnationale informatie en raadpleging. In deze bijdrage gaan wij ervan uit dat er bij de aan de oprichting van de SE deelnemende vennootschappen geen eor, maar wel een of meerdere Nederlandse ondernemingsraden bestaan en dat deze positief heeft/hebben geadviseerd over het voornemen tot oprichting van de SE voordat de eerste oprichtingshandelingen plaatsvinden. Wij nemen verder als uitgangspunt dat de SE in Nederland zal worden gevestigd en dat oprichting van de SE met een statutaire vestigingsplaats in Nederland door juridische fusie zal plaatsvinden nu dat in de praktijk de meest voorkomende situatie blijkt.

Oprichting van de Bijzondere OnderhandelingsGroep

De Verordening en de Richtlijn schrijven voor dat, voordat een SE kan worden opgericht – ongeacht op welke wijze – in overleg dient te worden getreden over de 'rol van werknemers' in de SE. Dit dient te gebeuren met vertegenwoordigers van de werknemers die bij de oprichting van een SE betrokken zijn. Onder 'rol van werknemers' in de Verordening en de Richtlijn wordt verstaan 'iedere procedure, met inbegrip van informatie, raadpleging en medezeggenschap, waardoor de vertegenwoordigers van werknemers in staat worden gesteld invloed uit te oefenen op de binnen de SE te nemen besluiten'.¹⁴ De rol van werknemers bevat dus drie elementen: informatie, raadpleging en medezeggenschap. Daartoe wordt een apart orgaan opgericht, de Bijzondere OnderhandelingsGroep (BOG). Deze bestaat uit een zodanig aantal vertegenwoordigers van de werknemers van de aan de juridische fusie rechtstreeks deelnemende vennootschappen en de betrokken dochterondernemingen en vestigingen van die deelnemende vennootschappen, dat is gewaarborgd dat per lidstaat één lid wordt gekozen of aangewezen voor elke 10%, of een deel daarvan, van de werknemers die in de betrokken lidstaat werkzaam zijn. Dit wordt berekend over het totaal aantal werknemers dat bij de deelnemende vennootschappen en de betrokken dochterondernemingen en vestigingen in alle lidstaten teza-

10. L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (Monografieën Sociaal Recht, deel 40), Deventer: Kluwer 2007, p. 280.

11. De art. 2:158, 2:159, 2:268 en 2:269 BW.

12. Zie art. 2:158 lid 6 voor de uitzonderingen op de hoofdregel van plaatsing op bindende voordracht.

13. Art. 1:6 lid 2 Uitvoeringswet RI.

14. Art. 1:1 Uitvoeringswet RI.

men werkzaam is.¹⁵ De leden van de BOG worden gekozen of aangewezen volgens het recht van of de praktijk in de lidstaat waaruit zij worden afgevaardigd. De vertegenwoordiger(s) van de werknemers die werkzaam zijn in Nederland, dienen als leden van de BOG gekozen te worden door de in Nederland bestaande cor, of bij gebreke daarvan de (afzonderlijke) or('s).¹⁶ Nadat de BOG is ingesteld, dienen de deelnemende vennootschappen een vergadering te beleggen om te onderhandelen over de totstandkoming van een schriftelijke overeenkomst waarin regelingen worden vastgelegd over de betrokkenheid van de werknemers van de SE bij de informatie-, raadplegings- of medezeggenschapsstructuur¹⁷ van de SE.¹⁸ Een termijn waarbinnen deze eerste constitutieve vergadering moet plaatsvinden is in de Uitvoeringswet RI. niet opgenomen.¹⁹ Wel bepaalt de Uitvoeringswet RI. dat de onderhandelingen gedurende een periode van maximaal zes maanden vanaf het moment dat de constitutieve vergadering plaatsvindt worden voortgezet en dat verlenging tot maximaal één jaar in gezamenlijk overleg mogelijk is.²⁰ Indien geen overeenstemming wordt bereikt, wordt de rol van de werknemers in beginsel bepaald door regels van aanvullend recht, de zogenaamde 'referentievoorschriften'. De Verordening biedt voorts de mogelijkheid dat de SE 'medezeggenschapsvrij' tot stand wordt gebracht. Wij benadrukken dat het proces met de BOG eerst volledig moet worden door-

lopen voordat de SE daadwerkelijk kan worden opgericht.

Scenario's van uitkomsten van onderhandelingen met de BOG

Het overleg met de BOG kan tot drie verschillende uitkomsten leiden.

1. De BOG besluit van meet af aan af te zien van onderhandelingen of besluit de onderhandelingen te staken. Daartoe dient een meerderheid van twee derde van de leden van de BOG, die ten minste twee derde van het totale aantal werknemers vertegenwoordigen en die ten minste afkomstig zijn uit twee lidstaten, een besluit te nemen.²¹ In dat geval kan de vorming van de SE doorgang vinden zonder een regeling over de rol van werknemers op het niveau van de SE en gelden de regels over informatie en raadpleging van werknemers die gelden in de lidstaten waar de SE werknemers heeft. In Nederland gelden dan dus alleen de regels die gelden op grond van de WOR en de Wet EOR.

2. De onderhandelingen leiden tot overeenstemming.²² De vorming van de SE kan in dat geval doorgang vinden met de overeengekomen regeling omtrent de rol van werknemers op het niveau van de SE. De overeenstemming wordt vastgelegd in een overeenkomst als bedoeld in art. 1:18 van de Uitvoeringswet.²³ De onderhandelingspartijen kunnen in dat verband afspreken dat een SE-or wordt ingesteld. Zij kunnen er echter ook voor kiezen dat in plaats van een SE-or een of meer informatie- en raadplegingsprocedures worden ingesteld.²⁴ Ten slotte kunnen de onderhandelingspartijen besluiten om een medezeggenschapsregeling vast te stellen.²⁵ De onderhandelingspartijen hebben een grote vrijheid bij de bepaling van de inhoud van de overeenkomst en kunnen er dan ook gezamenlijk voor kiezen de hierna te bespreken referentievoorschriften (gedeeltelijk of uitsluitend) van toepassing te laten zijn.²⁶

3. Er komt geen overeenkomst met de BOG tot stand én de BOG ziet niet van meet af aan van onderhandelingen af of heeft besloten de onderhandelingen te staken. Dan kan de oprichting van de SE slechts doorgang vinden indien het management van de aan de juridische fusie deelnemende vennootschappen ermee instemt dat de referentievoorschriften van Afde-

15. Vennootschap A en vennootschap B besluiten te fuseren tot een SE. Beide vennootschappen hebben werknemers in Nederland, Duitsland, België en Luxemburg. Vennootschap A heeft in totaal 5050 werknemers verspreid over de verschillende lidstaten: in Nederland 2000, in Duitsland 1600, in België 900 en in Luxemburg 2000. Vennootschap B heeft in totaal 1050 werknemers verspreid over de verschillende lidstaten: in Nederland 330, in Duitsland 380, in België 240 en in Luxemburg 400. Het totaal aantal werknemers werkzaam in de verschillende lidstaten bedraagt 7000. Dit betekent dat per 700 werknemers (te weten 10% van het totaal aantal werknemers) of een gedeelte daarvan één zetel dient te worden toegekend aan de vertegenwoordigers van alle bij de oprichting van de SE betrokken werknemers. Dit houdt in dat bijvoorbeeld Nederland, waar 2330 werknemers werkzaam zijn in vennootschap A en B tezamen, recht heeft op vier zetels ($2330 : 700 = 3,3$ hetgeen naar boven wordt afgerond) en België, waar 1140 werknemers werkzaam zijn in vennootschap A en B tezamen, bijvoorbeeld recht heeft op twee zetels ($1140 : 700 = 1,6$).

16. Art. 1:8-1:10 Uitvoeringswet RI.

17. Voor de definities van informatie, raadpleging en medezeggenschap verwijzen wij naar art. 1:1 Uitvoeringswet RI.

18. Art. 1:8 jo. 1:11 Uitvoeringswet RI.

19. In de Duitse implementatiewet van de Verordening en de Richtlijn is dat bijvoorbeeld wel het geval, te weten binnen tien weken nadat het schriftelijke verzoek is gedaan de leden van de BOG te kiezen respectievelijk te benoemen.

20. Art. 1:17 Uitvoeringswet RI.

21. Art. 1:13 lid 1 sub b jo. art. 1:14 lid 5 Uitvoeringswet RI.

22. Art. 1:18 Uitvoeringswet RI.

23. Dit art. geeft een opsomming van de onderwerpen waarover in ieder geval overeenstemming moet worden bereikt.

24. Art. 1:18 lid 2 Uitvoeringswet RI.

25. Art. 1:18 lid 3 Uitvoeringswet RI.

26. Art. 1:20 sub a jo. 1:18 lid 6 Uitvoeringswet RI.

ling 3 van de Uitvoeringswet Rl. van toepassing zullen zijn op de SE.²⁷

Toepasselijkheid en inhoud referentievoorschriften

De referentievoorschriften van Afdeling 3 van de Uitvoeringswet Rl. zijn van toepassing in twee gevallen, namelijk: (1) indien er binnen de onderhandelingsstermijn van maximaal een jaar geen overeenkomst tot stand komt met de BOG en de BOG niet heeft besloten af te zien van onderhandelingen of heeft besloten deze te staken, of (2) indien de aan de juridische fusie deelnemende vennootschappen en de BOG er gezamenlijk voor kiezen de referentievoorschriften van toepassing te laten zijn.

Het van meet af aan (eenzijdig) niet willen onderhandelen door de deelnemende vennootschappen, kan de termijn van zes maanden niet verkorten. Immers, op grond van de Uitvoeringswet Rl. kan alleen de BOG besluiten af te zien van onderhandelingen en niet tevens het management van de deelnemende vennootschappen. De Uitvoeringswet Rl. voorziet, anders dan de voorgestelde implementatiewet van de Europese Fusierichtlijn²⁸, niet in de situatie dat het management van de deelnemende vennootschappen afziet van onderhandelingen. Indien het management tijdens de eerste constitutieve vergadering met de BOG zou opmerken dat toepassing van uitsluitend de referentievoorschriften wat het management betreft het maximaal haalbare is, kan naar onze mening de facto echter hetzelfde resultaat worden bereikt, zij het dat de BOG dan kan stellen dat de termijn van zes maanden nog niet voorbij is. Dat lijkt ons niet voor de hand te liggen als er toch niet meer uit te halen valt voor de BOG. Het BOG-proces kan op die manier snel worden afgerond en de oprichting van de SE zal sneller een feit zijn.

De referentievoorschriften bestaan uit drie delen. Deel 1 betreft de samenstelling van de SE-or²⁹, deel 2 bevat de referentievoorschriften voor informatie en raadpleging³⁰ en deel 3 bevat de voorschriften voor medezeggenschap van de werknemers in de SE³¹. De referentievoorschriften voor medezeggenschap sluiten aan bij de medezeggenschapsrechten die vóór inschrijving van de SE op de deelnemende vennootschappen van toepassing waren. De Uitvoeringswet Rl. onderscheidt twee vormen van vennootschappelijke medezeggenschap, te weten (1) het recht om le-

den van het toezichthoudende orgaan of het bestuursorgaan te benoemen of te verkiezen, en (2) een recht om ten aanzien van de benoeming van leden van deze organen aanbevelingen te doen of bezwaar te maken. Het begrip 'medezeggenschap' in de Uitvoeringswet Rl. heeft dus een veel beperkter inhoud dan in de WOR. Indien vóór de inschrijving van de SE op geen van de deelnemende vennootschappen de twee aangegeven vormen van medezeggenschap van toepassing waren, hoeft de SE geen voorschriften voor medezeggenschap van werknemers in te voeren.³² Verburg merkt in zijn proefschrift op dat de SE in de toekomst, afhankelijk van de wijze waarop in de praktijk met de figuur van de SE wordt omgegaan, een zekere bedreiging zal kunnen vormen voor het voortbestaan van de structuurregeling en de verdere uitbouw van de eor bij bedrijven met een communautaire dimensie.³³ In onze praktijk zien wij dat dit zich daadwerkelijk manifesteert. Indien een van de deelnemende Nederlandse vennootschappen al wel was onderworpen aan het structuurregime, vormen deze medezeggenschapsrechten het uitgangspunt bij de totstandkoming van een regeling over de medezeggenschap van de werknemers bij de SE. Hierbij maakt het geen verschil of het structuurregime vrijwillig of verplicht van toepassing was. De Uitvoeringswet Rl. bepaalt in dat verband dat in het geval van oprichting van een SE door fusie of door oprichting van een holding-SE of een dochter-SE (en dus niet bij de vorm van omzetting), de werknemers van de SE en van haar dochterondernemingen en vestigingen of hun vertegenwoordigingsorgaan het recht hebben om leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de SE te kiezen of te benoemen of om met betrekking tot die benoeming aanbevelingen te doen of bezwaar te maken. Dit recht bestaat voor een aantal dat gelijk is aan het hoogste van het aantal leden ten aanzien waarvan dat recht vóór de inschrijving van de SE kon worden uitgeoefend in een van de deelnemende vennootschappen.³⁴ Deze vergelijking moet worden gemaakt nadat een keuze is gemaakt voor de vorm van medezeggenschap die in de SE zal gelden. Indien bij de deelnemende vennootschappen beide vormen van vennootschappelijke medezeggenschap van toepassing waren, mag de BOG bepalen welke van die twee vormen zal worden ingevoerd. Daartoe moet de BOG een besluit nemen.³⁵ Volgens de memorie van toelichting³⁶ bete-

27. Art. 1:20 sub b Uitvoeringswet Rl.

28. Wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 2, art. 333k sub 3.

29. Art. 1:22-1:25 Uitvoeringswet Rl.

30. Art. 1:26-1:30 Uitvoeringswet Rl.

31. Art. 1:31-1:33 Uitvoeringswet Rl.

32. Art. 1:31 lid 3 Uitvoeringswet Rl.

33. Zie Verburg, *a.w.*, 2007, p. 281.

34. Art. 1:31 Uitvoeringswet Rl.

35. Art. 1:21 lid 4 Uitvoeringswet Rl.

36. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 298, nr. 3, p. 60.

kent dit dat, nadat de BOG een keuze heeft gemaakt, dient te worden vastgesteld voor hoeveel leden van het toezichthoudend orgaan de werknemers die vorm van vennootschappelijke medezeggenschap hadden in een van de deelnemende vennootschappen. Deze vorm van vennootschappelijke medezeggenschap wordt vervolgens voor het aldus bepaalde hoogste aantal leden van toepassing op de samenstelling van het bestuursorgaan.

Het op deze manier meten van het niveau van de bestaande vennootschappelijke medezeggenschap 'naar het werknemersaantal in het toezichthoudend of bestuursorgaan' is zowel opgenomen in het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies³⁷, als in de regelingen die gelden voor de SE en de Europese coöperatieve vennootschap (ECV). In dit verband merkt Roest³⁸ op dat, omdat slechts naar het aantal benoemings- en aanbevelingsrechten dat werknemersvertegenwoordigers vóór de oprichting van de SE in de deelnemende vennootschappen kunnen uitoefenen wordt gekeken, geen rekening lijkt te zijn gehouden met het niveau van invloedsuitoefening. Zij werpt de vraag op of dit wel terecht is. Ook in de kamerstukken bij het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies wordt op basis van het feit dat de structuurregeling de or een aanbevelingsrecht toekent ten aanzien van iedere commissaris, eenvoudigweg geconstateerd dat het Nederlandse systeem bij weging van medezeggenschap altijd voorrang zal krijgen.³⁹ Naar onze mening plaatst Roest hier terecht kantekeningen bij. Een rechtstreeks benoemingsrecht (zoals in de Duitse *Mitbestimmung*) kan onmogelijk worden gelijkgesteld met een algemeen aanbevelingsrecht (dat de raad van commissarissen eenvoudigweg naast zich kan neerleggen). Naar de mening van Roest zou het versterkte (en niet het algemene) aanbevelingsrecht om die reden als basis moeten dienen voor de weging van de vennootschappelijke medezeggenschap. Wij zijn dit met haar eens.

Wet EOR

Indien de BOG besluit af te zien van onderhandelingen, of besluit deze te staken, kan de vorming van de SE doorgang vinden zonder regeling over de rol van werknemers op het niveau van de SE en gelden de regels over informatie en raadpleging van werknemers

die gelden in de lidstaten waar de SE werknemers heeft. In dat geval is de Wet EOR van toepassing en kunnen de deelnemende vennootschappen op die grond verplicht zijn een eor in te stellen. De bevoegdheden van de eor buiten overeenkomst zijn uiteengezet in de Wet EOR. Deze bevoegdheid is beperkt tot informatievergaring en raadpleging.

Tot slot

De SE bestaat juridisch pas als de SE is ingeschreven in het Handelsregister en voorwaarde voor deze inschrijving is dat de medezeggenschap is geregeld, doordat er een overeenkomst met de BOG is gesloten, dan wel doordat de referentievoorschriften van toepassing zijn. Dit onderhandelingsproces kan een moeizaam en lang proces zijn dat de afweging om een SE op te richten in negatieve zin kan beïnvloeden.⁴⁰ In één geval kan de SE toch worden ingeschreven in het Handelsregister zonder vorm van medezeggenschap en wel als de BOG een besluit heeft genomen niet te onderhandelen of de onderhandelingen te staken. In dat geval zijn ook de referentievoorschriften niet van toepassing, zelfs niet indien er al een vorm van vennootschappelijke medezeggenschap van toepassing is bij de deelnemende vennootschappen. Verburg stelt in zijn proefschrift de vraag of het internationale bedrijfsleven voor de SE warm zal lopen.⁴¹ Wat wij in onze praktijk merken is dat internationaal opererende bedrijven de rechtsvorm van de SE regelmatig als een daadwerkelijke optie onderzoeken en – ondanks de mogelijke nadelen van het proces – doorgaans tot oprichting besluiten. Volgens Verburg waren er in Nederland op 1 mei 2006 vier SE's gevestigd waarbij in geen van de gevallen betrokken werknemers waren. Per 1 januari 2008 waren dat er in ieder geval al tien, waarvan één met betrokken werknemers.⁴² Opvallend is dat de lijst met

37. Zie noot 28.

38. J. Roest, 'Grensoverschrijdende fusie en vennootschappelijke medezeggenschap', *WPNR* 2007/ 6721, p. 711.

39. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 24, zie ook P.A.M. Witteveen, *De Europese vennootschap (SE)* (Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004), Kluwer: Deventer 2004, p. 166-167.

40. Zie Verburg, *a.w.*, 2007, p. 277 en 278, Verburg geeft vijf voorbeelden van de mogelijke lange weg met (soms lastige) hordes, te weten (1) het in kaart brengen van de bestaande medezeggenschapsregimes van de verschillende aan de fusie deelnemende vennootschappen en het doorrekenen van de verschillende mogelijke scenario's, zoals in dit artikel uiteengezet, (2) het adviestraject met de lokale or en/of de eor bij de aan de fusie deelnemende vennootschappen, (3) het samenstellen van de BOG en de tijd die daarmee gemoeid kan zijn, (4) de periode van onderhandeling van een halfjaar, welke periode start op het moment van de eerste vergadering van de deelnemende vennootschappen met de BOG na zijn oprichting, en (5) de invloed van tijdens de looptijd van het onderhandelingsstraject met de BOG optredende veranderingen in de deelnemende vennootschappen en/of hun dochterondernemingen of vestigingen.

41. Zie Verburg, *a.w.*, 2007, p. 283-286.

42. Dit blijkt uit het overzicht zoals dat te vinden is via www.worker-participation.eu.

opgerichte SE's laat zien dat de meeste hun statutaire zetel in Duitsland hebben, te weten 66. Ook Verburg heeft geconstateerd dat in Duitsland interesse voor de SE is waar te nemen.⁴³ De meermalen in de literatuur opgeworpen vrees dat de rechtsvorm van de SE wel eens theorie zou kunnen blijven, lijkt dus geen waarheid en onze inschatting is dat internationaal opererende bedrijven deze rechtsvorm zullen overwegen. Hoewel de nodige hobbels moeten worden genomen voordat een SE kan worden opgericht, lijken de voordelen die de rechtsvorm van de SE voor dergelijke bedrijven meebrengt, het te winnen van de nadelen.

43. Zie Verburg, a.w., 2007, p. 284.