

# Medezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies

mr. A.L. Hustinx en mr. B.A. Spliet\*

*Met ingang van 15 juli 2008 is de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen geïmplementeerd in boek 2 BW. Vooruitlopend op deze implementatie werd in de praktijk reeds gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie op basis van de richtlijn. Deze bijdrage gaat kort in op de achtergronden van de grensoverschrijdende fusie, maar ziet voornamelijk op de ingewikkelde regeling die geldt ten aanzien van werknemersmedezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies.*

## Inleiding

De Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (hierna: Richtlijn GF)<sup>1</sup> maakt het mogelijk dat kapitaalvennootschappen, waaronder coöperatieve vennootschappen met een kapitaalstructuur, uit de verschillende lidstaten juridisch kunnen fuseren. Een fusie vindt plaats als het vermogen van één of meer verdwijnende rechtspersonen onder algemene titel overgaat op een bestaande of nieuw op te richten vennootschap. Wanneer is nu sprake van een grensoverschrijdende fusie waar de Richtlijn GF op van toepassing is? Allereerst moet er sprake zijn van fusie van kapitaalvennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van de lidstaten zijn opgericht. Zij dienen hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hoofdvestiging te hebben binnen de Europese Gemeenschap en op zijn minst twee van de vennootschappen dienen te worden beheerst door verschillend recht. De Richtlijn GF heeft onder meer als doel de wettelijke en administratieve belemmeringen van grensoverschrijdende fusies weg te nemen.

\* Mr. A.L. Hustinx en mr. B.A. Spliet zijn beiden advocaat bij DLA Piper te Amsterdam.

Deze bijdrage richt zich op de medezeggenschap bij een grensoverschrijdende fusie, waarbij bedacht moet worden dat de Richtlijn GF alleen ziet op de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Dit begrip zal nader worden toegelicht in het hoofdstuk over medezeggenschap. Zoals aangegeven zal ook kort worden ingegaan op de overige medezeggenschapsrechten die verband houden met een grensoverschrijdende fusie. De Richtlijn vermeldt uitdrukkelijk dat andere dan medezeggenschapsrechten nog steeds geregeld moeten worden in overeenstemming met de in de lidstaten bestaande regelingen. Gewezen wordt op de Richtlijn inzake collectief ontslag<sup>2</sup>, de Richtlijn betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen<sup>3</sup>, de Richtlijn tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap<sup>4</sup> en de Richtlijn inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers<sup>5</sup>. Deze regelingen zullen in dit artikel verder buiten beschouwing blijven.

## De Implementatiewet grensoverschrijdende fusies

Hoewel de Richtlijn GF eigenlijk al op 15 december 2007 had moeten worden geïmplementeerd (artikel 19 Richtlijn GF) is de Implementatiewet<sup>6</sup> die voorziet in de imple-

mentatie van de Richtlijn GF pas per 15 juli 2008 geïmplementeerd. De Implementatiewet voorziet in regels voor fusies van rechtspersonen die onder de richtlijn vallen en is opgenomen in een nieuwe titel 3a in Boek 2 BW. Voor Nederland zijn dit de naamloze vennootschap (nv), de besloten vennootschap (bv) en de op in Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschappen (SCE's). Grensoverschrijdende fusies van andere rechtspersonen (coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, verenigingen, stichtingen) vallen dus niet onder de reikwijdte van de voorgenomen wettelijke regeling.<sup>7</sup> Ook dient te worden bedacht dat de Implementatiewet zich beperkt tot fusies met vennootschappen opgericht naar het recht van de verschillende lidstaten. Voor fusies met vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een land buiten de lidstaten, zijn in de Implementatiewet dus geen regelingen getroffen. De hiervoor genoemde uitzonderingen hebben tot kritische opmerkingen geleid, nu voor deze uitzonderingsgevallen geen duidelijke regeling voorhanden is.<sup>8</sup>

### Medezeggenschap

Artikel 16 van de Richtlijn GF regelt de medezeggenschap van werknemers van de bij de fusie betrokken partijen. Artikel 16 Richtlijn GF bevat een regeling met verwijzingen naar de Verordening Europese Vennootschap<sup>9</sup> (hierna: SE-Verordening) en de Richtlijn Europese Vennootschap<sup>10</sup> (hierna: SE-Richtlijn). De bepalingen over de werknemersmedezeggenschap bij grensoverschrijdende fusies zijn in de Implementatiewet opgenomen in artikel 2:333k BW.

De Richtlijn GF heeft tot doel om de reeds verworven medezeggenschapsrechten van werknemers van de bij een grensoverschrijdende fusie betrokken partijen te waarborgen. Dit betekent dat het niveau van mede-

zeggenschap in een bepaald land niet, zonder dat daarmee expliciet is ingestemd door werknemersvertegenwoordigers, kan verminderen als gevolg van de grensoverschrijdende fusie.

Werknemersmedezeggenschap wordt in het Europese vennootschapsrecht als volgt gedefinieerd:

*'de invloed van het orgaan dat de werknemers vertegenwoordigt op de gang van zaken bij een vennootschap via:*

*het recht om een aantal leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de vennootschap te kiezen of te benoemen, 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.'*

Zoals reeds aangegeven betreft het dus enkel de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap die geregeld is in de Richtlijn GF en de Implementatiewet. In Nederland is van een dergelijke vorm van medezeggenschap slechts sprake in geval van toepassing van het structuurregime. Immers, alleen in dat geval kunnen werknemers, indirect, via de ondernemingsraad (beperkt) invloed uitoefenen op de benoeming van alle leden van de raad van commissarissen door middel van het aanbevelingsrecht als opgenomen in artikel 2:158 lid 5 BW. Een versterkt aanbevelingsrecht komt de ondernemingsraad toe ten aanzien van een derde van het aantal leden van de raad van commissarissen (artikel 2:158 lid 6 BW). Het recht tot het doen van een aanbeveling als bedoeld in lid 5 van voornoemd wetsartikel is vrijblijvend in die zin dat de raad van commissarissen een aanbeveling naast zich kan neerleggen zonder dat de ondernemingsraad daartegen in rechte kan opkomen. Het versterkt aanbevelingsrecht houdt in dat de raad van commis-

sarissen slechts dan bezwaar kan maken tegen een aanbeveling van de ondernemingsraad, op grond van de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of dat de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld. Met 'niet naar behoren samengesteld' wordt bedoeld dat de raad van commissarissen op een essentieel punt deskundigheid of ervaring ontbeert of dat deze karakteristieken juist onevenredig veel nadruk krijgen. Ook als er sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of grote te verwachten onenigheid kan van niet naar behoren samengesteld worden gesproken.<sup>11</sup>

Medezeggenschap is een belangrijk aspect van het tot stand komen van een grensoverschrijdende fusie. Zo bepaalt artikel 11 van de Richtlijn GF dat een instantie moet worden aangewezen die toezicht houdt op de rechtmatigheid van de fusie. Deze instantie dient zich ervan te vergewissen dat, voor zover aan de orde, de regelingen met betrekking tot medezeggenschap van de werknemers zijn vastgesteld in overeenstemming met artikel 16 Richtlijn GF, voordat de fusie mag worden ingeschreven. In Nederland komt deze taak voor rekening van de notaris.

#### Hoofdregeel medezeggenschap

De hoofdregeel van artikel 16 lid 1 Richtlijn GF is dat de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap is onderworpen aan de voorschriften betreffende de werknemersmedezeggenschap – voor zover aanwezig – die van toepassing zijn in de lidstaat waarin deze vennootschap haar statutaire zetel heeft.

*Medezeggenschap is een belangrijk aspect van het tot stand komen van een grensoverschrijdende fusie*

Dit betekent dat, indien een vennootschap naar Nederlands recht verkrijgende vennootschap is bij een grensoverschrijdende fusie, de voorschriften van artikel 2:152/262 BW (het structuurregime) en volgende van toepassing zullen zijn op de medezeggenschap. Dit geldt uiteraard alleen wanneer de Nederlandse vennootschap na de grensoverschrijdende fusie voldoet aan de criteria voor toepasselijkheid van het structuurregime of indien het structuurregime vóór de fusie reeds van toepassing was. Tevens zullen de regelingen uit de Implementatiewet van toepassing zijn indien een vennootschap naar Nederlands recht verkrijgende vennootschap is bij een grensoverschrijdende fusie.

Indien een Nederlandse vennootschap verdwijnt als gevolg van de fusie en de verkrijgende vennootschap in een andere lidstaat gevestigd is, is niet de Implementatiewet, maar de implementatiewetgeving van artikel 16 van de Richtlijn GF, zoals van toepassing in de lidstaat van vestiging van de verkrijgende vennootschap, van belang.

#### De uitzonderingen

Op de genoemde hoofdregeel zijn drie uitzonderingen van toepassing, in welke gevallen de bij de grensoverschrijdende fusie betrokken partijen conform de SE-Richtlijn moeten onderhandelen over de werknemersmedezeggenschap. Artikel 16 lid 3 van de Richtlijn GF noemt de bepalingen van de SE-Richtlijn die van overeenkomstige toepassing zijn. De uitzonderingen zijn opgesteld zodat geen misbruik kan worden gemaakt van de hoofdregeel. Immers, indien een lidstaat geen werknemersmedezeggenschap kent, zou door vestiging van een vennootschap in die lid-

staat werknemersmedezeggenschap ontweken kunnen worden. De drie uitzonderingen zijn de volgende:

- Indien ten minste één van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaand aan de bekendmaking van het fusievoorstel gemiddeld meer dan 500 werknemers heeft en is onderworpen aan een stelsel van werknemersmedezeggenschap, of
- indien de nationale wetgeving die van toepassing is op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap niet voorziet in ten minste hetzelfde niveau van werknemersmedezeggenschap dat van toepassing is in de betrokken fuserende vennootschappen, of
- indien de nationale wetgeving die van toepassing is op de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap niet voorschrijft dat werknemers van in andere lidstaten gelegen vestigingen van de uit de fusie ontstane vennootschap hetzelfde recht tot uitoefening van medezeggenschapsrechten hebben als de werknemers in de lidstaat waar de uit de fusie ontstane vennootschap haar statutaire zetel heeft.

De eerste uitzondering ziet op zogenaamde 'grote' vennootschappen. Als één van de betrokken vennootschappen meer dan 500 werknemers heeft en is onderworpen aan een stelsel van werknemersmedezeggenschap, moet altijd onderhandeld worden over de medezeggenschap. De tweede en derde uitzondering zullen daarom vaak van toepassing zijn op de situatie dat 'kleine' vennootschappen, met minder dan 500 werknemers, betrokken zijn bij de fusie.<sup>12</sup> De genoemde tweede uitzondering spreekt over het 'niveau' van werknemersmedezeggenschap. Dit betekent dat een vergelijking gemaakt moet worden van de niveaus van medezeggenschap binnen de fuserende ven-

nootschappen. Om deze vergelijking te kunnen maken, moet gekeken worden naar het aantal benoemingen in het bestuurs- of toezichthoudend orgaan waarop de werknemers invloed kunnen uitoefenen.

Artikel 2k van de SE-Richtlijn, waarin de definitie van medezeggenschap wordt gegeven, stelt directe benoemingsrechten gelijk aan aanbevelingsrechten. Hierbij wordt dus geen rekening gehouden met het niveau van invloedsuitoefening: het recht van werknemersvertegenwoordigers om rechtstreeks leden van het toezichthoudend orgaan te kunnen benoemen wordt in de SE-Richtlijn gelijkgesteld met het recht van de werknemersvertegenwoordiging om leden van het toezichthoudend orgaan te benoemen.

Dit betekent dat in geval van een grensoverschrijdende fusie tussen 'kleine' vennootschappen, conform de hoofdregel het medezeggenschapsregime van de verkrijgende vennootschap van toepassing is indien op de betrokken verdwijnende vennootschappen geen medezeggenschapsregime van toepassing is.

#### **Uitwerking van de uitzonderingen in de Implementatiewet**

In de Implementatiewet worden de bovengenoemde uitzonderingen niet een-op-een overgenomen. Artikel 2:158 lid 5 BW voorziet namelijk in een recht van aanbeveling ten aanzien van *alle* leden van een raad van commissarissen, als gevolg waarvan in Nederland sprake is van een maximaal medezeggenschapsniveau zoals bedoeld in de SE-Richtlijn. De Nederlandse wetgever is van mening dat een vergelijking van medezeggenschapsniveaus tussen Nederland en een andere lidstaat daarom altijd in het voordeel van Nederland uit zal vallen. De memorie van toelichting bij artikel 2:333k van de Implementatiewet<sup>13</sup> verwijst in dat kader

naar een door de Europese Commissie vervaardigd overzicht van vennootschapsrechtelijke medezeggenschapsstructuren in alle lidstaten. Dit onderzoek laat zien dat alleen in Nederland de medezeggenschapsregeling *alle* commissarissen bestrijkt. Dat brengt volgens de Nederlandse wetgever met zich mee dat de eerder omschreven tweede uitzondering zich bij een Nederlandse verkrijgende structuurvennootschap niet voordoet. Immers, onwenselijk verlies van medezeggenschap bij de kleinere vennootschap doet zich nooit voor als de werknemersinvloed betrekking heeft op alle te benoemen commissarissen. Aan de derde uitzondering komt men in Nederland om dezelfde reden ook niet toe.

Roest verwijst echter naar een aantal onderzoeken over vennootschapsrechtelijke medezeggenschap die het versterkt aanbevelingsrecht tot uitgangspunt nemen.<sup>14</sup> Wij delen de mening van Roest dat het versterkt aanbevelingsrecht de basis zou moeten zijn voor de weging van vennootschapsrechtelijke medezeggenschap. Aanbevelingen ex artikel 2:158 lid 5 kan een raad van commissarissen immers zonder opgaaf van redenen naast zich neer leggen. Sterker nog, afgevraagd kan worden of het versterkt aanbevelingsrecht in zijn algemeenheid voldoende waarborgen biedt voor werknemers. Dit recht ziet immers slechts op eenderde van de leden van de raad van commissarissen, waardoor de zogenoemde 'OR-commissaris' niet veel invloed van betekenis lijkt te kunnen uitoefenen.<sup>15</sup> Holtzer voert daarnaast ook aan dat de AVA – en uiteindelijk de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam – het laatste woord heeft indien een door de ondernemingsraad aanbevolen kandidaat bij haar

echt op bezwaren stuit. Naar onze mening bevat de Richtlijn ten aanzien van de verschillende vormen van werknemersinvloed

*De Nederlandse wetgever gaat er ons inziens wel erg makkelijk in mee dat het aanbevelingsrecht als het hoogst mogelijke invloedsniveau wordt beschouwd*

op de samenstelling van organen van de vennootschap te weinig nuance. De Nederlandse wetgever gaat er ons inziens wel erg makkelijk in mee dat het aanbevelingsrecht als het hoogst mogelijke invloedsniveau wordt beschouwd. In onze beleving verhoudt dit standpunt van de Nederlandse wetgever zich niet met de achterliggende gedachte van de Richtlijn GF, namelijk dat het invloedsniveau van de werknemers van de bij de fusie betrokken partijen er niet op achter-

uit mag gaan. Op basis van de Implementatiewet kan het immers zo zijn dat een regime waarbinnen rechtstreekse benoemingsrechten gelden, plaats moet maken voor de algemene aanbevelingsrechten zoals wij die in Nederland kennen. Wij achten dit niet wenselijk.

De uitzonderingen op de hoofdregel zijn in artikel 2:333k lid 2 van de Implementatiewet als volgt weergegeven. Er dient onderhandeld te worden over de medezeggenschap indien:

- er bij ten minste een van de fuserende vennootschappen in de zes maanden voorafgaande datum van neerlegging van het fusievoorstel (artikel 2:314 Implementatiewet) gemiddeld meer dan 500 werknemers werkzaam zijn en er op deze fuserende vennootschap een regeling met betrekking tot medezeggenschap van toepassing is;
- regelingen met betrekking tot medezeggenschap van toepassing zijn op een fuserende vennootschap en de verkrijgende (lees: Nederlandse) vennootschap niet

voldoet aan de criteria van de artikelen 2:153 lid 2 BW/2:263 lid 2 BW (verplicht structuurregime) of 2:157 BW/ 2:267 BW (vrijwillig structuurregime) en de overige artikelen die op het structuurregime van toepassing zijn.<sup>16</sup>

In deze gevallen zijn een aantal aangewezen bepalingen uit de SE-Verordening en de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap (hierna: Wet Rol Werknemers) van toepassing, alsmede de artikelen 7:670 leden 4 en 11 en 7:670a lid 1 onderdeel a (opzegverbod voor leden van een bijzondere onderhandelingsgroep).

#### De SE-Richtlijn

Als één van de genoemde drie uitzonderingen van toepassing is, bepaalt de SE-Richtlijn vervolgens op welke wijze de onderhandelingen over de werknemersmedezeggenschap dienen plaats te vinden. De onderhandelingen worden bestreken door de implementatiewetgeving van het vestigingsland. Dit is in Nederland een aantal specifiek genoemde bepalingen in de Wet Rol Werknemers. In het onderstaande zal daarom aangesloten worden bij laatstgenoemde wet.

Allereerst dienen de bestuursorganen van de fuserende vennootschappen, zo snel als het fusievoorstel openbaar is gemaakt, het initiatief te nemen om met de werknemersvertegenwoordigers van de betrokken vennootschappen in onderhandeling te treden. Deze onderhandelingen hebben betrekking op het opstellen van regelingen over werknemersmedezeggenschap in de vennootschap die ontstaat als gevolg van de grensoverschrijdende fusie. Deze regelingen dienen in een overeenkomst te worden vast-

gelegd. Conform artikel 12 lid 2 van de van toepassing verklaarde SE-Richtlijn kan een grensoverschrijdende fusie pas worden ingeschreven indien een overeenkomst terzake van de medezeggenschap is gesloten. Vervolgens dient op de onderhandelingen diene de bestuursorganen de werknemersvertegenwoordigers te informeren over de identiteit van de deelnemende vennootschappen, de betrokken dochterondernemingen en vestigingen en het aantal werknemers. Vervolgens dient een bijzondere onderhandelingsgroep (hierna: BOG) te worden samengesteld.

#### De bijzondere onderhandelingsgroep

De BOG dient te bestaan uit vertegenwoordigers van de werknemers van de bij de fusie betrokken vennootschappen, hun dochterondernemingen en vestigingen. De wijze waarop de BOG dient te worden samengesteld is aangegeven in artikel 3 lid 4 van de SE-Richtlijn en in artikel 1:9 van de Wet Rol Werknemers.

Zoals in de literatuur reeds vele malen is aangegeven ten aanzien van de Richtlijn GF, bevat ook deze bepaling een vrijwel onleesbare regeling.<sup>17</sup> Uitgangspunt is dat per lidstaat een zetel in de BOG wordt toegewezen voor elke 10%, of deel daarvan, van de werknemers die in die lidstaat in dienst zijn, in verhouding

tot het totale aantal werknemers van alle bij de fusie betrokken vennootschappen. Daarbij bepaalt artikel 1:9 lid 2 Wet Rol Werknemers dat er van elke lidstaat zoveel extra leden aan de BOG worden toegevoegd als nodig is om ervoor te zorgen dat de BOG ten minste één extra lid telt ter vertegenwoordiging van elke deelnemende vennootschap die in die lidstaat is ingeschreven, daar werkne-

*Het is mogelijk  
dat een aantal  
vennootschappen  
niet worden  
vertegenwoordigd  
in de BOG*

mers in dienst heeft en als gevolg van de grensoverschrijdende fusie zal ophouden als afzonderlijk juridisch lichaam te bestaan, voor zover:

- het aantal van die extra leden ten hoogste 20% bedraagt van het totale aantal leden van de BOG die op basis van het uitgangspunt zijn aangewezen (1:9 lid 3 Wet Rol Werknemers);
- de samenstelling van de BOG op deze wijze niet leidt tot een dubbele vertegenwoordiging van de betrokken werknemers (1:9 lid 4 Wet Rol Werknemers).

Indien het aantal fuserende vennootschappen groter is dan het aantal op grond van het hiervoor beschreven uitgangspunt beschikbare zetels, worden de extra zetels aan de vennootschappen van de verschillende lidstaten toegekend in dalende volgorde van het aantal werknemers van die vennootschappen (1:9 lid 5 Wet Rol Werknemers). Dit betekent concreet dat als binnen één lidstaat meerdere vennootschappen bij de fusie betrokken zijn, terwijl op basis van het uitgangspunt slechts één zetel in de BOG aan de desbetreffende lidstaat is toegekend, het aantal leden van de BOG voor die lidstaat moet worden uitgebreid. Dit kan echter niet onbepaald, gelet op de 20%-regel. Indien deze regel wordt overschreden, worden de extra zetels toegekend aan de betrokken vennootschappen met de meeste werknemers. Het is dus mogelijk dat een aantal vennootschappen hierdoor niet worden vertegenwoordigd in de BOG.

De lidstaten bepalen zelf de wijze van verkiezing of aanwijzing van de op hun grondgebied te kiezen of aan te wijzen leden van de BOG. Voor Nederland is dit bepaald in artikel 1:10 Wet Rol Werknemers. Uit dit artikel vloeit voort dat de Nederlandse leden van de BOG worden benoemd door de ondernemingsraad of ondernemingsraden van de

bij de fusie betrokken Nederlandse vennootschappen.

### Onderhandelingen

Als de BOG is opgericht dan dient deze met de bevoegde organen van de bij de fusie betrokken vennootschappen te onderhandelen over de rol van de werknemers in de vennootschap die ontstaat ten gevolge van de fusie. De uitkomst daarvan dient in een schriftelijke overeenkomst te worden vastgelegd. De onderhandelingen duren in principe maximaal zes maanden (artikel 1:17 Wet Rol Werknemers). Deze zes maanden vangen aan op het tijdstip waarop de eerste vergadering tussen de onderhandelingspartners plaatsvindt. Voor het geval partijen binnen deze zes maanden niet tot overeenstemming komen over de regelingen van medezeggenschap en partijen geen verlenging van de onderhandelingstermijn overeenkomen, zijn in de SE-Richtlijn referentievoorschriften (minimumbepalingen) met betrekking tot de medezeggenschap opgenomen, waarop in dat geval dient te worden teruggevallen.

De BOG heeft op basis van artikel 16 lid 4 sub b Richtlijn GF en het voorgestelde artikel 2:333k lid 4 BW Implementatiewet de mogelijkheid om af te zien van onderhandelingen of om reeds geopende onderhandelingen te beëindigen. Hiervoor is een gekwalificeerde meerderheid nodig van twee derde van de leden van de BOG, die ten minste twee derde van de werknemers vertegenwoordigt en ten minste afkomstig is uit twee verschillende lidstaten. In dat geval zijn de medezeggenschapsvoorschriften die van kracht zijn in de lidstaat van de vestigingsplaats van de verkrijgende vennootschap van toepassing. Voordeel van deze mogelijkheid is dat het fusieproces versneld kan worden, doordat de onderhandelingen geen tijd in beslag zullen nemen.

De onderhandelende partijen zijn verder vrij in de onderhandelingen over de medezeggenschap, maar indien de medezeggenschap van één van de deelnemende partijen wordt beperkt, dan is daarvoor ook een gekwalificeerde meerderheid nodig (artikel 1:14 lid 3 sub a Wet Rol Werknemers).

Indien overeenstemming wordt bereikt over de medezeggenschap, dient dit te worden vastgelegd in een overeenkomst. Artikel 1:18 lid 3 Wet Rol Werknemers bepaalt welke aangelegenheden in deze overeenkomst moeten worden opgenomen. De belangrijkste aspecten daarvan zijn de inhoud van de medezeggenschapsregeling en het aantal leden in het toezichthoudend orgaan van de verkrijgende vennootschap die de werknemers mogen kiezen of benoemen, of met betrekking tot wier benoeming zij aanbevelingen kunnen doen of bezwaar kunnen maken.

#### Referentievoorschriften

In plaats van het sluiten van een overeenkomst terzake van de omvang van de medezeggenschap is het ook mogelijk om de referentievoorschriften van toepassing te verklaren. Deze referentievoorschriften zorgen er voor dat het hoogste medezeggenschapsniveau dat van toepassing is binnen de betrokken vennootschappen (conform het recht van de lidstaat waar zij gevestigd zijn) gewaarborgd blijft.

Afdeling 3 van de Wet Rol Werknemers inzake de toepasselijkheid van referentievoorschriften is op basis van artikel 1:20 Wet Rol Werknemers van toepassing op de Nederlandse verkrijgende vennootschap na een grensoverschrijdende fusie indien:

- de deelnemende vennootschappen en de bijzondere onderhandelingsgroep dat overeenkomen, dan wel
- er binnen een half jaar na aanvang van de onderhandelingen geen overeenkomst

is gesloten en de besturen van alle deelnemende vennootschappen ermee instemmen dat afdeling 3 van de Wet Rol Werknemers van toepassing is teneinde de fusie te kunnen inschrijven.

Voorts bepaalt artikel 16 lid 4 sub a van de Richtlijn GF en het voorgestelde artikel 2:333k lid 3 BW dat de besturen van de fuse-rende vennootschappen kunnen besluiten om af te zien van onderhandelingen. Dit heeft ook tot gevolg dat de referentievoorschriften voor regelingen met betrekking tot medezeggenschap (geregeld in artikel 1:20 en verder van de Wet Rol Werknemers) op de verkrijgende vennootschap van toepassing zullen zijn vanaf de datum van inschrijving van de fusie. Let op: het besluit van de gezamenlijke besturen om de onderhandelingen niet aan te gaan heeft dus een ander gevolg dan het niet aangaan of afbreken van de onderhandelingen door de BOG.

Daarnaast is voor automatische toepassing van de referentievoorschriften, zoals hierboven omschreven, vereist dat op ten minste 33% van de werknemers van de bij de fusie betrokken vennootschappen vóór de fusie een medezeggenschapsregime van toepassing was (artikel 1:21 lid 2 Wet Rol Werknemers).

Artikel 1:31 lid 2 Wet Rol Werknemers bevat de referentievoorschriften voor medezeggenschap. Deze bepaling gaat uit van de zogenoemde 'hoogste aantal leer'. Dit houdt in dat de medezeggenschapsregeling geldt van de bij de fusie betrokken vennootschap waar werknemers de meeste invloed kunnen uitoefenen op het hoogste aantal leden van het toezichthoudend of bestuursorgaan.

De mogelijkheid bestaat dat verschillende vormen van medezeggenschap van toepassing zijn bij de fuserende vennootschappen. Immers, zoals aangegeven bestaat er verschil



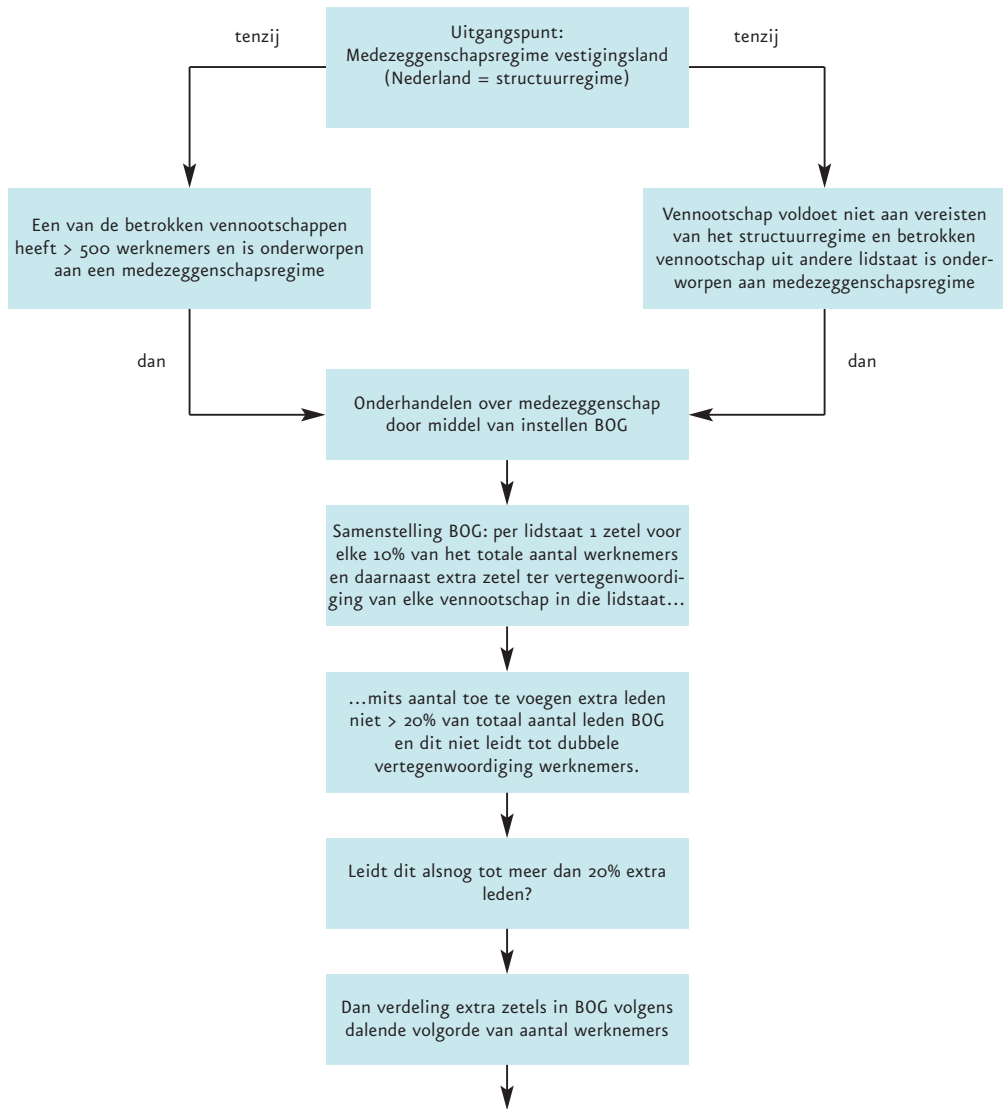
tussen een recht van aanbeveling en een direct benoemingsrecht. Artikel 1:21 Wet Rol Werknemers biedt de mogelijkheid voor de BOG om te besluiten welke van die vormen ten aanzien van de verkrijgende vennootschap van toepassing wordt verklaard. Indien een dergelijk besluit niet wordt genomen, is op de Nederlandse verkrijgende vennootschap de structuurregeling – en daarmee het recht van aanbeveling – van toepassing. Dit geldt uiteraard alleen wanneer de vennootschap aan de criteria daarvoor voldoet. Als de vennootschap niet aan deze criteria voldoet dan is het medezeggenschapsregime van de betrokken vennootschap met het hoogste niveau van medezeggenschap van toepassing.

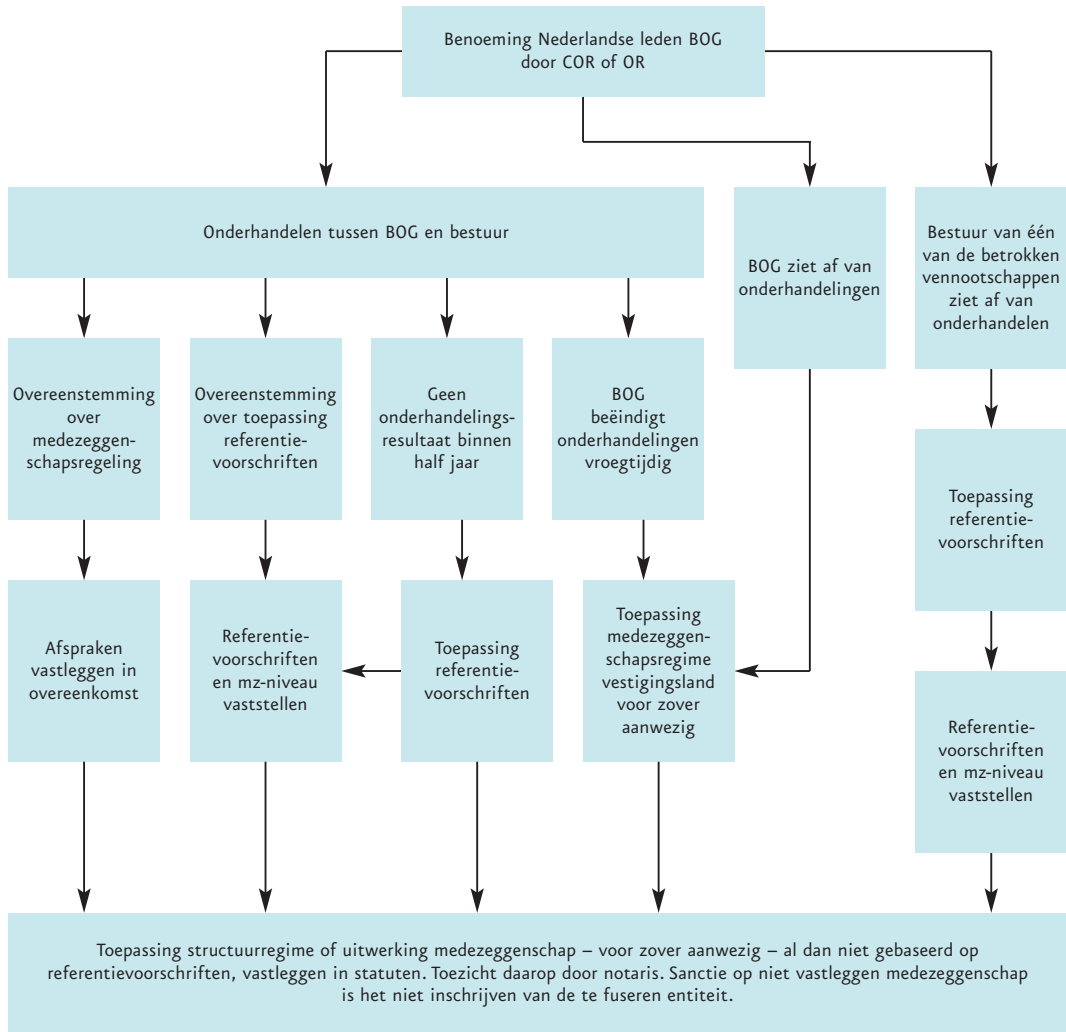
Artikel 2:333k lid 5 van de Implementatiewet bepaalt tot slot dat de toepassing van het structuurregime of de uitwerking van de medezeggenschap in de statuten van de verkrijgende Nederlandse vennootschap moet worden vastgelegd.

Het voordeel van toepassen van de referentievoorschriften (door de besturen ofwel door overeenstemming daarover met de BOG) is dat een langdurig onderhandelingstraject kan worden voorkomen. Onderhandelingen met de BOG kunnen leiden tot zowel meer als minder werknemersmedezeggenschap dan gewaarborgd door de referentievoorschriften.

### **Stroomschema**

Om wat meer structuur te scheppen in het onoverzichtelijke geheel van toe te passen regels, hebben wij de te doorlopen stappen weergegeven in het stroomschema op de volgende pagina's. In dit schema wordt uitgegaan van de situatie dat een vennootschap naar Nederlands recht verkrijgende vennootschap is bij de grensoverschrijdende fusie.





Tot slot merken wij nog op dat het voorne-  
men om tot een grensoverschrijdende fusie  
te komen, kan leiden tot toepasselijkheid  
van de Wet op de ondernemingsraden  
(WOR), de Wet op de Europese Onderne-  
mingsraden en de SER Fusiegedragsregels  
2000. Daarbij dient steeds bedacht te worden

of deze medezeggenschapsaspecten wel van  
toepassing zijn op de grensoverschrijdende  
fusie, bijvoorbeeld gelet op de buitenland-  
clausule uit de WOR (laatste volzin van arti-  
kel 25 lid 1 WOR) en de rechtssfeerbepaling  
uit de SER Fusiegedragsregels 2000.

## Noten

- 1 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.
- 2 Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998, PB L 225 van 12.8.1998, blz. 16.
- 3 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001. PBL 82 van 22.3.2001, blz. 16.
- 4 Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002, PB L 80 van 23.3.2002, blz. 29.
- 5 Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994, PB L 254 van 30.9.1994, p. 64. Richtlijn gewijzigd bij Richtlijn 97/74/EG (PB L van 16.1.1998, blz. 22).
- 6 Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Staatsblad 2008, 260 en 261), hierna: "Implementatiewet".
- 7 In de Memorie van Toelichting is hierover opgemerkt dat hoewel een regeling voor andere vennootschappen op zich aantrekkelijk zou zijn, dit in de praktijk niet makkelijk tot stand is te brengen nu het onderliggende recht van de fuserende vennootschappen niet geharmoniseerd is.
- 8 Zie bijvoorbeeld: W.J.M. van Veen, Het Implementatiewet grensoverschrijdende fusies, TvOB, 2007-3
- 9 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap.
- 10 Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers.
- 11 Nota Verslag, Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 5, p. 38.
- 12 Over de toepassing van de verschillende uitzonderingen bestaat discussie. Zie ook: J. Roest, 'Grensoverschrijdende fusie en vennootschapsrechtelijke medezeggenschap', WPNR 1-9-2007, paragraaf 3.2. Anders: E.E.G. Gepken-Jager, 'Implementatiewet betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen', Ondernemingsrecht 2007-8, 95 en J.D.M. Schoonbrood en R. Bosveld, 'Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen definitief in werking getreden', Ondernemingsrecht 2006-1, 5.
- 13 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (TK 2006/2007, 30 929, nr. 3).
- 14 Roest, a.w. noot 12.
- 15 M. Holtzer, 'De OR en de nieuwe structuurregeling: over belangrijke besluiten, beloning van bestuurders en de 'OR-commissaris', ArbeidsRecht 2004, 12, nr. 66.
- 16 Ook bij een gemitigeerd regime is sprake van werknemersinvloed op de Raad van Commissarissen (art. 2:158 en 2:268 BW).
- 17 Zie bijvoorbeeld Schoonbrood en R. Bosveld, a.w. noot 12.