

Het *Mitbestimmungsrecht* op de schop?

Titiaan Keijzer & Marnix van Ginneken*

Het Duitse medezeggenschapsrecht bepaalt van oudsher dat bij grote vennootschappen de helft van de zetels in de raad van commissarissen voor werknemersvertegenwoordigers is gereserveerd. Deze vertegenwoordigers worden echter enkel gekozen door de werknemers actief in Duitsland. Bij het Hof van Justitie ligt de vraag voor of deze regeling strijdig is met het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie naar nationaliteit en/of het vrije verkeer van werknemers. Zijn aanpassingen noodzakelijk – en in welke richting?

1 Inleiding

In het Nederlandse *corporate governance*-model worden werknemers doorgaans gezien als belangrijke *stakeholder*.¹ Dit blijkt onder meer uit het feit dat aan de ondernemingsraad (OR), als vertegenwoordiger van werknemers, ten aanzien van bepaalde beslissingen een advies-² of zelfs een instemmingsrecht³ toekomt. Voldoen de activiteiten van de vennootschap gedurende drie achtereenvolgende jaren aan de (omvangs)vereisten van artikel 2:153 respectievelijk artikel 2:263 BW,⁴ dan geldt de structuurregeling en is het instellen van een raad van commissarissen (RvC) verplicht. De OR heeft dan voor een derde van de zetels in de RvC een versterkt aanbevelingsrecht.⁵ Ten aanzien van vertegenwoordiging van werknemers in de RvC gaat het Duitse systeem van medezeggenschap (*Mitbestimmung*) een substantiële stap verder. Zoals hieronder uitgebreider aan de orde zal komen, dient bij een (grotere) Duitse vennootschap de helft van de *Aufsichtsrat* (het equivalent van de RvC) uit werknemersvertegenwoordigers te bestaan. Actief

en passief kiesrecht komen door § 7 *Mitbestimmungsgesetz* (*MitbestG*) echter louter toe aan werknemers van in Duitsland gevestigde (concern)vennootschappen en filialen; werknemers van filialen en dochtervennootschappen in het buitenland vallen buiten de boot. De vraag is of deze regeling strijdig is met het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie naar nationaliteit (art. 18 VWEU) en/of het vrije verkeer van werknemers (art. 45 VWEU). Deze vraag ligt nu voor bij het Hof van Justitie EU (HvJ EU), als gevolg van prejudiciële vragen van het Kammergericht Berlin in de zaak *Erzberger* (hierna ook: *TUI II*).⁶ De zaak wordt in Duitsland als een mogelijke aardverschuiving beschouwd.⁷

In deze bijdrage gaan wij nader in op de vraag of het Duitse systeem inderdaad strijdig is met het Europese recht. In paragraaf 2 schetsen wij kort het Duitse *Mitbestimmungsrecht*. Vervolgens geven wij een overzicht van de – niet geheel consistente – recente Duitse jurisprudentie inclusief, voor zover relevant, de processuele aspecten daarvan (paragraaf 3). In paragraaf 4

* Mr. T.A. Keijzer is als promovendus verbonden aan de Sectie Ondernemingsrecht & Financieel recht van de Erasmus School of Law (ESL), het Instituut voor Ondernemingsrecht (IvO) en het IvO Center for Financial Law & Governance (ICFG) en is oud-redacteur van dit tijdschrift. Prof. mr. M.J. van Ginneken is Chief Legal Officer bij een beursgenoteerde vennootschap en als hoogleraar internationale corporate governance verbonden aan de Sectie Ondernemingsrecht & Financieel recht van de ESL.

- 1 Vgl. de Nederlandse Corporate Governance Code 2008, Preambule, § 3 en § 7 (p. 5-6); zie ook de op 8 december 2016 gepresenteerde herziening van de Code, Preambule, onderdeel 'Uitgangspunten' op p. 7.
- 2 Art. 25 Wet op de Ondernemingsraden. Het betreft onder andere voorgenomen besluiten tot overdracht van de zeggenschap over en voorgenomen besluiten tot beëindiging of belangrijke inkringing van de werkzaamheden van de onderneming.
- 3 Art. 27 Wet op de Ondernemingsraden. Het betreft onder andere voorgenomen besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen op het gebied van pensioenverzekering, ziekteverzuim of personeelsopleiding. Zie nader over de bevoegdheden van de OR M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I**. De rechtspersoon, Deventer: Wolters Kluwer 2015/606-654.
- 4 Een geplaatst kapitaal en reserves van ten minste € 16 miljoen; een krachtens wettelijke verplichting (WOR) ingestelde OR en het in de regel te werk stellen van ten minste 100 werknemers in

Nederland bij de vennootschap en afhankelijke maatschappijen. Er gelden (gedeeltelijke) vrijstellingen voor afhankelijke maatschappijen en internationale concerns. Zie daarover J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II**. De rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2009/542-544.

5 Zie art. 2:158 lid 6 (NV) respectievelijk art. 2:268 lid 6 (BV) BW.

6 Kammergericht Berlin 16 oktober 2015, 14 W 89/15 respectievelijk Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Kammergericht Berlin op 3 november 2015 – C-566/15 (*Konrad Erzberger/TUIAG*).

7 In die zin J. Jahn, 'Kulturrevolution im Aufsichtsrat', <http://blogs.faz.net/wort/2015/10/27/kulturrevolution-im-aufsichtsrat-372/>; Vergelijk ook J.F. Tornau, 'Ungeheurer Eingriff', *Magazin Mitbestimmung* 2015, afl. 12, p. 40: 'Noch ist rein gar nichts entschieden. Man muss das betonen, wenn selbst der seriösen "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" vor lauter Aufregung der Konjunktiv verloren ging.'

8 Vgl. inzake actief en passief kiesrecht § 7 en § 8 BetrVG. Zie voor een inleiding op het onderscheid tussen 'Mitbestimmung auf Betriebsebene' (via de *Betriebsrat*) en 'Mitbestimmung auf Unternehmensebene' (via de *Aufsichtsrat*) onder andere R.C.J. Galle, 'De directie en raad van commissarissen – Vorstand en Aufsichtsrat – van de Duitse Aktiengesellschaft; een vergelijking', *De Naamlooze Vennootschap* 1998, afl. 10, p. 221-226.

9 Zie R. Richardi e.a., *Betriebsverfassungsgesetz*, München: C.H. Beck 2016, § 80, nr. 49-50, § 99, nr. 203-207.

10 In die zin de werkingssfeer (in art. 1) van de Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen.

11 Over deze verplichting W. Goette & M. Habersack, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München: C.H. Beck 2014, § 95, nr. 5-6; U. Hüffer & J. Koch, *Aktiengesetz*, München: C.H. Beck 2016, § 95, nr. 1.

12 Aldus onder andere K.A.M. van Vught, 'Arbitrage van besluiten in rechtspersonen. Fremdkörper of geheimtip?', *Ondernemingsrecht* 2016/101.

13 A. Baumbach e.a., *GmbHG*, München: C.H. Beck 2013, § 52, nr. 23; G. Spindler in *Münchener Kommentar GmbHG*, München: C.H. Beck 2016, § 52, nr. 9-12.

komen wij tot de conclusie dat § 7 MitbestG de Europese toets der kritiek waarschijnlijk niet kan doorstaan, waarna wij ingaan op de consequenties van een eventueel oordeel van het HvJ EU van die strekking voor de Duitse rechtsorde op korte (paragraaf 5) en lange termijn (paragraaf 6). Wij sluiten in paragraaf 7 af met een conclusie.

Actief en passief kiesrecht komen door § 7 Mitbestimmungsgesetz louter toe aan werknemers van in Duitsland gevestigde (concern-)vennootschappen en filialen

2 Het Mitbestimmungsrecht geschetst

2.1 Inleiding

Het Duitse *Mitbestimmungsrecht* kent twee aspecten, namelijk de *Betriebsrat* en de *Aufsichtsrat*. De voorschriften omtrent de *Betriebsrat* (vergelijkbaar met de OR) zijn neergelegd in de Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). De verplichting tot het instellen van een *Betriebsrat* geldt op grond van § 1 BetrVG wanneer een *Betrieb* (een vennootschap kan meerdere *Betriebe* kennen) in de regel ten minste vijf vaste werknemers met stemrecht kent, waarvan drie verkiesbaar (langer dan zes maanden werkzaam in het *Betrieb*) zijn.⁸ Aan de *Betriebsrat* komen bijvoorbeeld informatierechten en instemmingsrechten toe.⁹ Daarnaast kent het *Mitbestimmungsrecht* voorschriften omtrent de *Aufsichtsrat*, neergelegd in de MitbestG (voor vennootschappen met meer dan 2.000 werknemers) en de Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG, vennootschappen met minder dan 2.000 werknemers).

Een *Aktiengesellschaft* (AG), welke als het equivalent van de NV wordt beschouwd,¹⁰ is *altijd* verplicht een *Aufsichtsrat* in te stellen, zo wordt afgeleid uit § 95 Aktiengesetz (AktG).¹¹ De *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH; naar wordt aangenomen het equivalent van de BV¹²) is pas vanaf bepaalde (omvangs)vereisten verplicht een *Aufsichtsrat* in te stellen (§ 52 GmbH-Gesetz); zulks is daarbuiten facultatief.¹³ Wij richten ons in deze bijdrage op de AG, nu te verwachten valt dat de

activiteiten van een daaraan verbonden onderneming in de regel omvangrijker (meer Europees en internationaal georiënteerd) zullen zijn dan die van de GmbH.¹⁴ De *Aufsichtsrat* van een AG dient ten minste uit drie leden te bestaan; de statuten kunnen een hoger aantal voorschrijven dat door 3 deelbaar dient te zijn.¹⁵ De omvang van het geplaatst kapitaal van de AG is relevant voor het toegestane maximale aantal leden. Tot een bedrag van € 1.500.000 bedraagt dit aantal negen; van € 1.500.000 tot € 10.000.000 vijftien; daarboven eenentwintig.¹⁶

Het Duitse Mitbestimmungsrecht kent twee aspecten, namelijk de Betriebsrat en de Aufsichtsrat

Het aantal werknemers in de met de vennootschap verbonden onderneming kleurt de omvang van de *Aufsichtsrat* verder in. De DrittelbG geldt als gezegd voor vennootschappen tot 2.000 werknemers; daarboven is de MitbestG van toepassing.¹⁷ De MitbestG heeft voorrang op de AktienG; voor de DrittelbG is dit niet het geval.¹⁸ Op grond van § 4 DrittelbG dient een derde van de *Aufsichtsrat* uit werknemersvertegenwoordigers te bestaan (directe verkiezingen, § 5 DrittelbG). Bij toepassing van de MitbestG dient dit de helft van de *Aufsichtsrat* te zijn. De vertegenwoordigers van werknemers worden bij minder dan 8.000 werknemers in directe verkiezingen verkozen (§ 9 (2) MitbestG). Bij meer dan 8.000 werknemers gaat dat via indirecte verkiezingen (§ 9 (1) MitbestG). Hierbij worden de werknemersvertegenwoordigers via de *Betriebe* gekozen, zo bepalen § 9 en § 10 MitbestG. Kent het concern minder dan 10.000 werknemers, dan dient de *Aufsichtsrat* uit twaalf leden te bestaan (zes werknemersvertegenwoordigers). Betreft het een concern met tussen de 10.000 en 20.000 werknemers, dan bestaat de *Aufsichtsrat* uit zestien leden (acht werknemersvertegenwoordigers). Concerns met meer dan 20.000 werknemers dienen een *Aufsichtsrat* in te stellen van twintig leden (tien werknemersvertegenwoordigers).¹⁹ Naar heersende opvatting tellen werknemers buiten Duitsland niet mee om te bepalen of de MitbestG danwel de DrittelbG van toepassing is.²⁰

2.2 Algemene en bijzondere samenstelling Aufsichtsrat

Binnen de hierboven aangestipte systematiek gelden nadere voorschriften. § 27 MitbestG bepaalt dat de leden van de *Aufsichtsrat* uit hun midden een voorzitter en een vicevoorzitter kiezen. Daarvoor is een twee derde meerderheid van stemmen vereist. Wordt deze meerderheid niet bereikt, dan komt het tot een tweede stemmingsronde. Daarin kiezen de vertegenwoordigers van aandeelhouders de voorzitter van de *Aufsichtsrat* en de vertegenwoordigers van werknemers de vicevoorzitter.²¹ De voorzitter is derhalve in de praktijk altijd een vertegenwoordiger van de aandeelhouders, omdat zij het op een tweede ronde kunnen laten aankomen. Dit is niet zonder consequenties: wanneer de stemmen binnen de *Aufsichtsrat* staken komt (enkel) aan de voorzitter een dubbele stem toe.²² Overigens is het gebruik van deze doorslaggevende stem zeldzaam. In de praktijk staat het streven naar consensus in de besluitvorming voorop.²³ Bestaat de *Aufsichtsrat* (mede) uit zes of acht vertegenwoordigers van werknemers, dan dienen twee daarvan voorgedragen te worden door de vakbonden. Bij een *Aufsichtsrat* met tien werknemersvertegenwoordigers dienen er drie door de vakbonden te worden voorgedragen, zo bepaalt § 7 (2) MitbestG. De resterende posities voor werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* zijn gereserveerd voor de werknemers zelf. Ten minste één van hen dient te behoren tot het hoger leidinggevend personeel.²⁴ Deze vertegenwoordiger zal waarschijnlijk, wellicht meer dan andere werknemersvertegenwoordigers, oog hebben voor de belangen van aandeelhouders. Mede gelet op de doorslaggevende stem van de voorzitter zijn de aandeelhouders(vertegenwoordigers) toch licht in het voordeel en is onder de MitbestG geen sprake van volledige *parität*, maar van *quasi-parität*.²⁵

2.3 Duitse praktijk rondom actief en passief kiesrecht

Zoals in paragraaf 1 kort is aangestipt, komen actief en passief kiesrecht voor de *Aufsichtsrat* enkel toe aan werknemers van in Duitsland gevestigde (concern)vennootschappen en filialen daarvan. Dit houdt in dat werknemers van in het buitenland gevestigde filialen en (concern)vennootschappen buiten de boot vallen. Deze begrenzing van actieve en passieve kiesrechten wordt afgeleid uit § 7 MitbestG. Uit de woordelijke tekst daarvan volgt dat echter niet; zulks vormt de (althans tot voor kort) heersende interpretatie van de totstandkomingsgeschiedenis van § 7 MitbestG²⁶ en zou voortvloeien uit het territorialiteitsbeginsel, dat de Duitse wetgever zou verbieden (zie paragraaf 4.2) in te grijpen in een buitenlandse rechtsorde.²⁷

Deze begrenzing van actieve en passieve kiesrechten wordt afgeleid uit § 7 MitbestG. Uit de woordelijke tekst daarvan volgt dat echter niet; zulks vormt de (althans tot voor kort) heersende interpretatie van de totstandkomingsgeschiedenis van § 7 MitbestG

Betoogd kan worden dat deze benadering van § 7 MitbestG op gespannen voet staat met artikel 18 en 45 VWEU, nu daardoor vooral niet-Duitse (concern)werknemers van het actief en passief kiesrecht voor de *Aufsichtsrat* worden uitgesloten. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat bij het nemen van beslissingen op concernniveau te eenzijdig rekening wordt gehouden met de belangen van Duitse werknemers.²⁸ Er zijn

14 Bovendien kent de DrittelbG een in temporeel opzicht beperkend element, doordat deze voor vennootschappen met minder dan 500 werknemers enkel van toepassing is wanneer de oprichting voor 10 augustus 1994 heeft plaatsgevonden. Zie § 1 (1) DrittelbG.

15 § 95 AktG.

16 M. Habersack in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München: C.H. Beck 2014, § 95, nr. 9-15; Hüffer & Koch 2016, § 95, nr. 2-5.

17 Voor de berekening van het aantal werknemers geldt wel een concernbenadering. Voor de getalsmatige criteria, zie § 1 (1) (2) en § 1 (3) MitbestG. Inzake de concernbenadering, zie § 5 MitbestG, waarover H. Oetker in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2017, § 5, nr. 7; B. Gach in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München: C.H. Beck 2014, § 5, nr. 22-23. Nu in de besproken jurisprudentie in de regel de MitbestG van toepassing is vormt deze het primaire voorwerp van analyse en blijft de DrittelbG goedgeels buiten beschouwing. Zie echter paragraaf 3.2 en paragraaf 5.1.

18 Anders zouden in de *Aufsichtsrat* halve leden zitting moeten hebben. Dezelfde benadering geldt voor de Montan-Mitbestimmungsgesetz (MontanMitbestG), waarover hieronder paragraaf 2.2). Zie § 95 AktienG (slot) en § 1 (2) (1) DrittelbG.

19 Een en ander vloeit voort uit § 7 (1) MitbestG.

20 M. Winter, E. Marx & N. De Decker, 'Zählen und wählen Arbeitnehmer nach deutschem Mitbestimmungsrecht?', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2015, p. 1111. Zie ook paragraaf 3.2.

21 § 27 (2) MitbestG. Zie P. Ulmer, M. Habersack & M. Henssler, *Mitbestimmungsrecht*, München: C.H. Beck 2012, § 27, nr. 7-8; B. Gach 2014, § 27, nr. 5-11.

22 § 29 (2) MitbestG, waarover Gach 2014, § 29, nr. 9-14; Oetker 2017, § 29, nr. 3-8.

23 Zie M. Roth, 'Corporate Boards in Germany', in: P. Davies e.a. (red.),

MITBESTIMMUN

Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe, Oxford: OUP 2013, p. 334.

- 24 § 15 (1) MitbestG, dat verwijst naar de *leitende Angestellte* van § 5 (3) BetrVG: andere andere degenen die zelfstandig bevoegd zijn tot aanname en ontslag van personeel en procuratiehouders. Zie Roth 2013, p. 318. De *DrittelbG* hanteert een andere benadering (zie § 3 (1) *DrittelbG*), waarover Ulmer, Habersack & Henssler 2012, § 3, nr. 4.
- 25 De kolen- en staalsector kent een specifieke regeling: *Montan-Mitbestimmung* (Latijn; 'mons' is berg); zie ook de *Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz*. Daaronder wordt *parität* wel aangenomen: leden van de *Aufsichtsrat* hebben gelijke rechten, zie § 4 en § 6 *Montan-MitbestG*. Oetker 2017, § 4, nr. 1-5, § 6, nr. 4-10; zie ook J.J. du Plessis e.a., *German Corporate Governance in an International and European Context*, Berlijn: Springer 2007, p. 117 en p. 156-157. De *Montan-Mitbestimmung* heeft een sterke historische lading. Versterking van de positie van werknemers in de industrie fungeerde als waarborg tegen van misbruik van economische macht voor politieke doelen: zie O. von Nell-Breuning, 'Wie kam es zur Montan-Mitbestimmung', *Gewerkschaftliche Monatshefte* 1981, afl. 7, p. 386-395; E.P. de Jong, 'Het Mannesmann-conflict. De Montan-Mitbestimmung als casus belli', *Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen* 1981, afl. 10, p. 225-232.
- 26 Voor de totstandkomingsgeschiedenis van § 7 MitbestG, zie *BT-Drucksache 7/4845*, 10 maart 1976, p. 4.
- 27 Zie uitgebreid over het territorialiteitsprincipe Winter, Marx & De Decker 2015; vergelijk ook Ulmer, Habersack & Henssler 2012, § 3, nr. 47-50. Zie ook hierna paragraaf 4.2.
- 28 Zie in die zin ook het *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, 5 april 2011, p. 53-54, waarover

wel voorbeelden bekend van vakbonden die voor zetels in de *Aufsichtsrat* waarvoor zij een voordrachtsrecht hadden, vertegenwoordigers van buitenlandse – en dan niet eens in de EU actieve – werknemers kandidaat stellen. Dit was bijvoorbeeld het geval in het kader van de fusie van Daimler en Chrysler.²⁹ Dit lijkt echter veeleer de uitzondering te zijn. In het overgrote deel van de gevallen waarin § 7 MitbestG wordt toegepast spelen alleen de in Duitsland werkzame werknemers een rol.

Belanghebbenden kunnen op grond van § 97-99 AktienG een verzoek tot beoordeling van de samenstelling van de Aufsichtsrat indienen (Statusverfahren-procedure)

2.4 Gebreken samenstelling Aufsichtsrat

De complexiteit van de in paragraaf 2.1 en paragraaf 2.2 besproken voorschriften, mede in onderlinge samenhang bezien, heeft tot gevolg dat niet altijd eenvoudig is vast te stellen of de *Aufsichtsrat* op correcte wijze is samengesteld. Belanghebbenden, waaronder het bestuur (*Vorstand*), individuele leden van de *Aufsichtsrat* en individuele aandeelhouders (er gelden geen eisen wat betreft de omvang van de deelname in het kapitaal van de vennootschap) kunnen daarom op grond van § 97-99 AktienG een verzoek tot beoordeling van de samenstelling van de *Aufsichtsrat* indienen ('*Statusverfahren-procedure*').³⁰ Daarnaast biedt § 21 MitbestG werknemers (minstens drie) en de *Betriebsrat* de mogelijkheid een procedure bij het *Arbeitsgericht* aanhangig te maken inzake gebreken in de verkiezing van gedelegeerden van een *Betrieb*. Vereist daarvoor is dat wezenlijke voorschriften omtrent actief en passief kiesrecht zijn

geschonden.³¹ De onderlinge verhouding tussen beide procedures komt in paragraaf 3 terug.

3 Duitse jurisprudentie

3.1 Hornbach I³² en Hornbach II³³

Een eerste relevante zaak voor de vraag of het *Mitbestimmungsrecht* verenigbaar is met het EU-recht, was die inzake het bouwmaterialbedrijf Hornbach. Hornbach kent ongeveer 14.200 werknemers, waarvan 8.400 in Duitsland en 5.800 in andere EU-lidstaten.³⁴ In de *Statusverfahren-procedure* werd betoogd dat het onthouden van actief en passief kiesrecht voor de samenstelling van de *Aufsichtsrat* aan werknemers van buitenlandse filialen en concernvennootschappen een (indirecte) schending van artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU vormde. Doel van eiser was te komen tot een Gemeenschapsconforme interpretatie van § 7 MitbestG – dat wil zeggen uitbreiding van kiesrecht tot werknemers van concernvennootschappen gevestigd in de EU – en niet een *Aufsichtsrat* enkel samengesteld uit vertegenwoordigers van aandeelhouders, hetgeen eveneens denkbaar zou zijn (zie nader paragraaf 3.4 en paragraaf 6.2). Het Landgericht Landau koos echter zonder veel omhaal de kant van Hornbach en wat zij beschouwde als de dominante opvatting in de literatuur (*Hornbach I*).³⁵ Artikel 18 VWEU zou Lidstaten niet dwingen tot extensieve harmonisering van het medezeggenschapsrecht, in de zin dat systemen van Lidstaten gelijkgeschakeld worden. Daarnaast werd verwezen naar het territorialiteitsbeginsel. Artikel

GSRECHT



45 VWEU achtte het Landgericht Landau evenmin geschonden. De verschillen in niveaus van medezeggenschap tussen Lidstaten zouden geen belemmering vormen, ook niet wanneer werknemers het verlies van medezeggenschap mee zouden nemen in de afweging om al dan niet een dienstbetrekking binnen het concern, maar buiten Duitsland aan te nemen. Het bestaan van een andersluidende minderheidsopvatting³⁶ achtte het Landgericht Landau onvoldoende voor prejudiciële vragen.³⁷

Het Oberlandesgericht Zweibrücken had weinig trek in een dogmatische beschouwing over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van § 7 MitbestG

Het Oberlandesgericht Zweibrücken, oordelend in hoger beroep (*Hornbach II*), had weinig trek in een dogmatische beschouwing over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van § 7 MitbestG. Het deed de zaak daarom op formele gronden af. Een oordeel over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de samenstelling van de *Aufsichtsrat* zou enkel verzocht kunnen worden op de voet van § 21 MitbestG, waarin de schending van actieve en passieve kiesrechten voor de verkiezing van gedelegeerden aangekaart zou kunnen worden.³⁸ In deze zaak was nu juist de *Statusverfahren*-procedure toegepast. Laatstgenoemde procedure zou enkel zien op omvang en proportionele samenstelling van de *Aufsichtsrat*. Gelet op de eerder doorgevoerde statutenwijziging (zie voetnoot 37) zou zelfs een toewijzend oordeel voor de samenstelling van de *Aufsichtsrat* geen gevolgen hebben. Een meer indirect beroep op de *Statusverfahren*-procedure – in hoger beroep wordt betoogd dat de onverenigbaarheid van § 7 MitbestG met artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU zou dwingen tot een *Aufsichtsrat* welke enkel is samengesteld door vertegenwoordigers van aandeelhouders – werd niet gehonoreerd. Dit zou een door § 99 (3) AktienG niet toegestane vermeerdering van eis vormen. Ten overvloede overwoog het Oberlandesgericht Zweibrücken wel dat strijdigheid van het *Mitbestimmungs-*

recht met artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU eerst en vooral aan zou zetten tot Gemeenschapsconforme interpretatie van § 7 MitbestG. De tekst van § 7 MitbestG zou dat niet verhinderen. Zulks vormde tegelijkertijd een drempel voor het stellen van prejudiciële vragen.

3.2 Deutsche Börse I³⁹ en Deutsche Börse II⁴⁰

Een verwante zaak speelde in 2015 bij het Landgericht Frankfurt am Main, aangespannen tegen Deutsche Börse. Deutsche Börse kent ongeveer 3.800 werknemers, waarvan 1.625 in Duitsland en 1.750 in andere EU-lidstaten (derhalve 425 buiten de EU).⁴¹ De *Aufsichtsrat* van Deutsche Börse bestond uit achttien leden, waarvan twaalf benoemd vanwege de aandeelhouders en zes vanwege de werknemers (zie § 4 DrittelbG). Verzocht werd in de *Statusverfahren*-procedure te verklaren dat § 4 DrittelbG strijdig is met artikel 18 en 45 VWEU en buiten toepassing gelaten dient te worden, zodat in de *Aufsichtsrat* enkel nog vertegenwoordigers van aandeelhouders zitting zouden kunnen nemen. Net als in *Hornbach II* werd geoordeeld dat zulke vragen enkel aan de orde kunnen komen in de procedure van § 21 MitbestG. Het Landgericht Frankfurt am Main achtte § 4 DrittelbG bovendien niet onverenigbaar met het EU-recht; mocht dit al het geval zijn, dan zou zulks primair aanzetten tot Gemeenschapsconforme interpretatie. Wel constateerde het Landgericht Frankfurt am Main, zelfs ambtshalve, dat niet de DrittelbG, maar de MitbestG van toepassing was, gelet op het aantal concernwerknemers. In zoverre slaagde de *Statusverfahren*-procedure. Het uitsluiten van werknemers zou volgen uit het territorialiteitsprincipe, maar die interpretatie werd niet voor dwingend gehouden.⁴² Uit een grammaticale interpretatie van de MitbestG of de DrittelbG zou dat althans niet volgen. Het Landgericht Frankfurt am Main sloot daarom aan bij het concernbegrip van de AktienG, waarvoor ook in het buitenland gevestigde ondernemingen relevant zijn.

In hoger beroep (*Deutsche Börse II*) heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main besloten de zaak aan te houden, totdat de prejudiciële vragen aan het HvJ EU in de zaak *Erzberger (TUI II)* zijn beantwoord. Een verzoek tot aanvullende prejudiciële vragen (naast de reeds aanhangige) werd

H.-J. Hellwig & C. Behme, 'Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im Visier von Brüssel?', *Die Aktiengesellschaft (AG)* 2011, p. 741. Aldaar wordt de Europese Commissie aangeraden een inbreukprocedure op grond van art. 258 VWEU tegen Duitsland te starten.

- 29 Het betreft dan wel 'slechts' een *gentlemen's agreement*, waarvan de afdwingbaarheid en de gevolgen (heeft de vertegenwoordiger van buitenlandse werknemers dezelfde *standing* binnen de *Aufsichtsrat*?) niet vaststaan. Zie hierover M.M.G.B van Drunen, 'Medezeggenschap van werknemers op het niveau van de raad van commissarissen in Duitsland', *Ondernemingsrecht* 2012/8, met verdere verwijzingen.
- 30 Goette & Habersack 2014, § 98, nr. 12-23.
- 31 Zie nader Gach 2014, § 21, nr. 4-11.
- 32 Landgericht Landau 18 september 2013, HK O 27/13, waarover AG 2014, p. 376, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR)* 2013, p. 787, m.nt. C. Behme, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)* 2013, p. 518, m.nt. H. Krauss, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2014, p. 213, m.nt. T. Wansleben, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2013, p. 2107.
- 33 Oberlandesgericht Zweibrücken 3 W 150/13, 20 februari 2014, AG 2014, p. 629, *EWiR* 2015, p. 105, m.nt. T. Wansleben, *NZG* 2014, p. 740, *ZIP* 2014, p. 1224, m.nt. L. Pütz & S. Sick.
- 34 Cijfers per 28 februari 2013.
- 35 Wat betreft het Landgericht Landau was die dominante opvatting te vinden bij R. Krause, 'Zur Bedeutung des Unionrechts für die unternehmerische Mitbestimmung', AG 2012, p. 485; zie bijvoorbeeld ook C. Teichmann, 'Europäisierung der deutschen Mitbestimmung durch Nichtanwendung des Gesetzes? Replik zu Hellwig/Behme', *ZIP* 2010, p. 871.
- 36 Een ander standpunt dan Krause 2012 huldigen op verschillende plaatsen Hellwig & Behme (zie bijvoorbeeld H.-J. Hellwig & C. Behme, 'Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Mitbestimmung', AG 2009, p. 261), Habersack (M. Habersack, 'Die Konzernmitbestimmung nach § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG – Fragen de lege lata und Forderungen de lege ferenda', AG 2007, p. 641) en Henssler (Ulmer, Habersack & Henssler 2012, § 3, nr. 43).
- 37 Interessant is dat Hornbach, kort voor het dienen van de procedure, een statutenwijziging had doorgevoerd, op grond waarvan het aantal leden van de *Aufsichtsrat* toenam van 12 naar 16, waarvan

- 8 vertegenwoordigers van werknemers. Dit hing samen met het al dan niet meetellen van in andere EU-lidstaten actieve werknemers voor § 7 (1) MitbestG.
- 38 Onder verwijzing naar Oberlandesgericht Hamburg 26 augustus 1988, 11 W 53/88, AG 1989, p. 64, *Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen* 1989, p. 32, ZIP 1988, p. 1191. Het argument is niet geheel willekeurig – en komt ook terug bij het Oberlandesgericht Zweibrücken en het Landgericht Frankfurt am Main, zie hieronder – maar wekt toch een zekere schijn van onwelwillendheid.
- 39 Landgericht Frankfurt am Main 16 februari 2015, 3-16 O 1/14, AG 2014, p. 629, *Der Betrieb* (DB) 2015, p. 912, m.nt. C.H. Seibt, *EWiR* 2015, p. 245, m.nt. T. Wansleben, *GWR* 2015, p. 209, m.nt. A. Josupeit & C. Von Eiff, *NZG* 2015, p. 683, *ZIP* 2015, p. 634, m.nt. R. Krause, en (enigszins cynisch) P. Hanau, ‘Prof. Riebles Einsatz für die Mitbestimmung’, *ZIP* 2015, p. 1147.
- 40 Oberlandesgericht Frankfurt am Main 17 juni 2016, 21 W 91/15, AG 2016, p. 793 (op het moment van schrijven van deze bijdrage nog te verschijnen), *NZG* 2016, p. 1186, *ZIP* 2016, p. 2223.
- 41 Stand van zaken per 31 december 2013.
- 42 Onder verwijzing naar K. Duden, ‘Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz’, *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)* 1977, p. 145; C. Ebenroth & T. Sura, ‘Transnationale Unternehmen und deutsches Mitbestimmungsgesetzes’, *ZHR* 1980, p. 610.
- 43 Landgericht München 27 augustus 2015, 5 HK O 20285/14, AG 2016, p. 49, S. Fischer, ‘Europa-weite Wahl zum mitbestimmten Aufsichtsrat?’, *NZG* 2014, p. 737, *NZG* 2015, p. 1275, *ZIP* 2015, p. 1929, m.nt. L. Pütz.
- 44 Gegevens per september 2014.
- 45 HvJ EG 15 december 1993, ECLI: EU:C:1995:463, C-415/93 (*Bosman*).
- 46 HvJ EG 27 januari 2000, ECLI: EU:C:2000:49, C-190/98 (*Graf*). Zie ook hierna paragraaf 4.3.
- 47 Zie nader over de werkelijke zetel-leer Kroeze 2015/235.
- 48 HvJ EG 10 februari 1994, ECLI: EU:C:1994:52, C-398/92 (*Mund & Fester/Hartrex*).
- 49 Dat wil zeggen: een geval waarin de juiste toepassing van het EU-recht evident is. Zie F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: BJu 2013, p. 135; vergelijk voetnoot 38, tweede volzin (slot).
- 50 Landgericht Berlin 1 juni 2015, 102 O 65/14, AG 2015, p. 587,
- aldus niet gehonoreerd. Opgemerkt zij dat de reeds gestelde prejudiciële vragen niet zien op de consequenties van eventuele strijdigheid van § 7 MitbestG met artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU (Gemeenschapsconforme interpretatie of een *Aufsichtsrat* enkel bevolkt door vertegenwoordigers van aandeelhouders) – zie paragraaf 3.4 en paragraaf 6.2. Mocht het HvJ EU niet toekomen aan deze aspecten, dan kunnen de beoefenaren van het *Mitbestimmungsrecht* zich waarschijnlijk gaan opmaken voor een tweede ronde in Luxemburg.

3.3 BayWa⁴³

Eveneens in 2015 speelde de *Statusverfahren*-procedure bij BayWa, een onderneming met belangen in de agro-, bouw- en energiesector. BayWa heeft in Duitsland 11.900 werknemers; voor de EU als geheel bedraagt dit aantal 15.400.⁴⁴ Betoogd werd dat in de *Aufsichtsrat* enkel vertegenwoordigers van aandeelhouders zitting zouden mogen nemen – Gemeenschapsconforme interpretatie van § 7 MitbestG werd niet mogelijk geacht. Het Landgericht München stond, anders dan het Oberlandesgericht Zweibrücken in *Hornbach II* en het Landgericht Frankfurt am Main in *Deutsche Börse I*, een beroep op de *Statusverfahren*-procedure toe. In § 97-99 AktienG zou enkel de voorwaarde zijn neergelegd dat sprake is van aandeelhouderschap.

Inhoudelijk slaagde het beroep op de *Statusverfahren*-procedure echter niet. In het kader van artikel 45 VWEU werd erkend dat het EU-recht toepassing van nationale regels die een dienstbetrekking van EU-onderdanen in een andere lidstaat belemmeren, verhindert (HvJ EG *Bosman*⁴⁵). De gedragsprikkel die van de aan de orde zijnde regels uitgaat, namelijk verlies van actieve en passieve medezeggenschapsrechten, zou echter te zwak zou zijn om de arbeidsmarkt te beïnvloeden (HvJ EG *Graf*⁴⁶). Ook als een zittend lid van de *Aufsichtsrat* zijn of haar mandaat door het aannemen van een dienstbetrekking in een andere lidstaat zou verliezen zou het vrij verkeer van werknemers niet gehinderd worden. Alsdan wordt immers de band met het *Betrieb* waarvoor het lid van de *Aufsichtsrat* verkozen is, verbroken – voor vertegenwoordigers van vakbonden lijkt dit aspect minder relevant. Artikel 18 VWEU achtte het Landgericht München evenmin geschonden. De verkiezing van

gedelegeerden knoopt aan bij het *Betrieb*, zodat het daarop toepasselijke recht wordt vastgesteld volgens de leer van de werkelijke zetel (kort gezegd inhoudende dat de interne organisatie van een rechtspersoon wordt beheerst door het recht van het land van vestiging⁴⁷). Voor (indirecte) discriminatie werd noodzakelijk geacht dat een grote meerderheid van de getroffen en de nationaliteit van een andere lidstaat zou hebben (onder verwijzing naar HvJ EG *Mund & Fester/Hartrex*⁴⁸), hetgeen in casu niet aan de orde was. Toepassing van artikel 18 VWEU zou ook niet leiden tot andere rechtsgevolgen (de *Aufsichtsrat* zou in beide gevallen zestien leden kennen), noch zou met artikel 18 VWEU extensieve harmonisatie van het arbeidsrecht zijn beoogd. Een beroep op de prejudiciële procedure bij het HvJ EU volgens artikel 267 VWEU, tot slot, werd afgewezen omdat sprake zou zijn van een *acte claire*.⁴⁹

Voor (indirecte) discriminatie werd noodzakelijk geacht dat een grote meerderheid van de getroffen en de nationaliteit van een andere lidstaat zou hebben, hetgeen in casu niet aan de orde was

3.4 TUI I⁵⁰ en TUI II⁵¹; Gemeenschapsconforme interpretatie?

TUI is gespecialiseerd in het verzorgen van (internationale) vakanties. Het concern kent wereldwijd ongeveer 77.000 werknemers, waarvan 10.000 in Duitsland en 40.000 in andere EU-lidstaten (vooral in het Verenigd Koninkrijk, door een fusie in 2007 met First Choice) en vooralsnog dus 27.000 buiten de EU.⁵² Doel van de toegestane, maar onsuccesvolle *Statusverfahren*-procedure bij het Landgericht Berlin was te komen tot een *Aufsichtsrat* waarin enkel vertegenwoordigers van aandeelhouders zitting hadden, in ieder geval totdat een Gemeenschapsconforme regeling zou worden ingevoerd. De verkiezingen voor de *Aufsichtsrat* verlopen via het *Betrieb*, waarvoor de leer van de werkelijke zetel geldt, aldus het Landgericht Berlin in *TUI I*. Voor artikel 18 VWEU was geen sprake van (indirecte) discriminatie, nu het medezeggenschapsrecht in EU-verband niet is geharmoniseerd. Bovendien zouden

voor vergelijkbare gevallen geen verschillende rechtsgevolgen in het leven worden geroepen, noch zou het *Mitbestimmungsrecht* een concernrechtelijk karakter kennen, ook niet doordat voor toepassing daarvan bij de houdstermaatschappij wordt aangeknoopt. De naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen kennen eigen medezeggenschapsregelingen: als werknemers, werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst naar het recht van het land van herkomst, niet van plan zijn dat land te verlaten, zouden zij niet onder het EU-recht vallen (*sic*).⁵³ Ook zou geen concreet bewijs voorhanden zijn van de protectionistische werking van het *Mitbestimmungsrecht*. Evenmin werd (indirecte) discriminatie voor artikel 45 VWEU bewezen geacht: het beroep op HvJ EG *Bosman* werd wederom gecounterd met HvJ EG *Graf*. Medezeggenschapsrechten zouden voor het grootste deel van de werknemers irrelevant zijn bij de afweging omtrent een dienstbetrekking in het buitenland, en verlies van een zetel in de *Aufsichtsrat* bij een nieuw dienstverband voor een buitenlandse concernvennootschap zou ook optreden bij een nieuwe dienstbetrekking voor een ander, in Duitsland gevestigd concern. Als het territorialiteitsbeginsel niet als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd zou worden, zou onduidelijk zijn welke benadering de Duitse wetgever wel zou moeten hanteren. Overigens had ook het Landgericht Berlin een voorkeur voor Gemeenschapsconforme interpretatie, mocht het bovenstaande geen stand houden. Een herziening van het *Mitbestimmungsrecht* werd verder niet onwenselijk geacht. In dat kader spelen echter *rechtspolitieke* vragen, die niet door de rechterlijke macht beantwoord kunnen worden. Het lijkt erop dat het Landgericht Berlin zijn vingers hier niet aan wilde branden.⁵⁴

Een herziening van het *Mitbestimmungsrecht* werd verder niet onwenselijk geacht. In dat kader spelen echter *rechtspolitieke* vragen

Zoals reeds aangestipt in paragraaf 1, kwam het Kammergericht Berlin in hoger beroep in *TUI II* tot een andere conclusie. Veel diepgravende overwegingen wijdde

het daar overigens niet aan. Schending van het Unierecht was ‘mogelijk’, discriminatie naar nationaliteit werd ‘denkbaar’ geacht en dat afbreuk werd gedaan aan het vrije verkeer van werknemers was ‘in ieder geval voorstelbaar’. Gemeenschapsconforme interpretatie zou onhaalbaar zijn, zodat de vraag is hoe het HvJ EU in deze belangrijke kwestie gaat oordelen.

Het zou verstandig zijn voor het HvJ EU de aangereikte handschoen inhoudelijk op te pakken

Wij merken nog het volgende op over Gemeenschapsconforme interpretatie. Dit houdt de verplichting in om nationaal recht zoveel mogelijk⁵⁵ uit te leggen in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht.⁵⁶ Nationale rechters zijn niet verplicht tot interpretatie *contra legem*: een interpretatie van het nationale recht die tegen de wetstekst indruist.⁵⁷ Amtenbrink stelt dat het HvJ EU de nationale rechter daarmee in wezen aanzienlijke ruimte laat zelf een afweging te maken tussen bewaking van het *effet utile* van het Gemeenschapsrecht enerzijds en de rechtszekerheid anderzijds.⁵⁸ Wissink legt de nadruk op het eerste aspect, en stelt dat het nationale recht dat van het Unierecht afwijkt zoveel mogelijk Gemeenschapsconform geïnterpreteerd dient te worden.⁵⁹ Recent heeft het HvJ EU geoordeeld dat de verplichting tot Gemeenschapsconforme interpretatie eveneens bestaat, wanneer zulks een omgaan ten opzichte van vaste (nationale) jurisprudentie (*contra precedentem*) zou eisen.⁶⁰ Het oordeel van het Kammergericht Berlin in *Erzberger (TUI II)* achten wij, gelet op de expliciete totstandkomingsgeschiedenis van § 7 MitbestG, verdedigbaar, hoewel een andere benadering mogelijk zou zijn geweest.⁶¹ Daarom zou het, net als in HvJ EU *Küçükdeveci* waar de verwijzende Duitse rechter had aangegeven niet tot Gemeenschapsconforme interpretatie te kunnen komen,⁶² verstandig zijn voor het HvJ EU de aangereikte handschoen inhoudelijk op te pakken. Dat brengt ons bij de te verwachten strekking van een dergelijk oordeel.

DB 2015, p. 1588, m.nt. C.H. Seibt, *EWiR* 2015, p. 635, m.nt. M. Winstel, *ZIP* 2015, p. 1291.

- 51 Kammergericht Berlin 16 oktober 2015, 14 W 89/15, *AG* 2015, p. 872, *DB* 2015, p. 2689, A. Verse, ‘Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts’, *EUZW* 2016, p. 330, *EWiR* 2015, p. 761, m.nt. J.C. Giedinghagen & S. Angelé, *GWR* 2015, p. 521, m.nt. M. Schröter, F. Rödl, ‘Diskriminerende Mitbestimmung’, *JZ* 2016, p. 980, Winter, Marx & De Decker 2015, J. Heuschmid & D. Ulber, ‘Unternehmensmitbestimmung auf dem Prüfstand des *EUgH*’, *NZG* 2016, p. 102, *ZIP* 2015, p. 1291, *ZIP* 2015, p. 2172.
- 52 Gegevens (eveneens) per september 2014.
- 53 Onder een lastig te duiden verwijzing naar HvJ EG 2 oktober 1997, *ECLI:EU:C:1997:458*, C-122/96 (*Saldanha*).
- 54 Vergelijk voetnoot 38, tweede volzin (slot).
- 55 HvJ EG 13 november 1990, *ECLI:EU:C:1990:395*, C-106/89 (*Marleasing*).
- 56 Zie voorts over (richtlijn)conforme interpretatie HvJ EG 10 april 1984, *ECLI:EU:C:1984:153*, C-14/83 (*Von Colson*), HvJ EG 8 oktober 1987, *ECLI:EU:C:1987:431*, C-80/86 (*Kolpinghuis*). De plicht tot Gemeenschapsconforme interpretatie geldt niet alleen inzake richtlijnen, maar voor het gehele gemeenschapsrecht; zie J.M. Prinsen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004, p. 43, met verdere verwijzingen.
- 57 Zie in die zin onder andere HvJ EG 16 juni 2005, *ECLI:EU:C:2005:386*, C-105/03 (*Pupino*).
- 58 Amtenbrink & Vedder 2013, p. 164.
- 59 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.
- 60 HvJ EU 19 april 2016, *ECLI:EU:C:2016:278*, C-441/14, *AB* 2016/359, m.nt. M.J.M. Verhoeven (*Dansk Industri*).
- 61 Daarbij is relevant dat naar Duits recht een voorkeur lijkt te bestaan voor *Verfassungskonforme Auslegung*, wanneer meerdere interpretatiemethoden mogelijk zijn. Zie Wissink 2001, p. 116 en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3 Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/184.
- 62 HvJ EU 19 januari 2010, *ECLI:EU:C:2010:21*, C-555/07, r.o. 49, *NJ* 2010/256, m.nt. M.R. Mok (*Küçükdeveci*). In die zaak, die draaide om leeftijdsdiscriminatie (bij het bepalen van de ontslagvergoeding

4 Het Mitbestimmungsrecht strijdig met het EU-recht?

4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht of § 7 MitbestG inderdaad strijdig is met het EU-recht. In dat kader enige opmerkingen vooraf. Wij richten ons primair op het *indirect* (in feite) discriminerende aspect van § 7 MitbestG, in het licht van artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU. Van een *direct* onderscheid naar nationaliteit is immers geen sprake.⁶³ Omwille van de structuur van onze bijdrage behouden wij het onderscheid zoals dat in de Duitse jurisprudentie wordt gemaakt tussen artikel 18 VWEU en artikel 45 VWEU, niettegenstaande het feit dat eerstgenoemde bepaling van algemene aard is en dat artikel 18 VWEU daarom nader wordt ‘ingekleurd’ door (het voor deze procedure bepalende) artikel 45 VWEU.⁶⁴ Beide zien niet op situaties zonder grensoverschrijdend element (zilver interne situaties).⁶⁵ Op het meetellen van werknemers actief buiten Duitsland voor toepasselijkheid van de DriittelbG danwel de MitbestG – daarover zouden in Europees verband eveneens vragen kunnen worden gesteld – komen wij terug in paragraaf 6.2.

Zeker wanneer de werknemers in meerderheid in het buitenland werkzaam zijn, lijkt het moeilijk te verdedigen dat deze buitenlandse werknemers niet worden getroffen door de beperkte werkingssfeer van § 7 MitbestG

4.2 Artikel 18 VWEU

Beperking?

Artikel 18 VWEU verbiedt indirecte discriminatie naar nationaliteit. Bij een overwegend Duits georiënteerde vennootschap, waarvan een ruime meerderheid van de werknemers in Duitsland werkzaam is (zoals in *BayWa*) kan nog betoogd worden dat aan het aspect van indirecte discriminatie onvoldoende gewicht toekomt. Zeker wanneer de werknemers in meerderheid in het buitenland werkzaam zijn, lijkt het

echter moeilijk te verdedigen dat deze buitenlandse werknemers niet worden getroffen door de beperkte werkingssfeer van § 7 MitbestG, zoals aan de orde kwam in de zaken *TUI I* en *TUI II*. Derhalve is onder § 7 MitbestG wat ons betreft wel degelijk sprake van indirecte discriminatie. Toegegeven moet worden dat dit zich het meest laat voelen wanneer een Europees opererend Duits concern naar verhouding weinig werknemers in Duitsland kent. Niet uit te sluiten valt dat de casus *TUI* daarop ook is uitgezocht door de aandragende partij.

Extensieve harmonisatie?

Aangevoerd is dat artikel 18 VWEU niet zou dwingen tot extensieve harmonisatie van het medezeggenschapsrecht.⁶⁶ Een dergelijke verplichting bestaat op basis van het communautaire recht en de jurisprudentie van het HvJ EU inderdaad niet. Richtlijn 2002/14/EG, bijvoorbeeld, betreft de meer basale vormen van medezeggenschap.⁶⁷ De jurisprudentie van het HvJ EU in het kader van medezeggenschap ziet onder meer op directe discriminatie: het op basis van nationaliteit toekennen danwel onthouden van rechten aan werknemers actief in *dezelfde* lidstaat.⁶⁸ Duitsland is niet verplicht het nationale medezeggenschapsrecht qua intensiteit ‘in te krimpen’, noch zijn andere lidstaten verplicht nieuwe vormen van medezeggenschap in hun nationale recht op te nemen. Aanpassing van § 7 MitbestG in Gemeenschapsconforme richting zou daartoe ook niet leiden. Vereist is enkel dat het Duitse nationale recht wordt vormgegeven op een wijze die in overeenstemming is met het (primaire en secundaire) Unierecht.⁶⁹

Het verweer van de constitutionele onmogelijkheid waarvoor de Duitse wetgever zich – gelet op diens territoriale bevoegdheid – geplaatst zou zien, overtuigt niet

Constitutionele onmogelijkheid of rechtvaardiging anderszins?

Het verweer van de constitutionele onmogelijkheid waarvoor de Duitse wetgever zich – gelet op diens territoriale bevoegdheid – geplaatst zou zien, overtuigt niet. Het concept

werden de dienstjaren voor het 25e levensjaar niet meegeteld) gaf de Duitse rechter aan geen ruimte te zien voor Gemeenschapsconforme interpretatie. Overigens werd toen gesteld dat de expliciete wetstekst conforme interpretatie zou verhinderen; dat is nu niet aan de orde.

⁶³ Zie over het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie bijvoorbeeld HvJ EG 21 juni 1974, ECLI:EU:C:1974:68, C-2/74 (*Reyners*) respectievelijk HvJ EG 12 februari 1974, ECLI:EU:C:1974:13, C-152/73 (*Sotgiu*), waarover C. Barnard, *The Substantive Law of The EU*, Oxford: OUP 2010, p. 239-241.

⁶⁴ Vergelijk Amentbrink & Vedder 2013, p. 184.

⁶⁵ HvJ EG 28 maart 1979, ECLI:EU:C:1979:88, C-175/78 (*Saunders*); HvJ EG 26 januari 1993, ECLI:EU:C:1993:27, C-112/91 (*Werner*). Zie wel ook HvJ EG 30 november 1995, ECLI:EU:C:1995:411, C-55/94 (*Gebhard*).

⁶⁶ Zie de procedures bij het Landgericht Landau (18 september 2013, HK O 27/13, paragraaf 3.1), het Landgericht München (27 augustus 2015, 5 HK O 20285/14, paragraaf 3.3) en het Landgericht Berlin (1 juni 2015, 14 W 89/15, paragraaf 3.4).

⁶⁷ Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap.

⁶⁸ Zie HvJ EG 4 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:291, C-213/90; HvJ EG 18 mei 1994, ECLI:EU:C:1994:198, C-118/92; HvJ EG 16 september 2004, ECLI:EU:C:2004:530, C-465/01.

⁶⁹ T. Wansleben, ‘Zur Europarechts-widrigkeit der unternehmerischen Mitbestimmung’, *NZG* 2014, p. 213, met nadere verwijzingen, waaronder M. Habersack, ‘Wandlungen des Aktienrechts’, *AG* 2009, p. 1. Anders *GWR* 2013, p. 518, m.nt. Krauss.

van territorialiteit kan op verschillende manieren worden beschouwd. In de *subjectieve* variant is een norm enkel van toepassing binnen de eigen staat; in de *objectieve* variant ziet een norm ook op handelingen in het buitenland die gevolgen hebben voor het eigen grondgebied.⁷⁰ In de Duitse literatuur is dan ook al vroeg aan de orde gesteld dat de huidige interpretatie van het territorialiteitsbeginsel niet dwingend is. Van extraterritoriale werking is daarom in ieder geval geen sprake bij het meetellen van in het buitenland actieve concernwerknemers (zie paragraaf 3.2).⁷¹ Eventuele uitvoeringsproblemen bij het organiseren van verkiezingen in andere EU-lidstaten zijn evenmin een rechtvaardiging.⁷²

De onderhavige problematiek roept vanuit Nederlands perspectief associaties op met de arresten HvJ EG *Centros* en (met name) *Inspire Art* in het kader van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

De onderhavige problematiek roept vanuit Nederlands perspectief associaties op met de arresten HvJ EG *Centros*⁷³ en (met name) *Inspire Art*⁷⁴ in het kader van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv).⁷⁵ Daarin zijn voor kapitaalvennootschappen opgericht naar buitenlands recht, wier werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland plaatsvinden en zonder werkelijke band met het land van oprichting, verplichtingen neergelegd die niet voor Nederlandse vennootschappen gelden. Deze verplichtingen zagen en zien op de inschrijving bij de Kamer van Koophandel en de externe communicatie,⁷⁶ alsmede op de bescherming van crediteuren⁷⁷ en het opmaken van de jaarrekening.⁷⁸ Niet-nakoming daarvan kon en kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders en beleidsbepalers. Zelfs in strafrechtelijke sancties was en is voorzien.⁷⁹ Nadat in *Centros* reeds vraagtekens bij de Europeesrechtelijke houdbaarheid⁸⁰ van de Wfbv waren geplaatst, is de Wfbv na *Inspire Art*, via een nieuw artikel 1 lid 2 Wfbv, buiten toepassing verklaard ten aanzien van vennootschappen opgericht naar het recht

van de EU of de EER.⁸¹ Dat het argument van de constitutionele onmogelijkheid niet overtuigt, volgt eveneens uit de voorstellen tot wijziging van § 7 MitbestG, voortvloeiend uit de discussie omtrent de Europese houdbaarheid daarvan.⁸² Uit deze voorstellen blijkt dat de constitutionele onmogelijkheid wijziging van de regeling niet in de weg staat.

Aangevoerd zou nog kunnen worden dat het beschermen van werknemers in *Überseering*⁸³ als dwingende reden van algemeen belang is erkend. Dit argument ziet wat ons betreft echter op de bescherming van *alle* werknemers: wanneer daarbij een onderscheid tussen werknemers in lidstaten wordt aangebracht, is daarvan geen sprake. De benadering van Krause, waarin vanuit Gemeenschapsrechtelijk perspectief niet naar de specifieke aspecten van een bepaalde regeling gekeken dient te worden maar het 'totaalplaatje' relevant is, overtuigt evenmin.⁸⁴

4.3 Artikel 45 VWEU

Toepasselijk?

Artikel 45 VWEU waarborgt het vrij verkeer van werknemers. In artikel 45 lid 2 VWEU wordt weliswaar iedere discriminatie naar nationaliteit verboden, maar vooral in relatie tot werkgelegenheid en beloning, en niet zozeer wat betreft daarmee in losser verband staande thema's als medezeggenschap in de *Aufsichtsrat*. Bovendien zien artikel 7 en 8 van Verordening (EU) 492/2011,⁸⁵ alwaar artikel 45 VWEU nader is ingekleurd, vooral op onderdanen werkzaam buiten hun lidstaat van herkomst; daarvan hoeft met het oog op § 7 MitbestG geen sprake te zijn. Anderzijds is de opsomming van artikel 45 lid 2 VWEU niet uitputtend⁸⁶ en kan uit het *Bosman*-arrest worden opgemaakt worden dat artikel 45 VWEU ook een zelfstandige rol heeft.⁸⁷ In de Duitse jurisprudentie wordt van toepassing van artikel 45 VWEU uitgegaan. Wij sluiten ons daarbij aan.

Beperking?

Vormt § 7 MitbestG een beperking van het vrije verkeer van werknemers? In de Duitse procedures is aangevoerd dat onthouding van actief en passief kiesrecht een dergelijke beperking zou constitueren. Aan de Duitse rechters dient te worden toegegeven dat, in het kader van de *rule of remoteness*, enige spanning bestaat tussen

- 70 In die zin onder andere A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: BJu 2016, § 327-329.
- 71 Zie de literatuur aangehaald in voetnoot 32 (in het bijzonder Wansleben) en 42, waarover bijvoorbeeld Winter, Marx & De Decker 2015.
- 72 Anders Rödl 2016, die de democratische integriteit van de verkiezingen voor de *Aufsichtsrat* in geding ziet komen. Wij delen zijn kritiek niet. Bovendien is onduidelijk in hoeverre de maatregel proportioneel zou zijn.
- 73 HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, NJ 2000/48, m.nt. P. Vlas, JOR 1999/117, m.nt. G. van Solinge, *Ondernemingsrecht* 1999/48, m.nt. J.N. Schutte-Veenstra (*Centros*). De hierna opgenomen bespreking inzake de Wfbv is gebaseerd op (en vertoont substantiële overlap met) T.A. Keijzer & O. Oost, 'De invloed van Europese FTA's op het Nederlandse ondernemingsrecht' (nader te verschijnen).
- 74 HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, JOR 2003/249, m.nt. G.J. Vossenstein, *Ondernemingsrecht* 2003/47, m.nt. J.N. Schutte-Veenstra (*Inspire Art*).
- 75 Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht, *Stb.* 1997, 697. De link wordt in Duitsland niet gelegd.
- 76 Uit art. 2 Wfbv vloeit bijvoorbeeld voort dat de rechtspersoon zich als formeel buitenlandse vennootschap bij het handelsregister dient in te schrijven. Art. 3 Wfbv bepaalt onder meer dat geschriften dienen te vermelden dat het een formeel buitenlandse vennootschap betreft.
- 77 Door verwijzing naar art. 2:9 BW, art. 2:216 lid 3 BW en art. 2:248 BW.
- 78 Via art. 2:10 BW en titel 9 van Boek 2 BW.
- 79 Zie art. 7 Wfbv respectievelijk art. 342 sub 3 en art. 343 sub 4 van het Wetboek van Strafrecht; zie ook art. 1 sub 4 van de Wet op de economische delicten.
- 80 Voor zover de door de Wfbv opgelegde informatieverplichtingen niet zijn voorgeschreven door de 11e EG-Richtlijn.
- 81 Wet van 28 april 2005 tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 2005, 230. Art. 6 Wfbv blijft echter van toepassing op EU-/EER-vennootschappen.
- 82 Zie paragraaf 6.2 en voetnoot 111 hieronder.
- 83 HvJ EG 5 november 2002, ECLI:

EU:C:2002:632, C-208/00 (*Überseering*).

84 Krause 2012.

85 Verordening (EU) 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie.

86 Zie inzake art. 7 en art. 8 van Verordening (EU) 492/2011 bijvoorbeeld HvJ EG 16 september 2004, ECLI:EU:C:2004:530, C-465/01, HvJ EG 30 september 1975, ECLI:EU:C:1975:120, C-32/75 (*Cristini*), waaruit volgt dat art. 7 'alle, wel of niet aan het arbeidscontract verbonden, sociale en fiscale voordelen omvat'. Zie ook Hellwig & Behme 2009 en voetnoot 68.

87 In die zin over HvJ EG 15 december 1993, ECLI:EU:C:1993:463, C-415/93 (*Bosman*) Amtenbrink & Vedder 2013, p. 292.

88 Zie nader over de tegenstelling tussen *Bosman* en *Graf* Barnard 2010, p. 258, stellende dat (ook met inachtneming van laatstgenoemde uitspraak) 'it takes very little to engage the treaties'. Vergelijk in dat kader ook HvJ EG 11 april 2000, ECLI:EU:C:2000:199, C-51/96 en C-191/97 (*Delige*).

89 Zoals Wansleben 2015 stelt, is niet de vergelijking tussen een werknemer van een binnenlands (Duits) en een buitenlands concern relevant, maar die tussen een werknemer van een binnenlandse (Duitse) en een buitenlandse concernvennootschap.

90 HvJ EG 23 mei 1996, ECLI:EU:C:1996:206, C-237/94 (*O'Flynn*), r.o. 18-21, zowel ten aanzien van het indirecte als wat betreft het potentiële karakter van de discriminatie. Vergelijk HvJ EG 11 juli 1974, ECLI:EU:C:1974:82, C-8/74 (*Dassonville*).

91 Vgl. HvJ EG 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:723, C-210/06, *JOR* 2009/35, m.nt. G.J. Vossestein, *Ondernemingsrecht* 2009/20, m.nt. J.N. Schutte-Veenstra (*Cartesio*); HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:440, C-378/10, *JOR* 2012/285, m.nt. G.J. Vossestein (*Vale*).

92 *BT-Drucksache* 7/4845, 10 maart 1976, p. 4, waarover Hellwig & Behme 2009. Ulmer/Habersack/Hensler 2012, § 5, nr. 55 betoogt dat werknemers van een naar Duits recht opgerichte kleindochtervennootschap wel meegeteld dienen te worden (!).

93 De reactie van de Europese Commissie van 9 februari 2016 is (nog) niet openbaar, maar inhoudelijk kenbaar via R. Krause, *Acid Test ECJ. The EU Commission's opinion on the TUI Case – A critical commentary* (Co-Determination Report 23, Hans Böckler Stiftung), te raadplegen via www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2016_23e.pdf. Aldaar roept Krause overigens op tot wetgevingsinitiatief op EU-niveau.

de uitgangspunten in de arresten HvJ EG *Bosman* en *Graf*. De Belgische voetballer Jean-Marc Bosman zag zijn transfer vanuit Club Luik naar USL Dunkerque verhinderd worden doordat er een transfersom was verschuldigd aan zijn oude club, ondanks het aflopen van zijn contract. Dit vormde een door artikel 45 VWEU niet toegestane beperking. De Oostenrijker Volker Graf ontving geen werkloosheidsuitkering, aangezien die was voorbehouden aan onvrijwillig werklozen. Het betoog dat vrijwillig werklozen aldus werden belemmerd een betrekking te zoeken in een andere lidstaat slaagde niet, wegens een te indirect verband met de toegang tot de arbeidsmarkt. Daarmee bestaat ook een belangrijk verschil tussen beide zaken. Het ongehinderd voort kunnen zetten van (in een concern veelal grensoverschrijdende) activiteiten door een lid van de *Aufsichtsrat*, als uitvloeisel van (met name) het passieve kiesrecht, is afhankelijk van de (Duitse) nationale regeling. In *Graf* was een niet door het (Oostenrijkse) nationale recht afgedwongen onderbreking van de activiteiten aan de orde. Een succesvol beroep op *Graf* achten wij derhalve niet waarschijnlijk,⁸⁸ zodat voor artikel 45 VWEU 'eveneens' sprake is van een beperking.⁸⁹

Het argument dat, mocht § 7 MitbestG strijdig met het EU-recht worden verklaard, zulks geen gevolgen heeft voor een *Aufsichtsrat* die reeds het maximale aantal van tien werknemers vertegenwoordigers kent, is onbegrijpelijk

Interessant, (ook) in het kader van het actief kiesrecht, is de benadering dat § 7 MitbestG geen beperking zou opleveren van het vrij verkeer van werknemers, nu (empirisch) bewijs van protectionistische werking van het *Mitbestimmungsrecht* of van een voldoende gedragsprikkel voor werknemers ontbreekt. Belangrijk is dat artikel 45 VWEU juist ook geldt ten aanzien van indirecte discriminatie en dat geen uitgebreid statistisch bewijs overlegd hoeft te worden waaruit blijkt dat de voorwaarden anders zijn dan voor nationale werknemers: het volstaat om te stellen dat

een bepaling een dergelijk effect *kan* hebben (HvJ EG *O'Flynn*).⁹⁰ Zo § 7 MitbestG de afweging voor een individuele werknemer ten aanzien van een dienstbetrekking bij een in het buitenland gevestigde (concern)vennootschap niet reeds zou beïnvloeden, lijkt het evident dat de belangen van werknemers *in abstracto* worden geraakt afhankelijk van de mate waarin bepaalde nationaliteiten vertegenwoordigd zijn in de *Aufsichtsrat* – zie paragraaf 2.3. Het argument dat, mocht § 7 MitbestG strijdig met het EU-recht worden verklaard, zulks geen gevolgen heeft voor een *Aufsichtsrat* die reeds het maximale aantal van tien werknemersvertegenwoordigers kent, is dan ook onbegrijpelijk.

Rechtvaardiging?

Is er een rechtvaardiging voor een beperking van het vrije verkeer van werknemers? De spanning tussen § 7 MitbestG en het vrij verkeer van werknemers komt het meest nadrukkelijk aan de orde ingeval een zittend lid van de *Aufsichtsrat* gedwongen zou worden op te stappen in verband met het aanvaarden van een dienstbetrekking in het buitenland. Aan de orde is gekomen – vergelijk bijvoorbeeld paragraaf 3.3 – dat zulks terecht zou zijn, omdat daarmee de band met het *Betrieb* waarvoor het lid van de *Aufsichtsrat* verkozen is, wordt verbroken, en het op die verkiezingen toepasselijke recht wordt vastgesteld volgens de leer van de werkelijke zetel. Aldus wordt mogelijk beoogd § 7 MitbestG een zuiver intern karakter te verschaffen of in sfeer van de werkelijke zetelleer te brengen. Wat het laatste betreft speelt EU-rechtelijk mogelijk een rol dat het HvJ EU geen voorkeur heeft (willen uitspreken) voor de incorporatieleer of de werkelijkezetelleer.⁹¹ Het argument inzake de werkelijke zetel overtuigt echter niet. Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van § 7 MitbestG wordt namelijk aangenomen dat werknemers zelfs niet meetellen voor vertegenwoordiging in de *Aufsichtsrat*, wanneer zij in dienst zijn bij een in Duitsland gelegen vestiging van een naar buitenlands recht opgerichte (concern)vennootschap.⁹² Bovendien blijft bij een binnenlandse 'transfer' het passieve kiesrecht in stand, zodat het op termijn wel weer tot lidmaatschap van de *Aufsichtsrat* kan komen. Ook de Europese Commissie heeft het standpunt ingenomen dat § 7 MitbestG indirecte discriminatie oplevert.⁹³

5 Consequenties Duitse rechtsorde op korte termijn

5.1 Geraakte kring van vennootschappen

De door het Kammergericht Berlin gestelde prejudiciële vragen zijn het resultaat van een procedure inzake de MitbestG. De bij het HvJ EU ingediende vragen zijn echter ruim geformuleerd: zij zien in algemene zin op het voorbehouden van actief en passief kiesrecht voor de werknemersvertegenwoordiging in het toezichthoudende orgaan (hier: de *Aufsichtsrat*) aan werknemers van binnenlandse vestigingen en concernonderdelen. Aldus lijkt het antwoord in prejudiciële zaak *Erzberger (TUI II)* eveneens relevant voor toepassing van de DrittelbG door middelgrote vennootschappen en de samenstelling van de *Aufsichtsrat* daarvan.⁹⁴ De aan de DrittelbG ten grondslag liggende systematiek is immers (groten-deels) dezelfde.⁹⁵

Wij zouden er voorstander van zijn, in geval van strijdigheid met het EU-recht, § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG enkel buiten toepassing te laten voor toekomstige verkiezingen van de *Aufsichtsrat* en een zittende *Aufsichtsrat* de lopende termijn te laten volmaken

5.2 Gevolgen zittende *Aufsichtsrat*

Mochten § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG onverenigbaar met het EU-recht worden bevonden, dan rijst de vraag wat de gevolgen van een dergelijk oordeel voor een zittende *Aufsichtsrat* zouden zijn. Er is voor gepleit om de zittende werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsraden* te laten aftreden – althans vast te stellen dat geen sprake is geweest van een geldige benoeming.⁹⁶ Uit HvJ EU *Küçükdeveci* volgt dat een nationale rechter bepalingen strijdig met het Gemeenschapsrecht buiten toepassing dient te laten.⁹⁷ Totdat een met het Europese recht verenigbaar *Mitbestimmungsrecht* voorhanden is zou een AG aldus ‘gevrijwaard’ blijven van vertegenwoordiging van werknemers in de *Aufsichtsrat*. Wij zouden er echter voorstander van zijn, in geval van strijdigheid met het

EU-recht, § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG enkel buiten toepassing te laten voor toekomstige verkiezingen van de *Aufsichtsrat* en een zittende *Aufsichtsrat* de lopende termijn te laten volmaken. De hier aan de orde zijnde bepalingen kennen een zeker (rechtspolitiek) element van connexiteit: vertegenwoordiging van werknemers is in Duitsland nadrukkelijk onderdeel van het *corporate governance*-systeem. Een *Aufsichtsrat* bestaat niet enkel uit vertegenwoordigers van aandeelhouders, maar ook van werknemers – vergelijk het concept van (in de woorden van Wissink) ‘geschakelde regelingen’.⁹⁸ Anders dan in HvJ EU *Küçükdeveci* zou, bij buitentoepassingverklaring van de met het Gemeenschapsrecht strijdige bepalingen, een niet-strijdig (nationaal) geschakeld deel resterend, zodat een subtiel andere benadering toegestaan zou moeten zijn. Daarbij (toegegeven zij dat dit een meer pragmatisch argument betreft) valt niet uit te sluiten dat het *Mitbestimmungsrecht* op Gemeenschapsconforme wijze zal worden herzien door de Duitse wetgever – zie paragraaf 6.2. Het tijdelijk buiten toepassing verklaren van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG zou dan enkel een benoemingscarrousel voor de *Aufsichtsrat* tot gevolg hebben.

De meest gerichte keuze om tot verenigbaarheid van het *Mitbestimmungsrecht* met het EU-recht te komen is het intrekken van onder andere § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG. Vanuit governance-perspectief heeft dit grote consequenties

6 Consequenties Duitse rechtsorde op lange termijn

6.1 Intrekking of inkrimping van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG?

Indien § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG strijdig worden geacht met het EU-recht, staat Duitsland voor de vraag hoe hiermee om te gaan. Er is een aantal oplossingen denkbaar. De meest gerichte keuze om tot verenigbaarheid van het *Mitbestimmungsrecht* met het EU-recht te komen is het intrekken van onder andere § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG. De *Aufsichtsrat* zou dan,

94 Zie over de gelijkenissen tussen de MitbestG en de DrittelbG bijvoorbeeld Hellwig & Behme 2009; Winter, Marx & De Decker 2015.

95 Vgl. de procedure inzake *Deutsche Börse* bij het Landgericht en Oberlandesgericht Frankfurt am Main – zie hierboven, paragraaf 3.2.

96 Zie bijvoorbeeld over deze mogelijkheid Rödl 2016.

97 HvJ EU 19 januari 2010, ECLI: EU:C:2010:21, C-555/07, r.o. 53, NJ 2010/256, m.nt. M.R. Mok (*Küçükdeveci*).

98 Zie Wissink 2001, p. 258-261.

99 Zie G. Spindler & E. Stilz, *Aktiengesetz*, München: C.H. Beck 2015, § 76, nr. 22-28, § 116, nr. 29. Vergelijk in algemene zin op gelijke wijze HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde, AA 2014, afl. 6, p. 459-465 (AA20140459) m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancon*). Het probleem is derhalve niet dat werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* niet verplicht zijn het vennootschappelijk belang te dienen – dat is reeds het geval – maar dat dit in de praktijk onvoldoende uit de verf komt: werknemersvertegenwoordigers hebben vooral oog voor de belangen van werknemers. Zie daarover M. Staake, ‘Arbeitnehmervertreter als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder?’, NZG 2016, p. 853.

100 Zie bijvoorbeeld § 1 (p. 1) en § 4.1.1 (p. 6) van de Kodex, te raadplegen via www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/2015-05-05_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex.pdf. Ook de Duitse Kodex is wettelijk verankerd; zie § 161 AktienG (vgl. voor Nederland art. 2:391 lid 5 BW).

101 L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2; zie ook L. Timmerman, 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', *WPNR* 2013, afl. 6969, p. 245.

102 K.J. Hopt, 'Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe', *International Review of Law & Economics* 1994, afl. 2, p. 203-214 toont zich bijvoorbeeld gematigd positief over de huidige systematiek. ('It can be seen as an early warning system for social conflicts, and if conflicts arise, it may be an important instrument of collective crisis management.')

103 Van Drunen 2011, onder verwijzing naar K. Pistor, 'Codetermination: A Sociopolitical Model with Governance Externalities', in: M.M. Blair & M.J. Roe, *Employees and Corporate Governance*, Washington DC: Brookings Institution, p. 189-190.

104 K.J. Hopt & P.C. Leyens, 'Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy', *European Company and Financial Law Review* 2004, p. 135-168, die opmerken dat de financiële deskundigheid van werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* in voorkomende gevallen te wensen overlaat.

105 Voor een algemene rechtsvergelijkende analyse in dit kader, zie R. Kraakman e.a. (red.), *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford: OUP 2009, p. 69-72; meer specifiek zie D. Yermack, 'Higher Market Valuation of Companies with a Small Board of Directors', *Journal of Financial Economics (JFE)* 1996/2; T. Eisenberg, S. Sundgren & M.T. Wells, 'Larger board size and decreasing firm value in small firms', *JFE* 1998, p. 35-54. Zie wel de nuancering van J.J.L. Coles, N.D. Daniel & L. Naveen, 'Boards: Does One Size Fits All?', *JFE* 2008, afl. 2, p. 329-356 inzake complexe ondernemingen.

ook in Duitsland, volledig door de algemene vergadering (*Hauptversammlung*) worden aangedragen. Vanuit governance-perspectief heeft dit grote consequenties. Betoogd zou kunnen worden dat dit ten koste gaat van het *stakeholder*-model. Schrapping van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG hoeft echter niet automatisch het einde van het *stakeholder*-model te betekenen. Het is evident dat zulks een grote achteruitgang zou betekenen voor de directe belangenbehartiging van Duitse werknemers, maar naar Duits (vennootschaps)recht wordt de positie van werknemers ook elders behartigd. Zo schrijven § 76 en § 116 AktienG voor dat in het kader van het streven naar langetermijn-waardecreatie werknemersbelangen moeten worden meegewogen.⁹⁹ Eenzelfde benadering hanteert de Duitse Corporate Governance Kodex (Kodex).¹⁰⁰

Het verdwijnen van de directe werknemersvertegenwoordiging in de *Aufsichtsrat* betekent dus dat in het Duitse *corporate governance*-model de belangen van (als het goed is niet alleen Duitse) werknemers op deze meer indirecte manier zullen worden meegewogen. Zoals Timmerman in zijn 'Grondslagen'-oratie heeft opgemerkt, kunnen de pluriforme belangen binnen een vennootschap op twee manieren worden behartigd, via de *structuur* van die vennootschap en via een *belangenafweging* verricht door (functionarissen van) die vennootschap.¹⁰¹ In Duitsland is geopteerd voor de eerste benadering, door opname van verschillende (werknemers)gremia in de *Aufsichtsrat*. Afschaffing hiervan zou voor Duitsland een verschuiving van de eerste naar de tweede benadering betekenen. Dit zou ook een aantal gepercipieerde inefficiënties in het huidige Duitse stelsel adresseren. Hoewel definitief bewijs omtrent het bestaan daarvan lastig te leveren valt,¹⁰² wordt betoogd dat de wijze waarop de *Aufsichtsrat* momenteel samengesteld dient te worden zorgt voor een aantal specifieke governance-problemen. Door een verschuiving van de eerste naar de tweede benadering zouden deze kunnen worden geadresseerd.

In de praktijk zijn er bij Duitse AG's vaak allerlei voorvergaderingen, waarin de verschillende groeperingen in de *Aufsichtsrat* afzonderlijk over onderwerpen spreken, en worden belangrijke beslissingen voorafgaand aan de formele besluitvorming in de *Aufsichtsrat* tussen de verschillende groeperingen 'voorgekookt'. Voorbespre-

kingen tussen vertegenwoordigers van werknemers en aandeelhouders, waardoor de daadwerkelijke gedachtevorming in de vergadering van *Aufsichtsrat* beperkt blijft, zouden bij afschaffing van de werknemersvertegenwoordiging niet langer – althans in mindere mate – voor (hoeven) komen.¹⁰³ Ook door grotere deskundigheid zou de kwaliteit van het toezicht toe kunnen nemen.¹⁰⁴ Bovendien wordt betoogd dat waarde van een vennootschappen met een kleiner bestuur hoger is dan die van vennootschappen met een groter bestuur: zowel de cohesie binnen het bestuur als de productiviteit van bestuursleden zijn namelijk groter respectievelijk hoger.¹⁰⁵ Een kleinere *Aufsichtsrat* zou wellicht beter in staat zijn effectief toezicht te houden, alhoewel toegegeven moet worden dat onduidelijk is in hoeverre de bevindingen analoog kunnen worden toegepast.

Het intrekken van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG zou kunnen leiden tot een meer efficiënte vorm van corporate governance, waarbij ook de belangen van niet-Duitse werknemers beter tot hun recht zouden kunnen komen

Gelet op bovenstaande aandachtspunten zou het intrekken van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG kunnen leiden tot een meer efficiënte vorm van corporate governance, waarbij ook de belangen van niet-Duitse werknemers beter tot hun recht zouden kunnen komen. Derhalve kan betoogd worden dat deze oplossing dogmatisch de voorkeur zou verdienen. Licht anders is de benadering waarin ervoor geopteerd zou worden § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG niet in te *trekken*, maar in te *krimpen*. Dat zou kunnen worden bereikt door inspiratie te putten uit de in paragraaf 1 kort aangeestipte Nederlandse structuurregeling. In deze regeling is opgenomen dat internationale holdings van een concern waarvan een meerderheid van de werknemers buiten Nederland werkzaam is, zijn vrijgesteld van het structuurregime. De Nederlandse OR heeft in dat geval dus geen versterkt aanbevelingsrecht voor een derde van de zetels in de RvC. De regeling voorziet dan in een verzwakt structuurregime, dat dan

van toepassing is op het niveau van de Nederlandse sub-holding. De medezeggenschapsrechten worden dan binnen het concern op het niveau van de Nederlandse sub-holding uitgeoefend.¹⁰⁶ Analoo (min of meer¹⁰⁷) aan de deze Nederlandse regeling, zou, concernrechtelijk één niveau lager, in Duitsland de Duitse sub-holding kunnen worden aangewezen als de vennootschap waarvoor § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG gelden. Aldus zou het recht van werknemers om de helft van de *Aufsichtsrat* aan te dragen weggehaald worden bij de (Duitse) internationale moedermaatschappij. De in Duitsland werkzame werknemers worden dan vertegenwoordigd in een *Aufsichtsrat* die alleen toezicht houdt op de activiteiten en gang van zaken in Duitsland. De regeling heeft hiermee een minder extraterritoriale werking. Een dergelijke regeling is vanuit Europees oogpunt minder problematisch. Het valt immers lastiger te beargumenteren op welke wijze medezeggenschap door in Duitsland actieve werknemers, enkel ten aanzien van de bedrijfsactiviteiten in Duitsland, een (indirecte) schending van artikel 18 en 45 VWEU zou opleveren. Juridisch-technisch vergt een keuze voor deze route een wijziging van de concernbenadering, zoals nu opgenomen in § 5 MitbestG.¹⁰⁸ Dat lijkt ons geen onoverkomelijke drempel.

Het *Mitbestimmungsrecht* kent in Duitsland een lange traditie. Een verschuiving in de sociale verhoudingen zal door werknemers en (met name) vakbonden waarschijnlijk niet licht worden geaccepteerd

Het is echter nog maar zeer de vraag of een en ander, mede vanuit politiek oogpunt, haalbaar zou zijn. Het *Mitbestimmungsrecht* kent in Duitsland een lange traditie. Een zodanige verschuiving in de sociale verhoudingen zal door werknemers en (met name) vakbonden waarschijnlijk niet licht worden geaccepteerd. Vanuit SPD en Die Linke is reeds (kort gezegd) voorgesteld het *Mitbestimmungsrecht* overeenkomstig van toepassing te verklaren op buitenlandse rechtsvormen met activiteiten in Duitsland. De aandacht gaat vooral uit naar de

Limited; door daarin ondernemingsactiviteiten onder te brengen die, wanneer zij in een AG gedreven werden aan § 7 MitbestG onderworpen zouden zijn, zou het *Mitbestimmungsrecht* worden 'ontdoken'.¹⁰⁹

Naast intrekking en inperking van de werkingssfeer van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG kan gedacht worden aan een nieuw te implementeren, meer Gemeenschapsconforme en meer inclusieve benadering van het *Mitbestimmungsrecht*

6.2 Gemeenschapsconforme benadering 'nieuwe stijl'?

Naast intrekking en inperking van de werkingssfeer van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG kan gedacht worden aan een nieuw te implementeren, meer Gemeenschapsconforme en meer inclusieve benadering van het *Mitbestimmungsrecht*, door in een herzien § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG voor te schrijven dat actief en passief kiesrecht voor werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat* ook toekomen aan werknemers van in de EU gevestigde (concern)vennootschappen (en filialen daarvan). Naar het oordeel van het Kammergericht Berlin was Gemeenschapsconforme interpretatie van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG in de huidige opzet niet mogelijk, gelet op de expliciete bedoeling van de wetgever (paragraaf 3.4). In eerdere uitspraken (zie paragraaf 3.1-3.3) werd daar minder afhoudend over geoordeeld. Niet uit te sluiten valt dat het oordeel van het Kammergericht Berlin tot doel had de gang naar het HvJ EU te forceren.

Aanpassing van het *Mitbestimmungsrecht* in deze Gemeenschapsconforme zin zou gezien kunnen worden als een uitvloeisel van het evenredigheidsdenken in het ondernemingsrecht.¹¹⁰ Dat deze route gevolgd zou worden achten wij, gelet op de politieke dimensie van het *Mitbestimmungsrecht*, niet onwaarschijnlijk. Aldus blijven werknemers immers vertegenwoordigd in de *Aufsichtsrat* van de concernhoudster. Bovendien zou op die manier een (privaat) wetsontwerp (hierna: MitbestG-E), opge-

¹⁰⁶Zie art. 2:153 lid 3 sub b BW en art. 2:155 lid 1 sub a BW. Zie voor dit aspect van het verzwakt structuurregime M.J. van Ginneken, 'Het congres "Het SER-advies over de structuurregeling en corporate governance"', *Ondernemingsrecht* 2001, afl. 8, p. 239-242; L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 305-313. Zie over de systematiek van de vrijstellingen voor internationale holdings en het verzwakt structuurregime op het niveau van de Nederlandse sub-holding Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/542-554.

¹⁰⁷Betoogd is dat 'analoge toepassing van een leerstuk naar zijn aard een hachelijk avontuur is, omdat [...] ongelijke monniken gelijke kappen krijgen opgezet.' Th.C.J.A. van Engelen, 'Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever', in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 184, tevens verschenen in *Ars Aequi* 2015, afl. 5 (AA20150405).

¹⁰⁸Zie voetnoot 17.

¹⁰⁹Hellwig & Behme 2011, onder verwijzing naar *BT-Drucksache* 17/1413, 21 april 2010 en *BT-Drucksache* 17/2122, 16 juni 2010, die aantekenen dat het plan van SPD en Die Linke eveneens op gespannen voet lijkt te staan met het EU-recht; vergelijk H.-J. Hellwig & C. Behme, 'Gemeinschaftsrechtswidrigkeit und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts in der deutschen Unternehmensmitbestimmung', *ZIP* 2010, p. 871. Zie ook voetnoot 7. Ook dit plan roept overigens vergelijkingen op met de Wfbv.

¹¹⁰M.J. van Ginneken & L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011/123: 'Het [evenredigheids]beginsel, TK & MvG] wil bereiken dat bevoegdheden niet verder worden uitgeoefend dan nodig is en relativiseert dus de absolute uitoefening van bevoegdheden.'

steld in 2009 door de Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung, verbonden aan de Goethe Universität Frankfurt am Main, herleven – het werd toentertijd verworpen door vakbondsorganisaties.¹¹¹ § 33b MitbestG-E geeft een regeling om actief en passief kiesrecht voor de *Aufsichtsrat* uit te breiden tot werknemers van filialen en vennootschappen gevestigd in andere EU-lidstaten. Interessant is dat § 33b (3) MitbestG-E zelfs de mogelijkheid biedt om werknemers actief *buiten* de EU in de *Aufsichtsrat* te laten vertegenwoordigen – dat kan binnenkort geen overbodige luxe blijken te zijn; vergelijk de casus *TUI II* inzake de Britse werknemers (paragraaf 3.4). Zelfs in die benadering zouden echter ruim 27.000 werknemers – een derde van het totaal – die niet in de EU werkzaam zijn, niet vertegenwoordigd zijn in de *Aufsichtsrat*. Zou dat, abstraherend van het positieve juridische element, binnen een organisatie niet eveneens tot onevenwichtige belangenafweging kunnen leiden? Het is vanuit het concern bezien moeilijk te beargumenteren waarom de niet in de EU werkzaam zijnde werknemers minder rechten en vertegenwoordiging verdienen dan de in de EU werkzame werknemers. Deze onevenwichtigheid zal zich meer doen voelen naarmate er meer werknemers buiten de EU werkzaam zijn. Het principiële punt, dat slechts een beperkt aantal werknemers recht heeft op vertegenwoordiging in de *Aufsichtsrat*, wordt hiermee niet opgelost. In plaats van niet-Duitse werknemers worden nu niet EU-werknemers uitgesloten.

Het MitbestG-E vormt een interessante, maar ook tamelijk complexe regeling. Zo mag een lidstaat voor iedere 10% van de concernwerknemers die aldaar werkzaam zijn een lid van het ‘Besondere Verhandlungsgremium’ benoemen (§ 33d MitbestG-E). Dat ‘Gremium’ dient ex § 33c MitbestG-E een ‘Mitbestimmungsvereinbarung’ met de vennootschap te sluiten. Aldus wordt enigszins aangesloten bij de regeling die geldt voor omzetting van een AG in een Societas Europaea (SE). Tenzij de verkleining van de *Aufsichtsrat*, zoals voorzien in § 7 MitbestG-E, ook doorgevoerd zou worden, blijft de kans, zoals die door het HvJ EU kan worden aangediend om de effectiviteit van de *Aufsichtsrat* te vergroten, echter onbenut. De overgang van de DrittelbG naar de MitbestG kan zelfs (wellicht onbedoeld) het aantal vertegenwoordigers van werknemers in de *Aufsichtsrat*

vergroten (vergelijk paragraaf 3.2), wanneer vennootschappen waarop momenteel de DrittelbG op van toepassing is (of die daarvan zijn vrijgesteld) onder de MitbestG komen te vallen. Derhalve zou een Gemeenschapsconforme herziening van het *Mitbestimmungsrecht* wellicht ook gepaard dienen te gaan met een wijziging van de getalsmatige criteria van § 1 en § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG. Op die manier zou de status quo behouden kunnen worden.

Als het medezeggenschapsrecht in zijn huidige vorm in strijd zou worden geacht met het Europese recht zou dit een aardverschuiving betekenen

7 Conclusie

In deze bijdrage zijn de prejudiciële vragen van het Kammergericht Berlin in de zaak *Erzberger (TUI II)*, inzake de verenigbaarheid van (de interpretatie van) § 7 MitbestG met artikel 18 en 45 VWEU, en de daaraan voorafgaande Duitse nationale jurisprudentie geanalyseerd. Daartoe is in paragraaf 2 ingegaan op de status van de *Aufsichtsrat* en de verschillende – ingewikkelde – regelingen die de wettelijke basis vormen voor de in- en samenstelling daarvan.

In paragraaf 3 kwam aan de orde dat verschillende malen gepoogd is § 7 MitbestG in de huidige opzet aan te tasten, evenwel met verschillende doelen: Gemeenschapsconforme interpretatie (alle EU-werknemers krijgen stemrecht voor de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat*), dan wel buitenwerkingstelling van de regeling (geen werknemersvertegenwoordiging meer in de *Aufsichtsrat*, alle leden worden door aandeelhouders benoemd). Het verweer dat de *Statusverfahren*-procedure ongeschikt zou zijn om de verenigbaarheid van § 7 MitbestG met artikel 18 en 45 VWEU te beoordelen vormde een bijkomende (procedurele) hobbel. Deze werd geslecht bij het Landgericht München. Wij zijn in paragraaf 4 overgegaan tot een meer inhoudelijke beoordeling van de Europese merites van § 7 MitbestG. Het lijkt erop dat § 7 MitbestG in de huidige vorm het Europees recht schendt. Dat heeft zowel op korte als op lange termijn consequenties voor de Duitse rechtsorde.

¹¹¹Zie http://safe-frankfurt.de/uploads/media/baums_entwurf_einer_regelung_zur_mitbestimmungsvereinbarung.pdf voor het MitbestG-E, waarover Hellwig & Behme 2010. Vergelijk over eerdere initiatieven tot hervorming Du Plessis e.a. 2007, p. 187-189.

Op kortere termijn is de vraag wat dit zou betekenen voor een zittende *Aufsichtsrat* (dat zijn er vele). Wij zouden ervoor willen pleiten, gelet op de schakeling in het Duitse recht van vertegenwoordiging van werkgevers en werknemers in de *Aufsichtsrat* en met het oog op toekomstige wetgevingsinitiatieven, § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG voor nieuwe benoemingen niet langer toe te passen, maar een zittende *Aufsichtsrat* de termijn te laten vervolmaken. Belangrijker nog zijn de mogelijke consequenties voor de Duitse rechtsorde op langere termijn. Als het medezeggenschapsrecht in zijn huidige vorm in strijd zou worden geacht met het Europese recht zou dit een aardverschuiving betekenen. Wij hebben in paragraaf 6 vanuit rechtspolitiek en governanceperspectief twee mogelijke oplossingen beoordeeld, die men in Duitsland zou kunnen kiezen. De eerste is het afstappen van werknemersvertegenwoordiging in de *Aufsichtsrat* en de leden van de *Aufsichtsrat* volledig door aandeelhouders te laten benoemen. Dat zou niet meteen betekenen dat men in Duitsland af zou stappen van de *stakeholder*-benadering, en zou zelfs kunnen leiden tot een efficiëntere corporate governance. De belangen van werknemers (niet alleen Duitse) zouden dan wel op een veel minder directe manier worden behartigd, bijvoorbeeld via het algemene richtsnoer dat de leden van de *Vorstand* en de *Aufsichtsrat* zich bij het uitoefenen van hun taken moeten richten op langetermijnwaardecreatie, waarbij ook de belangen van werknemers in acht dienen te worden genomen. Het bovenstaande zou kunnen worden aangevuld met toepassing van § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG op een niveau 'lager', dat wil zeggen ten aanzien van de Duitse sub-holding. Op die manier wordt een resultaat bereikt 'analoog' aan het verzwakt structuurregime zoals dat in Nederland geldt, waarbij de medezeggenschapsrechten van Nederlandse werknemers worden uitgeoefend op het niveau van de Nederlandse sub-holding, en niet op het niveau van de internationale holding van het gehele concern.

De tweede optie is dat § 7 MitbestG en § 4 DrittelbG op Gemeenschapsconforme wijze worden herzien, zodat aan werknemers van (concern)vennootschappen en fili-

alen daarvan gevestigd in de EU ook actief en passief kiesrecht voor de *Aufsichtsrat* toekomt. Deze optie lijkt, mede vanuit politiek oogpunt, waarschijnlijker. De vraag is dan of deze lijn dan niet doorgetrokken dient te worden naar werknemers van vennootschappen en filialen in derde landen. Het principiële punt, dat werknemersvertegenwoordigers slechts door een bepaald deel van de werknemers worden verkozen, wordt voor internationale concerns hiermee immers niet opgelost, maar slechts verschoven.

De vraag is of de zaak *Erzberger (TUI II)* ook consequenties heeft voor het Nederlandse structuurregime

Keren wij terug vanuit Duitsland – of zo men daarheen reeds mentaal was afgereisd: Luxemburg – dan doemt de vraag op of de zaak *Erzberger (TUI II)* ook consequenties kan hebben voor het Nederlandse structuurregime. Hoewel wij zulks niet op voorhand uitsluiten, is het op dit punt lastig conclusies te trekken: de Duitse en de Nederlandse regeling zijn verschillend. Daarbij biedt het structuurregime op het eerste gezicht een meer genuanceerd beeld dan het Duitse *Mitbestimmungsrecht*. Zoals uiteengezet in paragraaf 1 kent de OR een versterkt aanbevelingsrecht voor een derde van de zetels in de RvC. In beginsel gelden wat betreft het actief en passief kiesrecht voor 'werknemerscommissarissen' geen aanvullende vereisten (nationaliteit of lidstaat van werkzaamheden). Bovendien kennen wij in Nederland het al genoemde verzwakt structuurregime voor internationaal opererende ondernemingen. In principe zullen concerns, waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn, dit verzwakt regime toepassen. Dit houdt in dat de RvC wordt ingesteld op het niveau van de Nederlandse sub-holding, waardoor het discriminatoir karakter minder nadrukkelijk lijkt. Op deze manier lopen wij echter wat te ver op de feiten vooruit. Het is eerst aan het HvJ EU om meer duidelijkheid te verschaffen. Wij wachten met gepaste interesse af.