



Datum van inontvangstneming : 07/12/2015

**Zaak C-566/15**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

3 november 2015

**Verwijzende rechter:**

Kammergericht Berlin (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

16 oktober 2015

**Verzoekende partij:**

Konrad Erzberger

**Verwerende partij:**

Tui AG

---

**KAMMERGERICHT**

**Beschikking**

[OMISSIS]

16. 10. 15

[OMISSIS]

In het geding tussen Erzberger en TUI AG

I. De beslissing over het beroep van verzoeker tegen de beschikking van het Landgericht Berlijn van 1 juni 2015 [OMISSIS] wordt geschorst.

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Is het verenigbaar met artikel 18 VWEU (discriminatieverbod) en artikel 45 VWEU (vrij verkeer van werknemers) dat een lidstaat het actief en passief kiesrecht voor de vertegenwoordigers van de werknemers in het toezichthoudende orgaan van een onderneming voorbehoudt aan de werknemers die in binnenlandse

vestigingen van de onderneming of in binnenlandse concernondernemingen zijn tewerkgesteld?

[Or. 2]

## Motivering

### I.

- 1 Tussen partijen is in geschil of de raad van toezicht van verweerster correct is samengesteld. Verzoeker verzoekt de rechter vast te stellen dat de raad van toezicht van verweerster uitsluitend mag worden samengesteld uit door de aandeelhouders aangewezen leden.

Verzoeker is aandeelhouder van verweerster. Verweerster is een touroperator met zetel te Berlijn en Hannover. Tezamen met verschillende van haar afhankelijke ondernemingen (hierna: „concernondernemingen”) vormt zij een concern. Verweerster en de concernondernemingen zijn wereldwijd actief. Zij hebben in Duitsland ongeveer 10 103 werknemers in dienst en in de [andere] lidstaten van de Europese Unie (hierna: „Unie”) ongeveer 39 536 werknemers.

- 2 Het Duitse Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer van 4 mei 1976 (BGBI. I, blz. 1153) (wet inzake de medezeggenschap van werknemers, Mitbestimmungsgesetz; hierna: „MitbestG”), verleent een medezeggenschapsrecht aan werknemers van verweerster. In uitvoering van het MitbestG, moet de raad van toezicht van verweerster voor de helft uit leden van de raad van toezicht van haar werknemers zijn samengesteld.

De raad van toezicht van verweerster telt twintig leden. Van deze leden moeten er dus tien door de werknemers worden aangewezen (overeenkomstig het MitbestG worden ook de werknemers van de concernondernemingen geacht werknemers van verweerster te zijn). Krachtens § 7, lid 2, punt 3, van het MitbestG moeten zeven van de tien door de werknemers aan te wijzen leden, werknemers van verweerster zijn (de overige drie zijn vertegenwoordigers van vakbonden).

Volgens de heersende opvatting worden in Duitsland uitsluitend de werknemers van binnenlandse bedrijven als „werknemer” beschouwd [OMISSIS]. Dit [Or. 3] blijkt weliswaar niet uit de bewoordingen van het MitbestG, maar volgt uit het „territorialiteitsbeginsel” in samenhang met de ontstaansgeschiedenis van het MitbestG. Overeenkomstig het „territorialiteitsbeginsel” kan de Duitse sociale ordening niet gelden op het grondgebied van andere staten [OMISSIS]. De bedoeling van de Duitse wetgever om de in een [andere] lidstaat werkzame werknemers niet in de (concern-)medezeggenschap te betrekken, wordt echter afgeleid uit een verslag van de commissie voor arbeid en sociale zaken van de Bundestag van 10 maart 1976 [OMISSIS]. Dat stelt onder meer:

„In de commissie bestond er eensgezindheid [OMISSIS] over het feit dat de in het wetsontwerp bepaalde inspraakrechten uitsluitend toekomen aan werknemers van de in de Bondsrepubliek gelegen vestigingen van deze ondernemingen”.

De leden van de raad van toezicht van de werknemers worden aangewezen door „afgevaardigden”. § 10 MitbestG in samenhang met §§ 7 en 8 van het Duitse Betriebsverfassungsgesetz in de versie van 25 september 2001 (BGBI. I, blz. 2518) (wet inzake de organisatie van ondernemingen; hierna: „BetrVG”), regelt de manier waarop die afgevaardigden worden aangewezen. Deze bepalingen luiden als volgt:

#### § 10 MitbestG

- (1) In geheime stemming en overeenkomstig de beginselen van de evenredige vertegenwoordiging kiezen de werknemers afgevaardigden in iedere vestiging van de onderneming.
- (2) Stemgerechtigd bij de verkiezing van de afgevaardigden zijn de werknemers van de onderneming die het 18e levensjaar hebben voltooid. § 7, tweede zin, van het BetrVG is van overeenkomstige toepassing.
- (3) De in lid 2, eerste zin, bedoelde werknemers zijn verkiesbaar als afgevaardigden, wanneer zij voldoen aan de overige voorwaarden voor verkiesbaarheid van § 8 BetrVG.
- (4) Wanneer voor een verkiezing slechts één lijst wordt voorgedragen, dan gelden de daarin vermelde werknemers in de aangegeven volgorde als verkozen. § 11, lid 2, is van toepassing.

#### § 7 BetrVG

Stemgerechtigd zijn alle werknemers van het bedrijf die het 18e levensjaar hebben voltooid. Gedetacheerde werknemers van een andere werkgever zijn stemgerechtigd wanneer zij langer dan drie maanden in het bedrijf werken.

#### [Or. 4]

#### § 8 BetrVG

- (1) Verkiesbaar zijn alle stemgerechtigden die reeds zes maanden voor het bedrijf werken, of die als thuiswerkende werknemer reeds zes maanden hoofdzakelijk voor het bedrijf hebben gewerkt. Aan deze zes maanden anciënniteit wordt de tijd toegevoegd waarin de werknemer onmiddellijk voordien bij een ander bedrijf van dezelfde onderneming of concern [§ 18, lid 1, van het Aktiengesetz (wet op de naamloze vennootschappen; hierna: „AktG”)] heeft gewerkt. Wie wegens een strafrechtelijke veroordeling niet kan worden verkozen bij algemene verkiezingen, is niet verkiesbaar.

(2) Wanneer het bedrijf nog geen zes maanden bestaat, zijn in afwijking van de bepaling in lid 1 betreffende de zes maanden anciënniteit, de werknemers verkiesbaar die bij de start van de verkiezingen voor de ondernemingsraad in het bedrijf werkzaam zijn en de overige verkiesbaarheidsvoorwaarden vervullen.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht (federaal hof voor arbeidsgeschillen) vindt het BetrVG geen toepassing op buitenlandse vestigingen van Duitse ondernemingen [OMISSIS].

- 3 De in punt 2 uiteengezette standpunten aangaande het MitbestG en het BetrVG hebben tot gevolg dat **alleen in Duitsland tewerkgestelde werknemers de leden van de raad van toezicht van de werknemers kunnen kiezen, zelf als afgevaardigde verkiesbaar zijn, en lid van de raad van toezicht van verweerster kunnen worden** [OMISSIS]. Voorts moet een werknemer de raad van toezicht verlaten wanneer hij weliswaar bij verweerster of een concernonderneming is tewerkgesteld, maar in een andere lidstaat gaat werken.
- 4 § 98 AktG voorziet in de mogelijkheid te verzoeken om een rechterlijke beslissing in geval van een geschil betreffende de wettelijke voorschriften die toepassing vinden bij de samenstelling van de raad van toezicht (hierna: „Statusverfahren”). Verzoeker maakt gebruik van deze mogelijkheid.

**[Or. 5]**

- 5 Verzoeker meent dat de raad van toezicht van verweerster onjuist is samengesteld. Bij de samenstelling ervan had het MitbestG niet mogen worden toegepast. De Duitse bepalingen over de medezeggenschap maken inbreuk op het Unierecht. Deze inbreuk kan Unierechtelijk niet worden gerechtvaardigd. Vooreerst is er een onrechtstreekse inbreuk op artikel 18 VWEU. De in de andere lidstaten tewerkgestelde werknemers van verweerster worden op grond van hun nationaliteit gediscrimineerd. In tegenstelling tot de in Duitsland tewerkgestelde werknemers kunnen zij de raad van toezicht van verweerster niet kiezen en hierin ook niet worden gekozen. Voorts is volgens de criteria van de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 27 januari 2000, Graf, C-190/98, punt 18, [ECLI:EU:C:2000:49] en 15 december 1995, Bosman, C-415/93, [ECLI:EU:C:1995:463] het artikel 45 VWEU geschonden. Wanneer tot dusver in Duitsland werkzame werknemers gaan werken in een vestiging van verweerster of een concernonderneming in een [andere] lidstaat, zouden zij de mogelijkheid verliezen de raad van toezicht te kiezen of zelf in de raad van toezicht te worden verkozen. Deze omstandigheid maakt voor de in Duitsland werkzame werknemers of werkneemsters een overplaatsing naar een [andere] lidstaat „minder aantrekkelijk”.
- 6 Verweerster meent daarentegen in wezen dat de Duitse bepalingen betreffende medezeggenschap Unierechtelijk gezien niet voor kritiek vatbaar zijn. Van een discriminatie in de zin van artikel 18 VWEU is reeds geen sprake, omdat het

Unierecht geen toepassing vindt. In ieder geval is er geen discriminatie op grond van nationaliteit. Evenmin is er schending van het vrije verkeer. Het kiesrecht en de verkiesbaarheid in de raad van toezicht behoren niet tot de „arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 45, lid 2, VWEU. In ieder geval wordt het vrije verkeer niet op grond van nationaliteit beperkt. Verder staat niet vast dat een werknemer zich, bij de beslissing om zijn werkplek naar een [andere] lidstaat te verplaatsen, laat beïnvloeden door het verlies van zijn kiesrecht of zijn verkiesbaarheid in de raad van toezicht. Eventuele schendingen van het Unierecht zouden in ieder geval gerechtvaardigd zijn.

- 7 Bij beschikking van 12 mei 2015 oordeelde het in eerste aanleg geadieerde Landgericht (regionaal gerecht) [OMISSIS] dat er geen sprake was van een schending van het Unierecht door de Duitse [Or. 6] bepalingen over medezeggenschap. Er is geen sprake van discriminatie maar wel van een „onrechtstreeks gevolg”, waarop het Unierecht niet van toepassing is. Ook een schending van het vrije verkeer van werknemers is niet vast te stellen. Het met een wisseling in voorkomend geval gepaard gaande verlies van kiesrecht maakt geen ernstige hindernis uit voor werknemers noch een belangrijk element van de beslissing om te gaan werken in een [andere] lidstaat.
- 8 Ook het Landgericht Landau in der Pfalz (regionaal gerecht Landau in der Pfalz) heeft bij beschikking van 18 september 2013 [OMISSIS] in een „Statusverfahren” een verzoek van verzoeker om vast te stellen dat de raad van toezicht niet rechtmatig was samengesteld gelet op de artikelen 18 en 45 VWEU afgewezen. Net zoals het Landgericht Berlijn (regionaal gerecht Berlijn), heeft het aangenomen dat de omstandigheid dat de in andere Europese lidstaten tewerkgestelde werknemers van verweerster in die zaak, Hornbach Baumarkt AG, actief noch passief kiesgerechtigd zijn, het Unierecht niet schendt. Het OLG Zweibrücken (regionale appelrechter Zweibrücken) heeft bij beschikking van 2 februari 2014 [OMISSIS] de tegen deze beslissing gerichte bezwaren afgewezen. Het is van oordeel dat de procedure van § 98 AktG overigens „ongeschikt” is om de „gerezen vragen” te beantwoorden. Bovendien kan een eventuele schending van het Unierecht door de Duitse bepalingen betreffende medezeggenschap hoogstens leiden tot een Unierechtconforme uitlegging.

Bij beschikking van 27 augustus 2015 heeft ook het LG München I (regionaal gerecht München I) [OMISSIS] een verzoek afgewezen in een „Statusverfahren” om vast te stellen dat, gelet op de artikelen 18 en 45 VWEU, een raad van toezicht niet rechtmatig was samengesteld. Ook volgens deze rechter schenden de bepalingen van het MitbestG het Unierecht niet.

Daarentegen besliste het LG Frankfurt a. M. [OMISSIS] bij beschikking van 16 februari 2015 dat in het buitenland tewerkgestelde werknemers niet van medezeggenschap zijn uitgesloten en bijgevolg aan de verkiezing van werknemersvertegenwoordigers in de raad van toezicht kunnen deelnemen.

**[Or. 7]**

- 9 [OMISSIS] [Verwijzingen naar Duitse auteurs, die het standpunt van verzoeker delen.]
- 10 [OMISSIS] [Verwijzingen naar Duitse auteurs, die het standpunt van verweerster delen.]
- 11 Het rapport van de Reflection Group on the Future of European Company Law 2011 (reflectiegroep over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht) ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)) vermeldt de Duitse medezeggenschap in verband met discriminatie van werknemers uit andere EU-lidstaten in strijd met het Unierecht.

**II.**

- 12 De beslissing van de Senat over het beroep hangt af van de beantwoording van de aan het Hof van Justitie gestelde vraag. Wanneer de uitlegging van verzoeker en de meest courante rechtsleer worden gevolgd, dan zou het Duitse medezeggenschapsrecht wegens schending van het Unierecht niet of slechts gedeeltelijk toepasbaar zijn, en zou de vordering volledig of gedeeltelijk moeten worden toegewezen. Wanneer echter de uitlegging van verweerster wordt gevolgd, dan zou de vordering moeten worden afgewezen.
- 13 Volgens de Senat is een schending van het Unierecht mogelijk. Hij acht het denkbaar dat werknemers door de Duitse medezeggenschapsregelingen op grond van nationaliteit worden gediscrimineerd. In tegenstelling tot de in Duitsland tewerkgestelde werknemers kunnen de in een (andere) lidstaat tewerkgestelde werknemers, die gewoonlijk geen Duitser zijn, de raad van toezicht van verweerster niet kiezen en hierin ook niet worden gekozen en zijn zij bijgevolg in haar raad van toezicht onvoldoende vertegenwoordigd.

**[Or. 8]**

Om die reden is het momenteel bijvoorbeeld mogelijk dat bij bedrijfsmatige beslissingen die gevolgen hebben in het binnenland en in de [andere] lidstaten en waaraan de raad van toezicht deelneemt, eenzijdig rekening wordt gehouden met de belangen van de in het binnenland tewerkgestelde werknemers. Dat is in het onderhavige geval ook van belang omdat ongeveer 4/5 van de werknemers van verweerster in de [andere] lidstaten is tewerkgesteld. Een afdoende rechtvaardiging hiervoor kan niet worden gevonden. Voorts zijn er geen redenen om uit te sluiten dat de in een [andere] lidstaat tewerkgestelde werknemers dezelfde behandeling krijgen als de in het binnenland tewerkgestelde werknemers wat betreft medezeggenschap, en dat deze aan de medezeggenschap deelnemen.

Bovendien is het volgens de Senat in ieder geval voorstelbaar dat de Duitse medezeggenschapsbepalingen afbreuk doen aan het vrije verkeer van werknemers.

Vanwege het dreigende verlies van hun lidmaatschap in een toezichhoudend orgaan, kunnen de huidige Duitse bepalingen in voorkomend geval werknemers ontmoedigen om te solliciteren naar feitelijk aangeboden posten en zich daartoe vrij te verplaatsen op het grondgebied van de lidstaten.

- 14 De Senat is van oordeel dat het niet mogelijk is om eventuele schendingen te verhelpen door een Unierechtconforme uitlegging. De Senat ziet niet in, en de partijen hebben evenmin uiteengezet, hoe de schendingen bij een andere interpretatie van de Duitse medezeggenschapsbepalingen kunnen worden vermeden. In ieder geval komt het aan de wetgever toe te bepalen hoe de medezeggenschap voor de in [andere] lidstaten tewerkgestelde werknemers in voorkomend geval moet worden geregeld.

[OMISSIS]

[Ondertekeningen]