

Fusiegedragsregels 2015

Rapport van bevindingen



Fusiegedragsregels 2015

Rapport van bevindingen

Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad (SER) adviseert het kabinet en het parlement over de hoofdlijnen van het te voeren sociaal en economisch beleid en over belangrijke wetgeving op sociaal-economisch terrein. Ook is de SER betrokken bij de uitvoering van enkele wetten.

De SER is in 1950 bij wet ingesteld. Zitting in de SER hebben vertegenwoordigers van ondernemers en van werknemers, en kroonleden (onafhankelijke deskundigen). De raad is een onafhankelijk orgaan dat door het gezamenlijke Nederlandse bedrijfsleven wordt gefinancierd.

De SER wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door een aantal vaste en tijdelijke commissies. Enkele vaste commissies zijn onder bepaalde voorwaarden ook zelfstandig werkzaam.

Actuele informatie over de samenstelling en de werkzaamheden van de SER en zijn commissies, persberichten en het laatste nieuws zijn te vinden op de website van de SER. Ook alle adviezen die sinds 1950 zijn verschenen, zijn daar te vinden. Adviezen van de laatste jaren zijn ook in gedrukte vorm verkrijgbaar. Het SERmagazine brengt maandelijks nieuws en achtergrondinformatie over de SER, de overleconomie en belangrijke sociaal-economische ontwikkelingen.

Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag
T 070 3499 499
E communicatie@ser.nl
www.ser.nl

©2015, Sociaal-Economische Raad

Alle rechten voorbehouden

Overname van teksten is toegestaan onder bronvermelding

Inhoudsopgave

1	Inleiding	7
1.1	Algemeen	7
1.2	Doel en strekking Fusiegedragsregels	7
1.3	Werkwijze Commissie Herziening Fusiegedragsregels	10
1.4	Twee categorieën van bevindingen van de Commissie Herziening Fusiegedragsregels	11
2	Bevindingen over aard, inhoud en reikwijdte van de Fusiegedragsregels	13
2.1	Algemeen	13
2.2	De twee indicatoren voor ‘bedrijfsleven’	13
2.3	Aanknopingspunten voor afbakening ‘bedrijfsleven’	14
2.4	De ontwikkeling van (het denken over) de invulling van het begrip ‘bedrijfsleven’	18
2.5	Conclusie: wat wordt gerekend tot ‘het bedrijfsleven’?	20
2.6	Het bereik van de Fusiegedragsregels	21
2.7	Uitwerking ruime taakopvatting SER bij Fusiegedragsregels en werkingssfeer Fusiegedragsregels: hoe?	24
2.8	Bemiddelingsregeling in Fusiegedragsregels?	28
3	Bevindingen over specifieke bepalingen van de Fusiegedragsregels	31
3.1	Begrip ‘werknemer’	31
3.2	Begrip ‘fusie’	33
3.3	Procedure van kennisgeving, informatie en overleg	35
3.4	Openbare biedingen	36
3.5	Geleidelijke aankoop ter beurze	39
3.6	Geheimhouding	40
3.7	Aanvangstijdstip klachttermijn geschillenprocedure	42
3.8	Rol en taak SER-secretariaat	44
3.9	Redactionele verbeteringen	46
	Bijlagen	53
1	Samenstelling Commissie Herziening Fusiegedragsregels	53
2	Lijst van deelnemers aan de consultatie februari 2014	55



Rapport van bevindingen

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Het SER-besluit Fusiegedragsregels is op 15 mei 1970 door de Sociaal-Economische Raad ('SER') vastgesteld (inwerkingtreding op 19 juni 1970). De fusiegedragsregels zijn laatstelijk gewijzigd in 2000 (inwerkingtreding 5 september 2001) ('Fusiegedragsregels').

Inmiddels is ruim een decennium verstreken sinds de laatste herziening van de Fusiegedragsregels. Gelet op het tijdsverloop sinds deze herziening en de maatschappelijke ontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan (zoals marktwerking en flexibele arbeidsrelaties), heeft het Dagelijks Bestuur (DB) van de SER het wenselijk geacht de huidige Fusiegedragsregels te evalueren. Het DB heeft de ad hoc Commissie Herziening Fusiegedragsregels ('commissie') op 15 november 2013 ingesteld en aan de commissie gevraagd een inventarisatie te maken van mogelijke knelpunten en verbeterpunten in de Fusiegedragsregels. De commissie, onder voorzitterschap van kroonlid prof.dr. E.J.J. (Hans) Schenk, heeft haar werkzaamheden aangevangen op 10 februari 2014¹.

In dit rapport worden de werkzaamheden en bevindingen van de commissie toegelicht. Het rapport is als volgt opgebouwd: (1) inleiding, (2) bevindingen over aard, inhoud en reikwijdte van de Fusiegedragsregels en (3) bevindingen over specifieke bepalingen van de Fusiegedragsregels².

1.2 Doel en strekking Fusiegedragsregels

Totstandkomingsgeschiedenis Fusiegedragsregels

Naar aanleiding van een adviesaanvraag van de Minister van Justitie over de wenselijkheid van gedragsregels bij de totstandkoming van fusies, zijn op

1 Zie ook het persbericht van dezelfde datum op:

<http://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2010-2019/2014/20140210-ser-fusiegedragsregels-2000.aspx>.

2 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zich tezamen met de Stichting van de Arbeid in een klankbordgroep bezig houdt met het effectueren van de afspraken uit het Sociaal Akkoord van 11 april 2013. Eén van die afspraken betreft de mogelijkheid de Wet overgang van onderneming aan te passen om te verzekeren dat bij transities van ondernemingen, waaronder ook aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement en pre-pack, de werknemers die het desbetreffende werk doen het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen. Als de regelgeving over overgang van onderneming wordt aangepast in verband met schijnfaillissement en pre-pack kan dat ook van (toekomstige) invloed zijn op (de toepasselijkheid van) de Fusiegedragsregels bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement en pre-pack.

15 mei 1970 door de SER fusiegedragsregels vastgesteld. Op 19 juni 1970 zijn deze fusiegedragsregels in werking getreden. Nadien zijn deze fusiegedragsregels diverse malen herzien³.

In zijn vergadering van 17 maart 2000 heeft de SER het ‘SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van werknemers’ (‘SER-besluit Fusiegedragsregels 2000’) vastgesteld⁴. Het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000, dat in werking trad op 5 september 2001, kwam in de plaats van het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975. Het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 was het vervolg op het advies dat de SER in 1996 eigener beweging uitbracht over door hem wenselijk geachte wijzigingen in het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975⁵.

Doel

Het oorspronkelijke doel van de in 1970 geïntroduceerde fusiegedragsregels was erin gelegen de belangen van zowel aandeelhouders als werknemers te beschermen bij een voorgenomen fusie. Bij de herziening van de fusiegedragsregels in 2000 zijn de bepalingen die betrekking hebben op de bescherming van aandeelhoudersbelangen opgenomen in de Wet openbare biedingen op effecten en het Besluit openbare biedingen op effecten⁶. De bescherming van aandeelhoudersbelangen is sindsdien bij wet geregeld.

Vanaf de herziening in 2000 richten de Fusiegedragsregels zich (uitsluitend) op bescherming van werknemersbelangen bij een voorgenomen fusie. Zij hebben tot doel een waarborg te scheppen voor het overwegen van een fusie tussen (één of meerdere onderdelen van) ondernemingen en waar een vereniging van werknemers betrokken is, in die zin dat de vereniging van werknemers tijdig van de voorgenomen fusie in kennis wordt gesteld, zodat zij in het belang van haar leden en andere in de onderneming(en) werkzame personen haar visie op de voorgenomen fusie en de gevolgen daarvan kenbaar kan maken.

3 De fusiegedragsregels zijn herzien op: 25 juni 1971 (inwerkingtreding 13 september 1971), 21 november 1975 (inwerkingtreding 1 april 1976), 19 maart 1988 (inwerkingtreding 2 mei 1988), 16 februari 1990 (inwerkingtreding 1 maart 1990), 21 december 1990 (inwerkingtreding 15 januari 1991), 17 maart 2000 (inwerkingtreding 5 september 2001).

4 *Staatscourant* (2001) 175 (inwerkingtreding 5 september 2001).

5 SER (1996) *Advies Herziening van de fusiecode*, Den Haag : Sociaal-Economische Raad.

6 Thans opgenomen in: Wet op het financieel toezicht (Wft) en Besluit openbare biedingen Wft (Bob Wft).

Kern van de Fusiegedragsregels

De kern van de Fusiegedragsregels is dat bij een fusie die binnen het bereik van de Fusiegedragsregels valt (zie hierna, onder *Toepassingsgebied Fusiegedragsregels*), de fusiepartijen de betrokken verenigingen van werknemers tijdig in kennis stellen van een voorgenomen fusie, informatie daarover verstrekken en hen de gelegenheid bieden hun oordeel te geven vanuit het gezichtspunt van de in de onderneming werkzame personen. Met ‘tijdig’ wordt bedoeld: vóórdát overeenstemming over de fusie wordt bereikt. De fusiepartijen dienen hieraan op zodanige wijze uitvoering te geven dat het oordeel van de verenigingen van werknemers van *wezenlijke invloed* kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. De fusiepartijen stellen de betrokken ondernemingsraden in de gelegenheid kennis te nemen van het oordeel van de verenigingen van werknemers, zodat die ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies als bedoeld in artikel 25, van de Wet op de ondernemingsraden (‘WOR’).

Op het moment dat de betrokken verenigingen van werknemers in kennis worden gesteld, zijn de fusiepartijen tevens verplicht de SER in kennis te stellen van de fusie die in voorbereiding is.

Zowel een vereniging van werknemers als een bij de fusie betrokken partij kan bij de door de SER ingestelde Geschillencommissie Fusiegedragsregels (‘Geschillencommissie’) een klacht indienen over niet- of niet-behoorlijke naleving van de Fusiegedragsregels. De Geschillencommissie is lijdelijk; een geschil wordt – uitsluitend op verzoek van betrokkenen – door de Geschillencommissie in een partijprocedure behandeld.

Karakter Fusiegedragsregels

Het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 kent geen directe wettelijke grondslag en berust niet op een expliciete verordenende bevoegdheid van de SER. De vaststelling van het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 valt onder de algemene, richtinggevende taak van de SER zoals opgenomen in artikel 2, van de Wet op de SER (voorheen: artikel 2 Wet op de bedrijfsorganisatie, hierna: Wbo). De Fusiegedragsregels kunnen worden beschouwd als de neerslag van een breed gedragen opvatting over de rol van stakeholders bij fusies. Ze zijn gebaseerd op de bereidheid van het Nederlandse bedrijfsleven om de regels vrijwillig na te leven en zijn een vorm van zelfregulering. Indien zich belangrijke veranderingen voordoen met betrekking tot bij fusies betrokken organisaties, ligt het in de rede dat de Fusiegedragsregels dienovereenkomstig worden aangepast.

Toepassingsgebied Fusiegedragsregels

Voor toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels bij een voorgenomen fusie dient in ieder geval sprake te zijn van:

- een *onderneming* als bedoeld in de Fusiegedragsregels, welke onderneming tot het bedrijfsleven behoort;
- een *fusie* in de zin van de tekst van en toelichting bij de Fusiegedragsregels;
- betrokkenheid van een of meer *verenigingen van werknemers* bij één of meer van de fusiepartijen; en
- in de regel *50 of meer personen* die in Nederland (bij een betrokken onderneming of bij een samenstel van ondernemingen) werkzaam zijn⁷.

Fusies binnen een concern en fusies die onvoldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer bevatten, vallen buiten het bereik van de Fusiegedragsregels.

De Fusiegedragsregels zijn ook in geval van (af)splitsing van toepassing, mits aan de in de Fusiegedragsregels vastgelegde voorwaarden is voldaan.

Ten aanzien van de overheid, non-profitorganisaties en het vrije beroep geldt thans dat de Fusiegedragsregels uitsluitend van toepassing zijn indien zij bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) van toepassing zijn verklaard. Dit element is door de commissie kritisch bekeken.

Ook de begrippen ‘bedrijfsleven’ en ‘fusie’ zijn door de commissie kritisch bekeken. In de hoofdstukken 2 en 3 van dit rapport wordt op beide begrippen nader ingegaan.

1.3 Werkwijze Commissie Herziening Fusiegedragsregels

De commissie heeft medio 2014 een besloten digitale consultatie gehouden onder twaalf (ervarings)deskundigen. De commissie heeft daarvoor gebruik gemaakt van het online consultatie-instrument dat is ontwikkeld door Synmind. Bij deze online consultatie zijn de deelnemers in de gelegenheid gesteld via een besloten discussieplatform hun visie te geven en op elkaar te reageren.

⁷ Onder het begrip ‘samenstel van ondernemingen’ worden verstaan twee of meer ondernemingen die in stand worden gehouden: (i) door één ondernemer; (ii) door twee of meer ondernemers die met elkaar zijn verbonden in een groep in de zin van artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; of (iii) door twee of meer ondernemers op basis van een onderlinge regeling tot samenwerking.

De commissie heeft de respons op de consultatie betrokken bij haar werkzaamheden⁸. Dat geldt ook voor de uitkomsten van het gesprek dat de commissie in het najaar van 2014 voerde met de voorzitter van de Geschillencommissie, mr. R.J. Paris.

De commissie heeft kennis genomen van publicaties in de (vak)bladen over de Fusiegedragsregels, waaronder enkele bijdragen die specifiek gaan over de inventarisatie van knelpunten en verbeterpunten⁹.

Tot slot heeft de commissie kennis genomen van input die ‘gebruikers’ van de Fusiegedragsregels aan het SER-secretariaat hebben verstrekt, bijvoorbeeld (telefonische) toelichtingen bij fusiemeldingen.

Alle bovengenoemde reacties hebben waardevolle input opgeleverd.

1.4 Twee categorieën van bevindingen van de Commissie Herziening Fusiegedragsregels

De commissie heeft haar bevindingen gesplitst in twee delen.

Het eerste deel (hierna opgenomen in hoofdstuk 2) bevat een aantal beschouwingen en daarop gestoelde aanbevelingen over aard, inhoud en reikwijdte van de Fusiegedragsregels. Hierbij gaat het onder meer om de werkingssfeer, het karakter van ‘gedragsregels’ en de grondslag daarvoor, alsmede de aard en inhoud van de geschillenregeling.

Het tweede deel (hierna opgenomen in hoofdstuk 3) bevat de bevindingen van de commissie over specifieke bepalingen van de Fusiegedragsregels of de toelichting daarbij.

⁸ Een lijst van deelnemers aan de consultatie is opgenomen in bijlage 2.

⁹ Sprengers, L. (2014) *Ondernemingsrecht*, nr. 126; Witteveen, P.A.M. (2014) *Ondernemingsrecht*, nr. 127; Zaal, I. (2014) *Ondernemingsrecht*, nr. 128.

2 Bevindingen over aard, inhoud en reikwijdte van de Fusiegedragsregels

2.1 Algemeen

Sinds de vaststelling van de huidige Fusiegedragsregels in 2000 hebben zich verschillende maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan die de commissie van belang acht voor de discussie over het bereik van de Fusiegedragsregels, waaronder de voortschrijdende verzelfstandiging en privatisering van overheidstaken en de toenemende bedrijfsmatige organisatie in sectoren die traditioneel tot het vrije beroep en tot non-profitorganisaties werden gerekend.

De commissie is van mening dat de huidige reikwijdtebepalingen van de Fusiegedragsregels voldoende flexibel zijn om het bereik van de Fusiegedragsregels in overeenstemming te brengen en te houden met de hierboven gesignaleerde maatschappelijke ontwikkelingen. Doorslaggevend daarbij is het uitgangspunt dat het begrip ‘bedrijfsleven’ in artikel 2, van de Wet op de SER voldoende flexibel is om de door de SER vastgestelde Fusiegedragsregels te kunnen laten ‘meeademen’ met de hierboven gesignaleerde maatschappelijke ontwikkelingen.

2.2 De twee indicatoren voor ‘bedrijfsleven’

Ondanks dat in de definitie van onderneming (artikel 1, eerste lid, onder a, van de Fusiegedragsregels) de woorden ‘in het kader van de uitoefening van een bedrijf’ niet meer voorkomen¹⁰, is voor toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels vereist dat een onderneming tot het bedrijfsleven behoort.

Zoals in de paragrafen 2.3 en 2.4 wordt toegelicht, is de term ‘bedrijfsleven’ een evoluerend begrip. Voor de invulling van het begrip ‘bedrijfsleven’ (en daarmee voor de bepaling van het bereik van de Fusiegedragsregels) is de in 1993 door het

¹⁰ Vóór het in werking treden van de huidige Fusiegedragsregels op 5 september 2001 was het begrip ‘onderneming’ gedefinieerd als ‘elk als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst in het kader van de uitoefening van een bedrijf arbeid wordt verricht’. Bij de vaststelling van de huidige Fusiegedragsregels in 2000 zijn de woorden ‘in het kader van het bedrijf’ geschrapt met het oog op de wenselijk te achten uitbreiding van de werkingsfeer van de Fusiegedragsregels naar ondernemingen in de non-profitsector, ondernemingen waarin een vrij beroep wordt uitgeoefend en ondernemingen in de sfeer van de overheid. Er is met het begrip ‘onderneming’ expliciet aansluiting gezocht bij de definitie van onderneming zoals opgenomen in artikel 1, lid 1, onder c van de WOR (SER (2000) *Herziening fusiegedragsregels. SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van werknemers*, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 6-7).

DB van de SER vastgestelde nota ‘Taak, samenstelling en werkwijze van de Raad herbeschouwd’ richtinggevend¹¹. In deze nota worden de volgende twee indicatoren genoemd die van doorslaggevende betekenis zijn bij de bepaling of organisaties tot het bedrijfsleven moeten worden gerekend:

1. de mate van ondernemerschap (de mate van vrijheid zelf markten te bepalen en te bedienen); en
2. de mate waarin dit ondernemerschap voor ‘eigen’ rekening en verantwoording wordt uitgeoefend en derhalve of het voortbestaan van de organisatie daarvan afhankelijk is.

Hoewel de nota geen rekening houdt met ontwikkelingen na 1993, geldt in de ogen van de commissie dat organisaties die in belangrijke mate aan deze twee voorwaarden voldoen ook nu nog in de regel tot het bedrijfsleven moeten worden gerekend. Deze indicatoren kunnen vrij worden vertaald als: (1) opereren op de markt en (2) bedrijfsmatige organisatie¹².

2.3 Aanknopingspunten voor afbakening ‘bedrijfsleven’

De term ‘bedrijfsleven’ is een evoluerend begrip. Voor afbakening van het begrip ‘bedrijfsleven’ zijn onder meer aanknopingspunten te destilleren uit de Wet op de SER, andere wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Aan de hand van deze elementen wordt het begrip zoals beschreven op basis van de twee indicatoren uit paragraaf 2.2 nader ingekleurd.

2.3.1 De term ‘bedrijfsleven’ in de Wet op de SER/Wet op de bedrijfsorganisatie (Wbo)

Het huidige artikel 2 Wet op de SER bepaalt:

“De Raad heeft (...) tot taak een het algemeen belang dienende werkzaamheid van het bedrijfsleven te bevorderen, alsmede het belang van het bedrijfsleven en de daartoe behorende personen te behartigen.”

De Wet op de SER geeft geen definitie van de term ‘bedrijfsleven’, maar blijkens de toelichting op artikel 2, van de Wet op de SER is de term ‘bedrijfsleven’ geen vast

11 SER (1993) Nota *Taak, samenstelling en werkwijze van de Raad herbeschouwd*, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 41 e.v.

12 Voor de goede orde zij opgemerkt dat in sommige gevallen de Geschillencommissie Fusiegedragsregels een specifieke oplossing zal moeten bieden, indien een klacht is ingediend waarin de vraag aan de orde komt of een fusie onder de werkingsfeer van de Fusiegedragsregels valt.

staand, maar een dynamisch begrip waarbij een *bedrijfsmatige organisatie* de sleutel is¹³. De Wet op de SER laat de mogelijkheid open om een invulling aan het begrip ‘bedrijfsleven’ te geven die recht doet aan de actuele maatschappelijke ontwikkelingen en inzichten¹⁴.

Uit artikel 66, derde lid, van de Wbo¹⁵ volgde dat ook ondernemingen zonder winstoogmerk tot het bedrijfsleven kunnen behoren: “*onder onderneming wordt mede verstaan een bedrijf, waarmede niet wordt beoogd het maken van winst*”. Hiermee werden onder meer bedoeld: coöperaties en stichtingen die in het economisch verkeer werkzaam zijn, alsmede overheidsbedrijven¹⁶.

Voorts is voor afbakening van het begrip ‘bedrijfsleven’ relevant dat in de toelichting bij het ontwerp van de Wbo wordt benadrukt dat het begrip ‘bedrijfsleven’ met de maatschappelijke ontwikkelingen ‘meeademt’¹⁷. De Wet op de SER laat de mogelijkheid open een invulling aan het begrip ‘bedrijfsleven’ te geven die recht doet aan de actuele maatschappelijke ontwikkelingen en inzichten¹⁸. Later heeft de SER dit standpunt overgenomen en de in paragraaf 2.2 genoemde indicatoren geïntroduceerd¹⁹.

2.3.2 Wet- en regelgeving betreffende het begrip ‘bedrijfsleven’

Besluit beleidsregels representativiteit organisaties

De uitleg van het DB van de SER in de toelichting van het Besluit beleidsregels representativiteit organisaties²⁰ over de organisaties die tot het bedrijfsleven worden

13 Tweede Kamer (1948-1949) 873 *Toelichting ten aanzien van het bedrijfsleven van de artikelen 80 en 152 tot en met 154 van de Grondwet*, nr. 6. De twee indicatoren, genoemd in paragraaf 2.2, vormen een erkenning en uitwerking van dit uitgangspunt en reflecteren de stand van zaken ten tijde van de formulering van deze indicatoren in 1993, aldus vóór de maatschappelijke ontwikkelingen die zich na 1993 hebben voorgedaan. De commissie merkt terzijde op dat met ‘bedrijfsleven’ wat anders wordt bedoeld dan ‘georganiseerd bedrijfsleven’. Het georganiseerde bedrijfsleven bestaat uit de representatieve organisaties van werkgevers en de representatieve organisaties van werknemers gezamenlijk.

14 Tweede Kamer (1948-1949) 873 *Toelichting ten aanzien van het bedrijfsleven van de artikelen 80 en 152 tot en met 154 van de Grondwet*, nr. 6.

15 Dit artikel is met ingang van 1 januari 2015 geschrapt en derhalve niet opgenomen in de Wet op de SER.

16 Verbond van Nederlandsche werkgevers (1950), *Wet op de bedrijfsorganisatie, Tekst en commentaar*, p. 37.

17 Tweede Kamer (1948-1949) 873 *Toelichting ten aanzien van het bedrijfsleven van de artikelen 80 en 152 tot en met 154 van de Grondwet*, nr. 6. Daarenboven verwijst de toelichting naar de terminologie van het toenmalige artikel 152 Grondwet: “*De wet kan voor bepaalde beroepen en bedrijven en groepen daarvan, alsmede voor het beroeps- en bedrijfsleven in het algemeen, lichamen instellen, ten einde regelend op te treden.*” (Thans in andere bewoordingen opgenomen in artikel 134 Grondwet).

18 Tweede Kamer (1948-1949) 873 *Toelichting ten aanzien van het bedrijfsleven van de artikelen 80 en 152 tot en met 154 van de Grondwet*, nr. 6.

19 SER (1993) *Nota Taak, samenstelling en werkwijze van de Raad herbeschouwd*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad, p. 36 e.v. In latere advisering door de SER over de samenstelling van de Raad zijn bovengenoemde standpunten min of meer herhaald en – toegespitst op de overheid – door de Raad uitgewerkt.

20 Besluit beleidsregels representativiteit organisaties, *Staatscourant* (2015) 6036.

gerekend, sluit aan bij een arrest van de Hoge Raad uit 1984, welk arrest wordt behandeld in paragraaf 2.3.3. Net als de Wet op de SER spreekt het genoemde besluit over ‘het bedrijfsleven’ zonder dat dit begrip wordt omschreven. Beide laten de mogelijkheid open om een invulling aan deze begrippen te geven die recht doet aan de actuele maatschappelijke ontwikkelingen en inzichten²¹.

Onderneming in de zin van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) en de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (Wet IB)

Voor de afbakening van het begrip ‘bedrijfsleven’ acht de commissie ook belastingplichtigheid (voor de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting) van organisaties van belang. Het begrip ‘onderneming’ is niet gedefinieerd in de Wet Vpb. In artikel 2, vijfde lid, van de Wet Vpb wordt evenwel uitgegaan van de veronderstelling dat naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen, andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten delen in aandelen is verdeeld, coöperaties, verenigingen op coöperatieve grondslag, onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen (welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreden) altijd een onderneming drijven en daardoor onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting. In artikel 2, derde lid, van de Wet Vpb is aangegeven welke directe en indirecte overheidsbedrijven worden geacht een onderneming te drijven die vennootschapsbelastingplichtig is²². Een stichting of vereniging is eveneens vennootschapsbelastingplichtig mits zij een onderneming drijft²³.

In de Wet IB worden de begrippen ‘onderneming’ en ‘ondernemer’ evenmin gedefinieerd. Wel is in artikel 3.5, van de Wet IB opgenomen dat onder ‘onderneming’ ook het zelfstandig uitgeoefende beroep wordt verstaan.

Op basis van (jurisprudentie met betrekking tot) de Wet Vpb en Wet IB is voor het drijven van een onderneming vereist dat sprake is van *een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economisch verkeer (en aldus in concurrentie treedt*

21 Dat is ook opgenomen in de toelichting van de Verordening representativiteit organisaties. Het SER-besluit Richtlijnen representativiteit organisaties uit 1977 was de voorloper van deze verordening. Sinds 7 maart 2015 is deze materie ondergebracht in het Besluit beleidsregels representativiteit organisaties.

22 Recentelijk is het wetsvoorstel ‘Wet modernisering Vpb-plicht overheidsondernemingen’ aangenomen, *Staatsblad* (2015) 207. Met dit wetsvoorstel neemt het kabinet maatregelen om een gelijk speelveld te creëren voor vennootschapsbelastingplichtige particuliere ondernemingen en overheidsbedrijven die niet aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Ook wordt in dit wetsvoorstel de vennootschapsbelastingplicht voor overheidsondernemingen gemoderniseerd.

23 Ter verduidelijking zij opgemerkt dat stichtingen en verenigingen een vrijstelling kunnen genieten waardoor zij niet worden blootgesteld aan de heffing van vennootschapsbelasting, maar daarmee is niet gezegd dat deze rechtspersonen niet als onderneming in de zin van de Fusiegedragsregels kunnen worden gezien.

met andere ondernemingen), waarbij de verwachting bestaat winst te behalen. Op grond daarvan zijn diverse zorginstellingen, ziekenhuizen, verzorgingstehuizen, scholen, kinderopvangcentra, e.d. vennootschaps- of inkomstenbelastingplichtig. Het zijn van onderneming in de zin van de Wet Vpb of Wet IB is een duidelijke indicatie dat de desbetreffende organisatie tot het ‘bedrijfsleven’ dient te worden gerekend. Gelet hierop en op het feit dat in de door de SER geformuleerde indicatoren niet het vereiste van winstverwachting is opgenomen, behoren de ondernemingen die vennootschaps- of inkomstenbelastingplichtig zijn hoe dan ook tot het bedrijfsleven.

2.3.3 Jurisprudentie betreffende het onderscheid tussen ‘beroep’ en ‘bedrijf’

In een arrest van de Hoge Raad uit 1984²⁴ wordt een uitleg gegeven van de begrippen ‘beroep’ en ‘bedrijf’. Hoewel die uitspraak dateert van meer dan dertig jaar geleden, maakt het arrest wel duidelijk wat de verschillen – anno 1984 – tussen beroep en bedrijf zijn:

“De Grondwet kent sedert 1938 het onderscheid tussen beroep en bedrijf waar zij de mogelijkheid opent – thans artikel 134 – openbare lichamen voor beroep en bedrijf in te stellen. Bij de toepassing van deze bepaling, zoals deze eerder luidde, heeft de wetgever dit onderscheid nader gestalte gegeven enerzijds – voor de bedrijven – in de Wet op de bedrijfsorganisatie en in de instelling bij of krachtens wet product- en bedrijfsschappen en anderzijds – voor de beroepen – o.m. in de Advocatenwet en de Wet op de Registeraccountants.

Gelet op artikel 71 Wet op de bedrijfsorganisatie moet worden aangenomen dat het begrip ‘bedrijf’ primair wordt bepaald door een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening, zulks in tegenstelling tot een door persoonlijke kwalificaties bepaalde beroepsuitoefening.”²⁵

In de conclusie bij dit arrest wijst A-G Leijten ook op de overeenkomsten die kunnen bestaan tussen beroep en bedrijf. Beroep en bedrijf sluiten elkaar niet uit. De uitoefening van een beroep kan overgaan in de uitoefening van een bedrijf. In het arrest komt naar voren dat sprake is van een tendens in de samenleving dat steeds meer beroepen die traditioneel als persoonlijk worden gezien bedrijfsmatige trekken gaan vertonen²⁶. Uit dit arrest volgt dat voor de beoordeling of sprake is van een ‘bedrijf’ een ondernemingsgewijze bedrijfsvoering van belang is.

²⁴ HR 26 juni 1984, NJ 1985, 530.

²⁵ HR 26 juni 1984, NJ 1985, 530, r.o. 5.4.

²⁶ HR 26 juni 1984, NJ 1985, 530, r.o.2.II onder I.

2.4 De ontwikkeling van (het denken over) de invulling van het begrip ‘bedrijfsleven’

Zoals in paragraaf 2.2 en 2.3 is toegelicht, ademt het begrip ‘bedrijfsleven’ – zoals vastgesteld aan de hand van de twee indicatoren (en de vrije vertaling daarvan in (1) opereren op de markt en (2) bedrijfsmatige organisatie) – met de maatschappelijke ontwikkelingen mee. In de afgelopen decennia heeft zich een ontwikkeling voor gedaan in (het denken over) de invulling van het begrip ‘bedrijfsleven’. Voor de vraag of een organisatie tot het bedrijfsleven behoort, is bepalend geworden of deze bedrijfsmatig is georganiseerd. Ook de overheid, non-profitorganisaties en het vrije beroep zijn steeds vaker bedrijfsmatig georganiseerd.

Overheidsinstellingen (anders dan *overheidsbedrijven*) en instellingen die daarop lijken zijn zowel wat hun aansturing als wat hun financiële voortbestaan betreft op andere beginselen en condities gebaseerd dan organisaties in het bedrijfsleven. Zolang zij niet bedrijfsmatig zijn georganiseerd, worden zij niet tot het bedrijfsleven gerekend. *Overheidsbedrijven* (ondernemingen, waarvan de aandelen grotendeels in handen zijn van de overheid) die op een open markt succesvol moeten opereren en concurreren teneinde hun voortbestaan te verzekeren en bedrijfsmatig georganiseerd zijn, worden uiteraard wél tot het bedrijfsleven gerekend. Bij de overheid is in toenemende mate sprake van ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening. Dat komt ook naar voren in de invoering van de Wet Markt en Overheid per 1 januari 2012. Met deze wet wordt geprobeerd de marktwerking met betrekking tot overheidsbedrijven in goede banen te leiden en het verrichten van marktactiviteiten door de overheid transparanter en meer marktconform te maken. Het doel van de Wet Markt en Overheid is om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheidsbedrijven en andere bedrijven te creëren.

Non-profitorganisaties zijn organisaties die niet als primaire doelstelling hebben het behalen van winst en die gericht zijn op het nastreven van een maatschappelijk doel of algemeen nut, in welk kader zij zich tevens kunnen bezighouden met het leveren van producten en/of diensten²⁷. Non-profitorganisaties komen voor op uiteenlopende terreinen, zoals kunst, cultuur, politiek, ontwikkelingshulp, gezondheidszorg, ouderenzorg, onderwijs, arbeidsvoorziening, kinderopvang en volkshuisvesting. Met name op het terrein van gezondheidszorg, ouderenzorg,

²⁷ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Richtlijn 640 Organisaties zonder winststreven (2007), alinea 101.

onderwijs, arbeidsvoorziening, kinderopvang en volkshuisvesting organiseren non-profit organisaties zich steeds meer bedrijfsmatig en is in toenemende mate sprake van marktwerking. Steeds meer non-profitorganisaties voldoen daardoor tevens aan de voorwaarden dat zij opereren op de markt en bedrijfsmatig zijn georganiseerd.

Ten aanzien van de *gepremieerde en gesubsidieerde sector* (de 'g + g-sector') geldt dat zij particuliere instellingen omvat die 'quasicollectieve' voorzieningen leveren binnen door de overheden vastgelegde financiële en eventueel procedurele kaders. Indien deze restricties zodanig zijn dat ze (vrijwel) geen ruimte bieden voor ondernemerschap en de financiële risico's primair voor rekening van de collectieve middelen komen, dan kunnen de betrokken instellingen niet snel tot het bedrijfsleven worden gerekend. Naarmate de leiding van de instelling echter nadrukkelijker wordt 'afgerekend' op de verhouding van de prijs en de hoeveelheid geleverde producten of diensten, gaat de instelling steeds meer kenmerken vertonen die voor het bedrijfsleven karakteristiek zijn. Dat komt ook tot uiting in het feit dat dergelijke instellingen zich meer bedrijfsmatig organiseren. Dat zal het geval zijn in die delen van de g + g-sector waar de overheidsinvloed zich beperkt tot sturing op afstand van de 'output' van de instelling en zich niet of nauwelijks uitstrekt tot de 'input' of de inrichting van het productie- of dienstverleningsproces.

Het *vrije beroep* werd aanvankelijk (in de periode vanaf 1934 tot circa 1992) niet tot het bedrijfsleven gerekend. Voor de meeste vrije beroepen werd in de jaren zeventig het verbod op het gebruik van de (naamloze of besloten) vennootschap opgeheven. De belangrijkste drijfveer voor deze omwenteling was van fiscale aard: door in dienst te treden van een praktijkvennootschap kon de vrijeberoepsbeoefenaar een oudedagsvoorziening opbouwen ten laste van de fiscale winst. Vanaf 1992 organiseerden samenwerkende vrije beroepsbeoefenaars (zoals accountants, advocaten, architecten, stedenbouwkundigen en raadgevende ingenieurs) zich in toenemende mate op bedrijfsmatige wijze. Tegenwoordig is de meest voorkomende rechtsvorm voor samenwerkende vrijeberoepsbeoefenaars die van de (naamloze of besloten) vennootschap²⁸. Zij hebben hun organisaties 'bedrijfsmatig' ingericht en opereren op de markt, waardoor zij in principe onder 'het bedrijfsleven' vallen.

²⁸ Zo is ook apotheker een vrij beroep, maar inmiddels zijn er grote ketens van apotheken ontstaan, zoals Mediq. Daar is in feite geen sprake van één enkele apotheker die een vrij beroep uitoefent, maar is de 'vrije beroepsbeoefenaar' onderdeel geworden van een veel groter zorggeheel. Investeringsfondsen of grote zorgverzekeraars worden zelfs medeaandeelhouder in een keten van apothekers. Deze (grote) ondernemingen maken deel uit van het bedrijfsleven.

De grenzen tussen ‘het bedrijfsleven’ enerzijds en de overheid, non-profitorganisaties en het vrije beroep anderzijds vervagen steeds meer. Ook de SER constateerde in 1993 dat de omvang van de sectoren overheid, non-profitorganisaties, g + g-sector en het vrije beroep aanzienlijk was gegroeid en het onderscheid in het functioneren van deze sectoren met het bedrijfsleven minder scherp werd²⁹.

2.5 Conclusie: wat wordt gerekend tot ‘het bedrijfsleven’?

Sinds de vaststelling van het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 is het onderscheid tussen ‘het bedrijfsleven’ en andere sectoren meer en meer vervaagd (en steeds verder aan het vervagen) door onder andere privatisering, marktwerking, wetswijzigingen en het gebruik van andere rechts- en organisatievormen. Dit heeft ertoe geleid dat de overheid, non-profitorganisaties en het vrije beroep meer en meer bedrijfsmatig zijn georganiseerd en in toenemende mate opereren op de markt.

Het ‘harde onderscheid’ dat in de toelichting bij het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 nog gemaakt werd tussen de overheid, non-profitorganisaties en het vrije beroep enerzijds en het bedrijfsleven anderzijds, is naar het oordeel van de commissie niet langer houdbaar. Organisaties in de drie hiervoor genoemde sectoren kunnen zodanige gelijkenissen vertonen met ondernemingen in het traditionele bedrijfsleven dat het niet langer gerechtvaardigd is deze organisaties van het bereik van de Fusiegedragsregels uit te sluiten.

Voor de vraag of een organisatie tot het bedrijfsleven wordt gerekend, kunnen met name als gezichtspunten een rol spelen: de ruimte die onder meer de Wet op de SER biedt om aansluiting te zoeken bij de actuele maatschappelijke ontwikkelingen en inzichten en de belastingplichtigheid van een organisatie voor de vennootschaps- of de inkomstenbelasting. Of een organisatie onder het bereik van de Fusiegedragsregels valt, zal deels afhangen van de beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval, maar de commissie meent dat de hiervoor genoemde criteria (opereren op de markt en bedrijfsmatige organisatie) in dat kader richtinggevend zouden moeten zijn.

²⁹ SER (1993) *Nota Taak, samenstelling en werkwijze van de Raad herbeschouwd*, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 36 e.v.

2.6 Het bereik van de Fusiegedragsregels

De door de SER genoemde indicatoren en de ontwikkeling van het denken over de invulling van het begrip ‘bedrijfsleven’ zijn beide relevant voor de uitleg van het bereik van de Fusiegedragsregels. Hieronder zet de commissie uiteen waarom ook overheidsbedrijven, non-profitorganisaties en het vrije beroep onder het bereik van de Fusiegedragsregels kunnen vallen.

2.6.1 Begrip ‘onderneming’ staat centraal

In de Fusiegedragsregels wordt niet het begrip ‘bedrijfsleven’ gehanteerd. In de Fusiegedragsregels staat in plaats daarvan het begrip ‘onderneming’ centraal. Niet voor niets wordt in artikel 1 (Definities) ‘onderneming’ als eerste omschreven. Die omschrijving alsook de toelichting erop is ontleend aan die in de WOR³⁰.

De Fusiegedragsregels verstaan onder het begrip ‘onderneming’ (artikel 1, eerste lid, onder a, van de Fusiegedragsregels):

“Elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.”

De Fusiegedragsregels en de WOR hanteren – zoals gezegd – eenzelfde ondernemingsbegrip. Daarbij zijn – volgens de toelichting bij artikel 1, eerste lid, onder c, van de WOR³¹ – niet van belang de rechtsvorm van de onderneming, de aard van de werkzaamheden die in de onderneming worden verricht en het feit of de onderneming een winsttoegmerk heeft of niet. Het begrip onderneming is hier derhalve ruim uitgelegd, zodat in beginsel ook overheidsbedrijven, non-profitorganisaties en het vrije beroep onder het ondernemingsbegrip kunnen worden geschaard en onder het bereik van de Fusiegedragsregels kunnen vallen. Het zijn van ‘onderneming’ in de zin van de Wet Vpb/Wet IB speelt daarbij volgens de commissie een ondersteunende rol.

30 Bij het opstellen van de eerste versie van de fusiegedragsregels in 1970 is overwogen: *“Het criterium voor de werkkingsfeer zal gelegen moeten zijn in de sociale belangen die bij de fusie in het geding kunnen zijn. De betekenis van deze belangen zal in het algemeen samenhangen met de omvang van het personeelsbestand van de bij fusie betrokken ondernemingen. De rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven is daarbij niet relevant. Deze gezichtspunten zijn dezelfde als die welke bij de werkkingsfeer van de Wet op de Ondernemingsraden in aanmerking zijn genomen. Voor de werkkingsfeer van de onderhavige gedragsregels is daarom aansluiting gezocht bij de Wet op de Ondernemingsraden.”* (SER (1970) Eerste advies inzake gedragsregels in acht te nemen bij het tot stand komen van fusies, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 15). Overigens wordt in hetzelfde advies door de Raad opgemerkt dat het vorenstaande niet uitsluit dat de fusiegedragsregels ook in andere gevallen toegepast kunnen worden.

31 Vink, F.W.H. en R.H. van het Kaar (2014) *Inzicht in de ondernemingsraad. Een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden*, Den Haag : Sdu Uitgevers, p. 30 e.v.

Ook kan een koppeling worden gemaakt met het begrip ‘onderneming’ in de zin van de Mededingingswet. In de Mededingingswet wordt voor het begrip ‘onderneming’ aansluiting gezocht bij het EU-mededingingsrecht (artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). In het EU-mededingingsrecht valt onder het begrip ‘onderneming’ elke eenheid die een economische activiteit uitoefent³². Hierbij zijn de rechtsvorm, de wijze waarop de financiering plaatsvindt van de eenheid die een economische activiteit uitoefent en het bestaan van een winsttoegmerk niet relevant. Het belangrijkste criterium is of de activiteit, die zal bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend. Op basis van het EU-mededingingsrecht kunnen ondernemingen zijn: natuurlijke personen, rechtspersonen, private bedrijven, overheidsbedrijven en vrijeberoepsbeoefenaren³³. Overheidslichamen die de markt betreden vallen onder het begrip ‘onderneming’ voor zover ze geen specifieke overheidstaken verrichten. Voor vrije beroepsbeoefenaren geldt dat zij worden aangemerkt als onderneming als zij hun beroep als zelfstandige uitoefenen, hun diensten op structurele basis en tegen vergoeding leveren en de hiermee verband houdende financiële risico’s dragen.

Voor het kwalificeren als onderneming in de zin van de Fusiegedragsregels is voor de commissie doorslaggevend of die onderneming behoort tot het bedrijfsleven. De commissie is derhalve van mening dat onder het bereik van de Fusiegedragsregels ondernemingen vallen die:

- op grond van de twee indicatoren (die kunnen worden vertaald in: opereren op de markt en bedrijfsmatige organisatie) behoren tot het bedrijfsleven; en
- voldoen aan de overige voorwaarden voor toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels.

Alle soorten van bedrijven en organisaties kunnen daarmee onder het bereik van de Fusiegedragsregels vallen: ‘gewone’ ondernemingen, overheidsbedrijven/-ondernemingen, bedrijven/ondernemingen waarin vrije beroepen worden uitgeoefend, non-profitorganisaties etc.

32 HvJ EG 18 juni 1998, nr. C-35/96, *Jur.* 1998, p. I-3851 (*Commissie/Italiaanse Republiek*); HvJ EG 23 april 1991, nr. 41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979 (*Höffner*).

33 Tweede Kamer (1995-1996) 24707 *Memorie van Toelichting bij Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)*, nr. 3, p. 10.

2.6.2 Domein SER

In het kader van het bepalen van de reikwijdte van de Fusiegedragsregels komt ook het domein van de SER in beeld, in het bijzonder waar het gaat om de wijze waarop personen/organisaties/ondernemers zich vertegenwoordigd zien in en betrokken zijn bij het bestuur van een (overheids)organisatie die besluiten en regels uitvaardigt waar zij aan gebonden zijn en dus de wijze waarop zij invloed kunnen uitoefenen op de totstandkoming van dergelijke besluiten en regels.

Het domein van de werknemersgeleding van de SER³⁴ sluit goed aan bij de kern van de Fusiegedragsregels: het beschermen van de belangen van werknemers bij een voorgenomen fusie. Hierbij is het werknemersbegrip breed, namelijk:

“degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt.”

Bij het ondernemersbegrip spelen de in paragraaf 2.2 genoemde indicatoren (en de uitleg daarvan) een rol.

De commissie signaleert dat de mogelijkheid bestaat dat de SER regels – zoals de Fusiegedragsregels – opstelt die van toepassing zijn op ondernemers/organisaties die niet in de SER vertegenwoordigd of betrokken zijn. Voor zover deze situatie zich zou voordoen, kan de vraag rijzen hoe deze organisaties, voor zover zij dat zouden willen, invloed zouden kunnen uitoefenen op het gevoerde en te voeren beleid met betrekking tot de Fusiegedragsregels.

De commissie is van mening dat de exacte reikwijdte van de aangepaste Fusiegedragsregels eerst in de praktijk moet blijken. Het is dan ook niet zinvol om daar op vooruit te lopen en over deze vraag op voorhand uitspraken te doen.

³⁴ SER (1993), *Nota Taak, samenstelling en werkwijze van de Raad herbeschouwd*, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 36 e.v.

2.7 Uitwerking ruime taakopvatting SER bij Fusiegedragsregels en werkingssfeer Fusiegedragsregels: hoe?

2.7.1 'Nieuwe' sectoren gebonden aan Fusiegedragsregels

De commissie is op basis van de hiervoor geconstateerde maatschappelijke ontwikkelingen van mening dat de werkingssfeer van de Fusiegedragsregels ruim moet worden uitgelegd, zoals is toegelicht in de paragrafen 2.3 tot en met 2.6.

Consequentie van die 'ruime' uitleg van de werkingssfeer van de Fusiegedragsregels is dat de Fusiegedragsregels van toepassing zijn op meer sectoren dan de sectoren die werden omschreven in de toelichting van de Fusiegedragsregels in 2000. De overheid, de non-profitorganisaties en het vrije beroep zouden niet langer zonder meer uitgesloten moeten zijn van toepassing van de Fusiegedragsregels. Of die regels van toepassing zijn, hangt af van de vaststelling of een fusie in de zin van de Fusiegedragsregels behoort tot de sfeer van het bedrijfsleven, waarvoor veelal voldoende zal zijn dat de bij de fusie betrokken ondernemingen bedrijfsmatig georganiseerd zijn en de fusie wordt gerealiseerd op de markt. Dat betekent dat de Fusiegedragsregels afhankelijk van de wijze waarop een organisatie zich heeft georganiseerd (bedrijfsmatig of niet) ook van toepassing kunnen zijn op ondernemingen in de zorg (zoals thuiszorg, ziekenhuizen, kinderopvang, jeugdzorg, psychiatrische instellingen, verpleeg- en verzorgingstehuizen), het onderwijs en de culturele sector. Daarnaast kunnen de Fusiegedragsregels ook op fusies in andere sectoren van toepassing zijn.

Door deze ruime uitleg van de werkingssfeer zal in veel gevallen verwijzing naar de Fusiegedragsregels in de cao niet (meer) nodig zijn. Daar waar daar onzekerheid over bestaat zou in de cao naar de integrale toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels kunnen worden verwezen.

De commissie adviseert vooralsnog niet een wettelijke grondslag te creëren voor de Fusiegedragsregels teneinde de door haar beoogde ruimere werkingssfeer van de Fusiegedragsregels te realiseren. Wel adviseert zij in de evaluatie, die in paragraaf 2.7.4 wordt aangekondigd, aandacht te besteden aan de vraag of op dat moment een wettelijke verankering (alsnog) raadzaam is of dat de ruimere werkingssfeer – die een erkenning vormt van de hiervoor geconstateerde maatschappelijke ontwikkeling over de afgelopen vijftien jaar – afdoende in het maatschappelijk bewustzijn verankerd is.

2.7.2 Aanpassing van toelichtingen en commentaren bij de Fusiegedragsregels door de SER

De SER zonderde tot nu toe *zelf* de overheid, de non-profitorganisaties en het vrije beroep categorisch uit van het bereik van de Fusiegedragsregels. Naar het oordeel van de commissie is dat standpunt, in het licht van de hiervoor omschreven maatschappelijke ontwikkelingen, niet langer houdbaar. Bovendien is die inperking ook niet noodzakelijk: niets dwingt de SER om zelfregulering te beperken tot bijvoorbeeld het in de SER vertegenwoordigde bedrijfsleven, het aanknopingspunt bij de inwerkingtreding van het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000. Integendeel, artikel 2, van de Wet op de SER beschrijft het werkterrein als het bedrijfsleven *tout court*. Daarnaast bieden toelichting en jurisprudentie steun voor de opvatting dat het er bij de beantwoording van de vraag of een organisatie tot het bedrijfsleven in de zin van artikel 2, van de Wet op de SER behoort, in de eerste plaats op aankomt of die organisatie een bedrijfsmatige opzet kent, en, daarnaast, of de fusie via de markt wordt gerealiseerd.

Als de gedachte wordt gevolgd dat de taak van de SER om ‘het belang van het bedrijfsleven en de daartoe behorende personen te behartigen’ zich uitstrekt over andere sectoren dan *het bedrijfsleven in enge zin* (het ‘georganiseerde bedrijfsleven’ in de SER), zal de SER dat ook zelf tot uitdrukking moeten brengen. Daarvoor is het onder andere nodig om toelichtingen en commentaren bij de Fusiegedragsregels aan te passen.

De preambule, de toelichting en het SER-Commentaar bij de Fusiegedragsregels maken nu telkens melding van ‘het gegeven’ dat de Fusiegedragsregels *niet* van toepassing zijn op het vrije beroep, de non-profitorganisaties en de overheid, maar uitsluitend op ‘het bedrijfsleven’. De commissie adviseert die beperking uit de toelichting op de Fusiegedragsregels te schrappen, en haar te vervangen door een passage waarin de hierboven geformuleerde criteria (zijn de bij de fusie betrokken ondernemingen bedrijfsmatig georganiseerd en speelt de fusie zich af op de markt) zijn neergelegd.

2.7.3 Voorlichting en bevordering naleving Fusiegedragsregels

2.7.3.1 Voorlichting

Met de hiervoor genoemde punten hangt een goede, actieve voorlichting aan de ‘nieuwe’ sectoren direct samen. De SER, werkgeversorganisaties en verenigingen van werknemers kunnen een belangrijke rol spelen bij deze voorlichting. Voorlichting kan normnaleving bevorderen.

Voor het ‘winnen’ van voorheen categorisch uitgesloten sectoren voor het toepassen van de Fusiegedragsregels is het van belang dat het doel van de Fusiegedragsregels duidelijk is. Bovendien is het nuttig dat bekend is dat Fusiegedragsregels *gedragsregels* zijn en de daaruit voor fusiepartijen voortvloeiende verplichtingen beperkt van omvang zijn. Hiermee kan koudwatervrees worden voorkomen. Het is daarbij ook van belang duidelijk te maken dat de *eigenlijke gedragsregels* slechts enkele bepalingen omvatten. Hoewel de Fusiegedragsregels in totaal 36 artikelen bevatten, is het aantal daadwerkelijk in acht te nemen *gedragsregels* zeer beperkt. De kernbepalingen zijn opgenomen in de artikelen 3, 4 en 8.

Door een goede voorlichting over de inhoud en de omvang van de na te leven verplichtingen kan bij ‘nieuwe’ sectoren draagvlak voor toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels worden gecreëerd.

Het bevorderen van naleving door middel van voorlichting lijkt op dit moment één van de meest belangrijke stimuleringsinstrumenten te zijn. In dat kader meent de commissie dat de SER informatiebrochures en andere vormen van voorlichting dient te ontwikkelen waarmee de ruimere uitleg van de reikwijdte wordt toegelicht. Voorlichtingsmateriaal dient vervolgens met behulp van de verenigingen van werknemers en de werkgeversorganisaties te worden verspreid onder de ‘nieuwe’ sectoren. Ook dienen bijvoorbeeld voorlichtingsbijeenkomsten te worden georganiseerd, waarbij de verenigingen van werknemers en de werkgeversorganisaties de relevante sectoren kunnen uitnodigen.

Daarnaast zijn het de verenigingen van werknemers en de werkgeversorganisaties waarin het opnieuw vastgestelde bereik van de Fusiegedragsregels aan de orde kan komen. Het is van belang dat ter gelegenheid van deze contacten door de verenigingen van werknemers en de werkgeversorganisaties aandacht wordt besteed aan de toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels.

Toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels sluit direct aan bij diverse maatschappelijke ontwikkelingen. Ook bij discussies en gesprekken over maatschappelijke ontwikkelingen, zoals verzelfstandiging en privatisering van overheidsstaken en de toenemende bedrijfsmatige organisatie binnen de non-profitorganisaties, dient waar mogelijk te worden gewezen op de toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels.

2.7.3.2 Bevordering naleving door SER

Voorts zal naleving van de Fusiegedragsregels door ‘oude’ en ‘nieuwe’ sectoren kunnen worden bevorderd door een (actieve) signalerende taak van het SER-secretariaat. Het gaat er daarbij om dat het SER-secretariaat zich actief richt op het bij fusiepartijen signaleren van (voorgenomen) transacties die mogelijk onder de Fusiegedragsregels kunnen vallen, maar die (nog) niet bij het SER-secretariaat zijn gemeld. Met ‘signaleren’ wordt bedoeld dat het secretariaat bij vermoeden van een voorgenomen fusie in de zin van de Fusiegedragsregels de fusiepartijen (en de verenigingen van werknemers) daarvan in kennis stelt om hen op de mogelijke toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels te wijzen.

Overigens wordt in dit kader opgemerkt dat de commissie het niet wenselijk vindt terug te keren naar de praktijk van vóór 2000 waarbij het SER-secretariaat (ter ondersteuning van de Commissie voor Fusieaangelegenheden) een omvangrijke actieve, opsporende functie had in verband met het starten van ‘ambtshalve’ procedures³⁵.

De thans door de commissie voorgestelde signalerende taak van het SER-secretariaat wordt met name uitgevoerd op basis van berichtgeving uit de media die het secretariaat bereikt en eventueel op basis van contacten met andere instanties met een regulerende taak ten aanzien van fusies (zoals de Nederlandse Zorgautoriteit en Autoriteit Consument en Markt).

2.7.3.3 Geschillencommissie en bemiddeling

De jurisprudentie van de Geschillencommissie in specifieke zaken kan de naleving van de Fusiegedragsregels in met name ‘nieuwe’ sectoren in belangrijke mate bevorderen. Indien één of meer bij de fusie betrokken partij(en) dan wel één of meer betrokken vereniging(en) van werknemers een klacht indient bij de Geschillencommissie, doet de Geschillencommissie in de desbetreffende zaak een uitspraak. De uitspraak is openbaar. Van de jurisprudentie van de Geschillencommissie kan daardoor een belangrijke prikkel tot naleving uitgaan.

35 SER (2000) *Herziening fusiegedragsregels. SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van werknemers*, p. 10/11; SER (1996) *Advies Herziening van de fusiecode*, publicatienr. 1996/03, Den Haag : Sociaal-Economische Raad, p. 29.

Op basis van de Fusiegedragsregels zoals vastgesteld in 1970 werd op de naleving van de fusiegedragsregels toezicht gehouden door de Commissie voor Fusieaangelegenheden. Met ondersteuning van het secretariaat oefenende deze commissie ambtshalve taken en bevoegdheden uit die ruwweg varieerden van kennisneming door het secretariaat van signalen dat een fusie aanstaande was en het verifiëren daarvan tot een ambtshalve procedure bij de commissie. Op basis van de in 2000 vastgestelde Fusiegedragsregels is geen sprake meer van een ambtshalve procedure. In overeenstemming met het advies van 1996 gaat een procedure op basis van de Fusiegedragsregels uitsluitend van start op verzoek van één of meer bij de fusie betrokken partijen of vereniging van werknemers. Het staat de bij het geschil betrokken partijen vervolgens vrij voordat een uitspraak is gedaan de procedure te beëindigen.

Ook van de hierna in paragraaf 2.8 opgenomen bemiddeling door de voorzitter van de Geschillencommissie kan een belangrijk positief effect uitgaan op de toepassing van en het draagvlak voor de Fusiegedragsregels.

2.7.3.4 Civielrechtelijke mogelijkheden

Hoewel er tot nu toe geen rechterlijke uitspraken zijn gedaan³⁶, kunnen de Fusiegedragsregels (ook zonder wettelijke grondslag) een rol spelen in juridische procedures, bijvoorbeeld bij de nadere bepaling van wat de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 8 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek vorderen en bij het oordeel in het kader van een enquêteprocedure. Indien de civiele rechter overtreding van de Fusiegedragsregels zou beschouwen als maatschappelijk onbetamelijk en onzorgvuldig, dan kan dat handelen mogelijk – onder omstandigheden – als onrechtmatig worden aangemerkt. Tegen onrechtmatig handelen kan vervolgens civielrechtelijk worden opgetreden. Privaatrechtelijke remedies kunnen als sanctiemechanismen dienen om naleving te bevorderen.

2.7.4 Evaluatie

De commissie stelt voor dat na afloop van een periode van drie à vijf jaar na de invoering van de herziene versie van de Fusiegedragsregels een evaluatie plaatsvindt over de naleving van de werkingssfeer van de Fusiegedragsregels binnen ‘oude’ en ‘nieuwe’ sectoren. Daarbij kan ook worden beoordeeld of een wettelijke verankering (alsnog) nodig en raadzaam is.

2.8 Bemiddelingsregeling in Fusiegedragsregels?

Indien geschillen ontstaan, kan het in praktijk zinvol blijken als partijen gebruik kunnen maken van een bemiddelingsregeling. Een bemiddelingsregeling kan een alternatief zijn voor een formele juridische procedure. De commissie heeft onderzocht of een aparte bemiddelingsregeling in de Fusiegedragsregels meerwaarde heeft. De commissie is van mening dat de mogelijkheid voor partijen om gebruik te maken van bemiddeling zo laagdrempelig mogelijk moet zijn en op een ‘open wijze’ moet worden ingevuld. De commissie heeft er daarom voor gekozen om niet expliciet een bemiddelingsregeling in de tekst van de

³⁶ In het arrest van de Hoge Raad van 14 mei 1993 (*NJ*1993, 446) (Electro Holding) komt ook het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 23 oktober 1991 aan de orde, waarin naar het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975 werd verwezen. In het arrest werd overwogen dat naleving door fusiepartijen van het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975 dient plaats te vinden op een moment dat zij zich zerkake niet al onherroepelijk hebben gecommitteerd.

Fusiegedragsregels op te nemen. Er kan volgens de commissie worden volstaan met een korte tekst in de toelichting bij (het huidige) artikel 19 van de Fusiegedragsregels (wijze van aanhangig maken van geschillen), die luidt:

“Het staat de voorzitter van de Geschillencommissie vrij om in overleg met partijen een bemiddelingspoging te (doen) ondernemen. Ook staat het elk der partijen (al dan niet gezamenlijk) vrij om bij een (dreigend) geschil de voorzitter van de Geschillencommissie om bemiddeling te vragen.”

3 Bevindingen over specifieke bepalingen van de Fusiegedragsregels

Hieronder zijn concrete voorstellen tot wijziging van de tekst / toelichting van de Fusiegedragsregels opgenomen.

3.1 Begrip ‘werknemer’

3.1.1 Ontbreken definitie ‘werknemer’

De Fusiegedragsregels spreken op verschillende plaatsen, onder meer bij de werkingssfeer, over ‘werknemers’. De commissie stelt vast dat in de Fusiegedragsregels een definitie van het begrip ‘werknemer’ ontbreekt. In de praktijk leidt dit tot vragen wie voor toepassing van de Fusiegedragsregels worden gerekend tot ‘werknemers’ of (zoals het is geformuleerd in artikel 2 van de Fusiegedragsregels) ‘in de onderneming werkzame werknemers’.

3.1.2 Voorstel tot verbetering

De commissie stelt voor aan de definities in artikel 1 van de Fusiegedragsregels een definitie toe te voegen van het begrip ‘werknemer’. Het ligt voor de hand daarvoor aan te sluiten bij de WOR. Reden hiervoor is dat de SER bij de herziening van de Fusiegedragsregels in 2000 welbewust aansluiting heeft gezocht bij de WOR. Zo zijn de definities van de begrippen ‘onderneming’ en ‘ondernemer’ volledig afgestemd op en identiek aan de overeenkomstige begrippen in de WOR.

De commissie meent dat dit ook zou moeten gelden voor het werknemersbegrip. Zij stelt daarom voor in de Fusiegedragsregels niet langer te spreken van ‘werknemers’ maar van ‘in de onderneming werkzame personen’ en daarvoor een definitie op te nemen die identiek is aan de definitie in artikel 1, tweede en derde lid, van de WOR.

In artikel 1, eerste lid, wordt onder c toegevoegd de volgende definitie³⁷:

“in de onderneming werkzame personen:

- c. *in de onderneming werkzame personen:*
 - i. *degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Personen die in meer dan één onderneming van dezelfde ondernemer werkzaam zijn, worden geacht uitsluitend werkzaam te zijn in die onderneming van waaruit hun werkzaamheden worden geleid.*
 - ii. *onder in de onderneming werkzame personen worden mede verstaan:*
 - a. *degenen die in het kader van werkzaamheden van de onderneming daarin ten minste 24 maanden werkzaam zijn krachtens een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, en*
 - b. *degenen die krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens arbeidsovereenkomst met de ondernemer werkzaam zijn in een door een andere ondernemer in stand gehouden onderneming.”*

De commissie stelt voor om aan de toelichting bij artikel 1, eerste lid, onder c toe te voegen:

“Het begrip ‘in de onderneming werkzame personen’ is gelijklopend aan en heeft dezelfde betekenis als in artikel 1, tweede en derde lid, van de Wet op de ondernemingsraden.”

Het begrip “werknemers” zal worden vervangen door “in de onderneming werkzame personen” (artikel 1, eerste lid, onder f, artikel 1, tweede lid, artikel 4, vierde lid, onder b, alsmede de toelichting bij artikel 2, het eerste en derde lid, onder d en artikel 4, tweede, derde en vierde lid). In artikel 2, eerste lid, onder a en onder b, en artikel 2, derde lid, onder c, wordt “werknemers” vervangen door “personen”. In artikel 4, derde lid, wordt “werknemersbelang” vervangen door “belang van in de onderneming werkzame personen”. In artikel 4, vierde lid, onder c, wordt “personeel” vervangen door “in de onderneming werkzame personen”. Voorts komt de naam van het SER-besluit te luiden: “SER-besluit Fusiegedragsregels 2015 ter bescherming van de belangen van in de onderneming werkzame personen”.

³⁷ Als gevolg van het invoegen van deze definitie aan artikel 1, lid 1 onder c vindt vernumming plaats van de definities die in het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 zijn opgenomen onder artikel 1, eerste lid, onder c tot en met e.

3.2 Begrip ‘fusie’

3.2.1 Huidig fusiebegrip (artikel 1, eerste lid, onder d) en toelichting daarop

Van een fusie in de zin van de Fusiegedragsregels is sprake indien op duurzame wijze de zeggenschap over een onderneming of een onderdeel daarvan wordt verkregen of overgedragen (artikel 1, eerste lid, onder d). Verkrijging of overdracht van meer dan 50 procent van de aandelen (meerderheidsbelang) in een NV/BV wordt *onweerlegbaar* vermoed die zeggenschap te vestigen, zo volgt uit de toelichting bij deze bepaling. Voordeel van die benadering is dat er sprake is van een objectief criterium dat helder en eenvoudig toepasbaar is. Nadeel is dat het criterium de werkelijke zeggenschapsverhoudingen binnen een NV/BV negeert. De houder van een meerderheidsbelang in een NV/BV hoeft niet in alle gevallen daadwerkelijk de zeggenschap te kunnen uitoefenen.

Enkele voorbeelden ter illustratie:

Voorbeeld 1

De houder van een meerderheidsbelang kan de zeggenschap niet uitoefenen als gevolg van de toepasselijkheid van de structuurregeling of het gebruik van oligarchische clausules. In beide gevallen komt een belangrijke bevoegdheid als het benoemen en ontslaan van bestuurders niet toe aan de houder van het meerderheidsbelang (artikel 162/272 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek). Eenzelfde situatie kan zich voordoen bij een BV die aandelen van een bijzondere soort of aanduiding heeft uitgegeven en waarvan de statuten aan de vergadering van houders van deze aandelen de bevoegdheid tot het benoemen, schorsen en ontslaan van één of meer bestuurders heeft toegekend (artikel 242/244 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek).

Voorbeeld 2

Een BV kan sinds 1 oktober 2012 stemrechtloze aandelen uitgeven (artikel 228, vijfde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek). Het verkrijgen van meer dan 50 procent van de stemrechtloze aandelen in een BV levert geen zeggenschap op. Ook bij het verkrijgen van meer dan 50 procent van een combinatie van stemrechtloze aandelen en aandelen met stemrecht kan sprake zijn van een situatie waarin de houder van deze aandelen geen zeggenschap over de desbetreffende BV kan uitoefenen. Verder kan een BV met ingang van de hiervoor genoemde datum ook aandelen met meervoudig stemrecht uitgeven (artikel 228, vierde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek). Dit brengt mee enerzijds dat het

verkrijgen van meer dan 50 procent van de ‘gewone’ aandelen in een BV geen zeggenschap meer hoeft op te leveren, en anderzijds dat de verkrijging van minder dan 50 procent van de aandelen met meervoudig stemrecht de houder zeggenschap kan opleveren.

Voorbeeld 3

In vele gevallen stelt de wetgeving certificaten gelijk met aandelen. Het verkrijgen van meer dan 50 procent van de certificaten in een beursgenoteerde NV levert echter alleen zeggenschap op indien de certificaathouder stemvolmacht heeft (artikel 118a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek).

3.2.2 Voorstel tot verbetering

De commissie stelt voor om in de Fusiegedragsregels het huidige fusiebegrip in artikel 1, eerste lid, onder d, te handhaven (vernummerd naar artikel 1, eerste lid, onder e), maar in de toelichting tot uitdrukking te brengen dat de Fusiegedragsregels niet langer een onweerlegbaar, maar een *weerlegbaar* vermoeden van zeggenschap hanteren. Deze oplossing, die aansluit bij (criteria in) bestaande wetgeving, komt tegemoet aan de hierboven gesignaleerde problemen³⁸.

De commissie stelt voor aan de toelichting drie criteria toe te voegen die ieder een weerlegbaar vermoeden van verkrijging van zeggenschap opleveren:

- a. het verkrijgen van de bevoegdheid om meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan of van het leidinggevend orgaan dan wel het toezichthoudend orgaan (al naar gelang sprake is van een one-tier of two-tier bestuursstructuur) van een NV/BV te benoemen;
- b. het verkrijgen van meer dan 50 procent van de stemrechten in de algemene vergadering van een NV/BV; of
- c. het verkrijgen van meer dan 50 procent van de aandelen (meerderheidsbelang) in een NV/BV.

³⁸ Deze optie sluit aan bij het begrip moederonderneming in artikel 2, eerste lid, van de Wet op de Europese ondernemingsraden en in artikel 2, eerste lid, van hoofdstuk 1, van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen (onder a, b en c), alsmede het begrip dochtermaatschappij in artikel 24a, eerste lid, onder a en b, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

3.3 Procedure van kennisgeving, informatie en overleg

Als één van de weinige artikelleden heeft het zevende lid van artikel 4 – dat gaat over het in de gelegenheid stellen van de ondernemingsraad om van het oordeel van de vereniging(en) van werknemers kennis te nemen, zodat de ondernemingsraad daarmee rekening kan houden bij het uitbrengen van een advies op grond van artikel 25, van de WOR – geen toelichting. De commissie acht het zinvol om wel een toelichting op te nemen. Op basis van uitspraken van de Geschillencommissie stelt de commissie de volgende toelichting voor bij artikel 4, zevende lid:

“Toelichting bij artikel 4, zevende lid:

De eisen van de artikel 4-procedure hebben gevolgen voor het tempo van de fusiebesprekingen. Ingevolge het zevende lid van dit artikel moet de ondernemingsraad door de fusiepartijen in de gelegenheid worden gesteld kennis te nemen van het oordeel van de vereniging(en) van werknemers, opdat hij daarmee rekening kan houden bij het uitbrengen van zijn advies op grond van artikel 25, van de Wet op de ondernemingsraden.

De essentie van dit voorschrift is een zekere mate van afstemming te waarborgen tussen de medezeggenschapstrajecten van ondernemingsraden enerzijds en verenigingen van werknemers anderzijds. De gedragsregels geven daarmee een volgorde van consultatie aan, waarvan in beginsel alleen kan worden afgeweken wanneer de ondernemingsraad (vooraf) aangeeft niet op het oordeel van de betrokken vereniging(en) van werknemers te willen wachten (hetgeen ook kan blijken uit gedragingen). Op basis van artikel 4, van de Fusiegedragsregels en artikel 25, van de Wet op de ondernemingsraden is die volgorde als volgt: de ondernemingsraad moet voordat hij een advies in het kader van artikel 25, van de Wet op de ondernemingsraden uitbrengt, kennis hebben kunnen nemen van de standpunten van de betrokken vereniging(en) van werknemers. Mede op die wijze kan het oordeel van de betrokken vereniging(en) van werknemers van wezenlijke invloed zijn op het fusiebesluit en de modaliteiten van de fusie.

Dit voorschrift staat niet in de weg aan een gelijktijdige informatie- en raadplegingsprocedure van verenigingen van werknemers en ondernemingsraden, zolang in het eindstadium van die procedure maar voldaan is aan artikel 4, zevende lid.”

3.4 Openbare biedingen

3.4.1 Probleem huidige bepaling (artikel 5)

Artikel 5, tweede lid, van de Fusiegedragsregels bepaalt dat een bidder het bestuur van de vennootschap op de aandelen waarvan het bod wordt uitgebracht ten minste vijftien dagen voor het uitbrengen van het bod schriftelijk kennis geeft van zijn voornemen.

Tot de implementatie van de Overnamerichtlijn in 2007 gold het verbod om een zogenaamd rauwelijks bod uit te brengen. Het was een bidder verboden om zijn eenzijdige voornemen tot het uitbrengen van een openbaar bod openbaar mede te delen, onder vermelding van prijs of ruilverhouding. De bidder diende vooraf de doelvennootschap op de hoogte te brengen van de beoogde prijs of ruilverhouding. Hierbij moest de bidder de doelvennootschap uitnodigen om, binnen zeven dagen na ontvangst van deze kennisgeving, overleg te plegen over het voornemen van de bidder³⁹.

Het verbod op het rauwelijks bod leidde tot een situatie die zich lastig verhiel met de beoogde maximale transparantie in een biedingsproces doordat het voornemen tot het doen van het bod en de prijs en/of ruilverhouding niet direct bekend mochten worden gemaakt. Een voorgenomen bod is immers koersgevoelige informatie waarvan de markt in de regel zo spoedig mogelijk kennis moet kunnen nemen. Er bestond bovendien een kans dat de informatie over de prijs en/of ruilverhouding uitlekte, wat zou kunnen leiden tot een verstoring van de ordelijke markt omdat de informatie in die gevallen niet op de juiste wijze publiek werd. De per 1 oktober 2005 in de Nederlandse wet geïmplementeerde richtlijn Marktmissbruik en de per 28 oktober 2007 geïmplementeerde Overnamerichtlijn leidden ertoe dat het verbod op het rauwelijks bod niet langer in de Nederlandse regels paste. Met de inwerkingtreding van de Wet met betrekking tot het openbaar overnamebod is de Overnamerichtlijn geïmplementeerd en is het verbod op het rauwelijks bod vervallen. Het vervallen van het verbod maakt een betere transparantie rondom een eenzijdig voorgenomen bod mogelijk.

³⁹ In het overleg diende door de bidder informatie te worden verschaft over: (1) de aan het bod ten grondslag liggende motieven, (2) voornemens voor toekomstig beleid, en (3) de wijze van financiering van het voorgenomen bod. De doelvennootschap kon besluiten niet in te gaan op de uitnodiging tot overleg. In dat geval diende de bidder de desbetreffende informatie eerst schriftelijk aan de doelvennootschap te verstrekken. Pas daarna mocht de bidder de prijs en/of ruilverhouding publiek maken. Als bidder en doelvennootschap geen overeenstemming bereikten over het voorgenomen bod dan werd dit bod als 'vijandig' bestempeld. Dit had tot gevolg dat partijen eventuele persberichten die in verband met het openbare bod werden gepubliceerd, uiterlijk bij openbaarmaking aan elkaar dienden toe te sturen.

3.4.2 Voorstel tot verbetering

A)

De commissie stelt voor artikel 5, tweede lid, te schrappen.

B)

Het voorstel van de commissie is om het eerste lid van artikel 5 als volgt te laten luiden:

“De bieder die het voornemen heeft om, anders dan op grond van overeenstemming als bedoeld in artikel 4, eerste lid, door middel van een openbaar bod een fusie tot stand te brengen, geeft voor zover mogelijk toepassing aan artikel 4.”

Het voorstel van de commissie is om het derde lid van artikel 5 om te nummeren naar het tweede lid en als volgt te laten luiden:

“Het bestuur van de doelvennootschap op de aandelen waarvan een openbaar bod wordt uitgebracht, geeft eveneens voor zover mogelijk toepassing aan artikel 4.”

Het aangepaste artikel 5 komt dan als volgt te luiden:

1. *“De bieder die het voornemen heeft om, anders dan op grond van overeenstemming als bedoeld in artikel 4, eerste lid, door middel van een openbaar bod een fusie tot stand te brengen, geeft voor zover mogelijk toepassing aan artikel 4.*
2. *Het bestuur van de doelvennootschap op de aandelen waarvan een openbaar bod wordt uitgebracht, geeft eveneens voor zover mogelijk toepassing aan artikel 4.”*

De toelichting bij artikel 5 komt te luiden:

“Toelichting bij artikel 5:

Artikel 5 van de Fusiegedragsregels ziet op de situatie dat ter verwezenlijking van een fusie een openbaar bod wordt uitgebracht, terwijl er in het geheel geen fusiebesprekingen zijn gevoerd tussen de bieder en het bestuur van de doelvennootschap of dergelijke besprekingen wel zijn gevoerd, maar niet tot overeenstemming hebben geleid. Onder dergelijke omstandigheden is de in artikel 4 neergelegde procedure van kennisgeving en informatie aan en overleg met verenigingen van werknemers niet rechtstreeks toepasbaar, omdat deze uitgaat van fusiebesprekingen die leiden tot overeenstemming tussen de fusiepartijen. Artikel 5 bepaalt dat de in artikel 4 vervatte regels in een dergelijk geval voor zover mogelijk worden toegepast. Wat houdt dit in?

Indien het openbaar bod het resultaat is van geslaagde fusiebesprekingen (vriendelijk bod) vangt het biedingsproces aan met de publieke aankondiging, veelal in de vorm van een persbericht, dat de bieder van plan is een openbaar bod uit te brengen op de aandelen van de doelvennootschap. Deze aankondiging geschiedt uiterlijk op het moment dat de bieder

en de doelvennootschap al dan niet voorwaardelijke overeenstemming hebben bereikt (artikel 5, eerste lid, van het Besluit openbare biedingen Wft).

Een vergelijkbaar moment in het geval er geen fusiebesprekingen hebben plaatsgevonden of deze niet tot overeenstemming hebben geleid (rauwelijks of onvriendelijk bod), is het moment dat een bieder concrete informatie over de inhoud van het voorgenomen openbaar bod openbaar maakt (artikel 5, tweede lid, van het Besluit openbare biedingen Wft). Hiervan is sprake indien de bieder de naam noemt van de potentiële doelvennootschap in combinatie met een voorgenomen prijs of ruilverhouding of een concreet omschreven voorgenomen tijdschema voor het verloop van het voorgenomen openbaar bod. In beginsel dient de bieder voordat dit moment aanbreekt de in artikel 4, van de Fusiegedragsregels neergelegde procedure van kennisgeving en informatie aan en overleg met verenigingen van werknemers te hebben nageleefd. Rekening dient echter te worden gehouden met het financieelrechtelijke voorschrift in artikel 25i, tweede lid, van hoofdstuk 5 van de Wet op het financieel toezicht dat een uitgevende instelling verplicht tot het onverwijld algemeen verkrijgbaar stellen van koersgevoelige informatie, bedoeld in de definitie van voorwetenschap in artikel 53, eerste lid, van hoofdstuk 5 van de Wet op het financieel toezicht, die rechtstreeks op haar betrekking heeft. Indien de voorafgaande kennisgeving van het voorgenomen bod aan verenigingen van werknemers zich met dit voorschrift niet verdraagt kan deze op een later tijdstip plaats hebben. Vergelijk artikel 3, tweede lid, Fusiegedragsregels. Zie over koersgevoelige informatie voorts de hier relevante brochure van de Autoriteit Financiële Markten⁴⁰.

Ook het bestuur van de doelvennootschap dient in het door artikel 5, van de Fusiegedragsregels bestreken geval de procedure van artikel 4 voor zover mogelijk toe te passen. Pas na raadpleging van de betrokken verenigingen van werknemers mag het zijn definitieve standpunt ten aanzien van het openbaar bod bekend maken. Dit hoeft het bestuur niet van het geven van een voorlopige reactie te weerhouden, mits daarbij een voorbehoud met het oog op het nog te vernemen oordeel van de vereniging(en) van werknemers wordt opgenomen.”

⁴⁰ Zie www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/effectenuitgevende-ondernemingen/meldingen/koersgevoelige-informatie.

3.5 Geleidelijke aankoop ter beurze

3.5.1 Probleem huidige bepaling (artikel 6)

A)

Het huidige tweede lid van artikel 6 van de Fusiegedragsregels behelst een verwijzing naar het tweede lid van artikel 5. De commissie stelt voor om die bepaling te schrappen. Daardoor vervalt de bodem onder artikel 6, tweede lid.

B)

Ook ten aanzien van een geleidelijke aankoop ter beurze (artikel 6, eerste lid) zijn de informatie- en overlegregels van artikel 4 niet (rechtstreeks) toepasbaar, omdat deze uitgaan van fusiebesprekingen tussen fusiepartijen. In artikel 6, eerste lid, staat echter dat *overeenkomstige* toepassing gegeven dient te worden aan artikel 4.

3.5.2 Voorstel tot verbetering

Ad A)

De commissie stelt voor artikel 6, tweede lid, te schrappen.

Ad B)

De commissie acht het wenselijk dat *voor zover mogelijk* toepassing gegeven wordt aan artikel 4 van de Fusiegedragsregels. Zij stelt voor dit tot uitdrukking te brengen in artikel 6 en de toelichting.

Artikel 6 komt te luiden:

“Degene die voornemens is een fusie in de zin van artikel 1, eerste lid, onder e, tot stand te brengen door middel van geleidelijke aankoop ter beurze van (rechten op) aandelen, moet voor zover mogelijk artikel 4 toepassen.”

Bij artikel 6 kan de volgende toelichting worden opgenomen:

“Op deze vorm van fusie zijn de procedureregels van artikel 4 niet (rechtstreeks) toepasbaar, omdat deze uitgaan van fusiebesprekingen tussen fusiepartijen. Daarom is in artikel 6 voorgeschreven dat ter zake van een door aankoop ter beurze te bewerkstelligen fusie voor zover mogelijk artikel 4 moet worden toegepast, voordat de verwerver zeggenschap verkrijgt in de betrokken onderneming. In de toelichting bij artikel 1, eerste lid, onder e, (het fusiebegrip) is opgenomen wanneer er sprake is van een weerlegbaar vermoeden van verkrijging van zeggenschap.”

Ook hier is het van belang om rekening te houden met de regelgeving over koersgevoelige informatie (zie de toelichting bij de artikelen 3 en 5 van de Fusiegedragsregels).

3.6 Geheimhouding

3.6.1 Problemen huidige bepaling (artikel 7)

In de geheimhoudingsbepaling van de Fusiegedragsregels ontbreekt een verwijzing naar artikel 3 van de Fusiegedragsregels. In de uitspraak ABN-AMRO/De Unie van de Geschillencommissie⁴¹ is bepaald dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 7 van de Fusiegedragsregels ruim moet worden uitgelegd en dat daaronder ook de kennisgeving van artikel 3 valt. Verder is de aanbeveling van de SER-Commissie Bevordering Medezeggenschap (CBM) betreffende ondernemingsraad en geheimhouding besproken⁴². De CBM-notitie bevat zes aanbevelingen, die niet allemaal in artikel 7 van de Fusiegedragsregels kunnen worden op- c.q. overgenomen. Eén van de redenen daarvoor is dat de rol van de ondernemingsraden in een fusietraject een andere is dan die van verenigingen van werknemers.

De commissie heeft geconcludeerd dat een artikellid ten aanzien van wie/wat de geheimhouding in acht moet worden genomen nog ontbreekt in artikel 7. Ook de duur van de geheimhouding staat niet vermeld in artikel 7. Deze twee onderdelen zijn wel in artikel 20, eerste lid, van de WOR geregeld.

3.6.2 Voorstel tot verbetering

De commissie stelt voor de uitspraak van ABN-AMRO/De Unie te codificeren in artikel 7 van de Fusiegedragsregels zodat uit de tekst van de regeling duidelijk wordt dat de geheimhoudingsverplichting zich ook tot artikel 3 uitstrekt. Ook de duur van de geheimhouding zou volgens de commissie in artikel 7 moeten worden geadresseerd.

41 GF 7 januari 2008, PBO-blad 2008/3 (ABN-AMRO/De Unie).

42 <https://www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2014/or-geheimhouding.aspx>.

Artikel 7 komt dan als volgt te luiden:

1. *“Over de kennisgevingen, bedoeld in artikel 3, eerste lid, en artikel 4, eerste lid, dienen verenigingen van werknemers geheimhouding te betrachten, tenzij het tegendeel schriftelijk aan hen is meegedeeld. De geheimhouding duurt totdat de voorgenomen fusie openbaar is, tenzij fusiepartijen en verenigingen van werknemers anders overeenkomen.*
2. *Ten aanzien van gegevens die in het kader van artikel 4 moeten worden verstrekt geldt een geheimhoudingsplicht indien aan de betrokken vereniging(en) van werknemers vóór het verstrekken van die gegevens schriftelijk geheimhouding is verzocht. Degene die de geheimhouding verzoekt, deelt daarbij tevens mede hoe lang de geheimhouding dient te duren.*
3. *Een vereniging van werknemers kan binnen drie werkdagen na ontvangst van het verzoek, bedoeld in het tweede lid, de geheimhouding afwijzen. Ten opzichte van de vereniging van werknemers die dat doet, behoeven de in artikel 4 neergelegde gedragsregels niet in acht te worden genomen, tenzij zij tijdig en schriftelijk alsnog geheimhouding aanvaardt. Een vereniging van werknemers die niet binnen de bovengenoemde termijn geheimhouding afwijst, wordt verondersteld deze te aanvaarden.*
4. *Een vereniging van werknemers kan de Geschillencommissie Fusiegedragsregels verzoeken de geheimhouding, bedoeld in het eerste of tweede lid, (gedeeltelijk) op te heffen als die vereniging van werknemers op grond van door haar aan te voeren feiten en omstandigheden bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet of niet langer kan worden gehouden aan de geheimhoudingsverplichtingen voortvloeiend uit het eerste of tweede lid.”*

In de toelichting bij artikel 7 dienen – naast de huidige toelichting – de volgende teksten te worden toegevoegd:

Ten aanzien van lid 1:

“In de uitspraak ABN-AMRO/De Unie van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels⁴³ is bepaald dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 7 ruim moet worden uitgelegd en dat daaronder ook de kennisgeving van artikel 3 valt. De wijziging strekt ertoe die uitspraak te codificeren.”

Ten aanzien van het informeren van derden (leden 1 t/m 4):

“Verenigingen van werknemers hebben de mogelijkheid om ook derden te informeren over de kennisgeving en de gegevens als bedoeld in artikel 4, mits zij de bij de fusie betrokken

43 GF 7 januari 2008, PBO-blad 2008/3 (ABN-AMRO/De Unie).

ondernemingen vooraf in kennis stellen van de namen van die derden en die ondernemingen instemmen met het door de betrokken vereniging(en) van werknemers informeren van de genoemde derden. Indien de bij de fusie betrokken ondernemingen instemmen met het door de vereniging(en) van werknemers informeren van de genoemde derden, verzoekt respectievelijk verzoeken de vereniging(en) van werknemers aan die derden dezelfde geheimhouding te betrachten als aan haar respectievelijk hen zelf is verzocht en voor dezelfde duur als deze geheimhoudingsplicht aan haar respectievelijk hen zelf is verzocht.

Indien één of meer van de bij de fusie betrokken onderneming(en) niet instemt respectievelijk instemmen met c.q. bezwaar hebben tegen het door een vereniging van werknemers informeren van genoemde derden (bijvoorbeeld omdat de bij de fusie betrokken ondernemingen van mening zijn dat de kring van te informeren personen te groot wordt), dan kan de betrokken vereniging van werknemers een beroep doen op het vierde lid. Stelplicht en bewijslast liggen bij de vereniging van werknemers die een beroep doet op artikel 7, vierde lid.

Met ‘derden’ worden niet alleen externe deskundigen en adviseurs (zoals advocaten, belastingadviseurs, accountants) bedoeld, maar ook de leden van de vereniging(en) van werknemers die werkzaam zijn in een van de fusiepartijen.”

3.7 Aanvangstijdstip klachttermijn geschillenprocedure

3.7.1 Probleem huidige bepaling (artikel 19)

Probleem

Geschillen over de niet- of niet behoorlijke naleving van de Fusiegedragsregels kunnen op grond van artikel 19 van de Fusiegedragsregels⁴⁴ door verenigingen van werknemers en fusiepartijen aanhangig worden gemaakt bij de Geschillencommissie binnen een maand nadat hen het geschil is gebleken of redelijkerwijze had kunnen blijken. In de praktijk is het moment waarop de termijn van een maand aanvangt echter vaak moeilijk objectief vast te stellen.

De vraag ligt voor of een duidelijkere afbakening van de klachttermijn kan worden geformuleerd die tevens toelaat dat verschillende schendingen van de Fusiegedragsregels in één klacht kunnen worden ondergebracht ongeacht het moment waarop elk van die schendingen plaatsvond.

⁴⁴ De huidige tekst van artikel 19 Fusiegedragsregels luidt: “Het geschil wordt aanhangig gemaakt bij verzoekschrift, binnen een maand nadat de niet- of niet behoorlijke naleving van de fusiegedragsregels aan de verzoeker is gebleken of redelijkerwijs had kunnen blijken.”

Mogelijke oplossing

In de literatuur is gesuggereerd de klachttermijn te laten aanvangen op het moment dat de informatie- en consultatieprocedure in het kader van de Fusiegedragsregels is afgerond⁴⁵. Er is een aantal voorstellen geformuleerd waarin het vaststellen van het aanvangstijdstip van de klachttermijn (mede) in handen van verenigingen van werknemers ligt. Dat lijkt niet verstandig en kan leiden tot nieuwe discussies over de aanvangstermijn en een mogelijke beïnvloeding daarvan door verenigingen van werknemers. Bovendien wordt geen moment van aanvang bepaald voor gevallen waarin de fusiepartijen hun verplichting de betrokken vereniging(en) van werknemers tijdig te informeren niet nakomen.

Gezocht is naar een tijdstip dat objectief is vast te stellen. Een tijdstip aan het eind van het fusieproces lijkt daarvoor het meest in aanmerking te komen. Daarmee kan ook worden voorkomen dat voor iedere schending van de Fusiegedragsregels een afzonderlijke termijn geldt.

3.7.2 Voorstel tot verbetering

Artikel 19 komt als volgt te luiden:

“Een geschil, bedoeld in artikel 18, moet aanhangig worden gemaakt bij schriftelijk verzoek dat bij het secretariaat van de Geschillencommissie moet worden ingediend. Het schriftelijk verzoek moet worden ingediend binnen een termijn eindigende een maand na openbaarmaking door of namens een of meer bij de totstandbrenging van de fusie betrokken partijen dat de fusie al dan niet doorgang vindt.”

De toelichting bij artikel 19 komt als volgt te luiden:

“Dit artikel regelt de looptijd van de klachttermijn. Onder artikel 19, van het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 werd het begin van de klachttermijn vastgelegd. Het moment waarop die termijn aanving bleek in de praktijk vaak onduidelijk en vatbaar voor dispuut. De termijn van een maand bleek in de praktijk vaak te kort. Voorts had die bepaling tot gevolg dat bij verscheidene en niet gelijktijdige schendingen per schending van de Fusiegedragsregels de klachttermijn in acht moest worden genomen.

De gewijzigde formulering strekt ertoe de termijn voor indiening van klachten te verlengen en te bevorderen dat verschillende (veronderstelde) schendingen van de Fusiegedragsregels door dezelfde fusiepartijen en met betrekking tot dezelfde fusie zoveel mogelijk in één klacht kunnen worden ingebracht. De openbaarmaking van het feit dat de fusie al dan

45 Witteveen, P.A.M. (2014) Fusiegedragsregels: vakbonden en wezenlijke invloed, *Ondernemingsrecht*, p. 641 e.v.

niet doorgang vindt kan op verschillende manieren geschieden, onder andere door een persbericht, een niet aan geheimhouding onderworpen mededeling aan de in de onderneming werkzame personen of een bericht aan de betrokken vereniging(en) van werknemers door of namens één of beide fuserende partijen. Indien er geen sprake is van een openbare bekendmaking dat de fusie al dan niet doorgang vindt, eindigt de klachttermijn een maand na het moment waarop de vereniging(en) van werknemers op enige andere wijze kennis zou(den) hebben kunnen nemen van (het al dan niet doorgaan van) de fusie. Alle klachten die voor dat moment worden ingediend, zijn tijdig ingediend.”

Voorts wordt – in aansluiting op paragraaf 2.8 van dit rapport – aan de toelichting de volgende passage over de bemiddelingsregeling toegevoegd:

“Het staat de voorzitter van de Geschillencommissie vrij om in overleg met partijen een bemiddelingspoging te (doen) ondernemen. Ook staat het elk der partijen (al dan niet gezamenlijk) vrij om bij een (dreigend) geschil de voorzitter van de Geschillencommissie om bemiddeling te vragen.”

3.8 Rol en taak SER-secretariaat

3.8.1 Huidige gang van zaken

Rol en taak op grond van artikel 8, tweede lid, van de Fusiegedragsregels

Het SER-secretariaat heeft tot taak te bevorderen dat de in artikel 4 van de Fusiegedragsregels bedoelde kennisgeving van een voorgenomen fusie aan de betrokken vereniging(en) van werknemers wordt gedaan.

Huidige praktijk doorzending meldingen naar de verenigingen van werknemers

Als onderdeel van bovengenoemde taak stuurt het SER-secretariaat door hem ontvangen meldingen van voorgenomen fusies door naar de betrokken vereniging(en) van werknemers, inclusief de gegevens die fusiepartijen aan de SER hebben verstrekt in hun antwoord op de vragen opgenomen in het zogenoemde meldingsformulier (voorheen: B-formulier)⁴⁶.

Bij de meeste door het SER-secretariaat ontvangen meldingen blijkt dat fusiepartijen van mening zijn dat de Fusiegedragsregels ook inderdaad van toepassing zijn.

Wanneer fusiepartijen wel (onverplicht) melden maar daarbij aangeven dat zij van mening zijn dat de Fusiegedragsregels *niet* van toepassing zijn⁴⁷ neemt het

⁴⁶ Zie <http://www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/fusiegedragsregels/vragenformulierb.aspx>.

secretariaat in geval van twijfel contact met hen op. Dit kan ertoe leiden dat fusiepartijen alsnog concluderen dat de Fusiegedragsregels wel van toepassing zijn. In dat geval stuurt het SER-secretariaat de melding alsnog door.

Indien fusiepartijen van mening zijn – en ook na overleg van mening blijven – dat de Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn, wordt de melding niet doorgestuurd naar verenigingen van werknemers. De melding bevat immers vertrouwelijke informatie, namelijk de gegevens die zijn opgenomen in het meldingsformulier.

3.8.2 Voorstel tot verbetering

De commissie vindt het wenselijk dat verenigingen van werknemers – via het SER-secretariaat – worden geïnformeerd over meldingen van fusiepartijen die menen dat de Fusiegedragsregels niet op de voorgenomen fusie van toepassing zijn.

De commissie stelt voor dat het SER-secretariaat in deze gevallen een verkorte kennisgeving aan de betrokken vereniging(en) van werknemers zendt⁴⁷. Deze kennisgeving maakt alleen melding van het fusievoornemen, de daarbij betrokken partijen en hun mening dat de Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn. De gegevens opgenomen in het meldingsformulier worden niet meegezonden. Het is vervolgens aan de betrokken vereniging(en) van werknemers om al dan niet actie te ondernemen. De commissie is zich er van bewust dat artikel 7, eerste lid, ook hier van toepassing moet zijn op de verenigingen van werknemers. Het lijkt de commissie daarom verstandig om aan artikel 8 een nieuw derde lid toe te voegen, waarin is opgenomen dat de geheimhoudingsplicht ook in geval een verkorte kennisgeving aan verenigingen van werknemers wordt gezonden.

De commissie stelt voor als nieuw artikel 8, derde lid op te nemen:

“Indien partijen een kennisgeving, als bedoeld in het eerste lid, doen aan het secretariaat van de Raad en van mening zijn dat de Fusiegedragsregels niet van toepassing zijn op de (in voorbereiding zijnde) fusie kan het secretariaat van de Raad een verkorte kennisgeving zenden aan de betrokken vereniging(en) van werknemers. Op de verkorte kennisgeving is artikel 7, eerste lid, van overeenkomstige toepassing.”

⁴⁷ Bijvoorbeeld omdat bij de melder geen ‘betrokken’ verenigingen van werknemers bekend zijn of omdat de melder meent dat de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort.

⁴⁸ Indien niet duidelijk is welke de ‘betrokken’ verenigingen van werknemers zijn, kan het SER-secretariaat de melding doorsturen naar de centrale werknemersorganisaties.

In de toelichting bij artikel 8, derde lid, kan worden opgenomen:

“De verkorte kennisgeving van het secretariaat van de Raad vermeldt het fusievoornemen, de daarbij betrokken partijen en de mening van partijen dat de Fusiegedragsregels niet op de desbetreffende (in voorbereiding zijnde) fusie van toepassing zijn. Andere gegevens of stukken worden door het secretariaat van de Raad niet met de verkorte kennisgeving aan de betrokken vereniging(en) van werknemers doorgezonden.”

De ‘verkorte kennisgeving’ zoals bovenbedoeld, past volgens de commissie in de taak van het secretariaat op grond van artikel 8 om de kennisgeving van voorgenomen fusies aan verenigingen van werknemers te bevorderen.

De commissie vindt dat de *signalerende* taak van het secretariaat beperkt moet blijven tot de huidige handelswijze: het volgen van mededelingen over fusievoornemens in de media en het eventueel vragen van inlichtingen⁴⁹.

3.9 Redactionele verbeteringen

3.9.1 Huidige tekst Fusiegedragsregels

De commissie signaleert dat op diverse plaatsen in de Fusiegedragsregels een verbetering van de bestaande tekst nodig of wenselijk is. Het gaat hierbij om redactionele verbeteringen dan wel om wijzigingen die nodig zijn om de bestaande tekst aan te passen aan de actualiteit. Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de tekst (en de in de tekst opgenomen verwijzingen) zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de richtlijnen zoals opgenomen in de ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’⁵⁰. Voorts is de tekst op een aantal plaatsen gemoderniseerd, waaronder het gebruik van tussenkopjes bij de verschillende bepalingen. De belangrijkste wijzigingen worden hieronder toegelicht.

⁴⁹ De commissie bepleit niet terug te keren naar de praktijk van vóór 2000, toen het SER-secretariaat nog een ‘opsporende’ taak had. Deze is in 2000 door de SER welbewust zeer sterk ingeperkt.

⁵⁰ Aanwijzingen voor de regelgeving (doorlopende tekst tot en met 7^e wijziging), circulaire van de Minister-President d.d. 18 november 1992, *Staatscourant* (2005) 87.

3.9.2 Voorstel tot verbetering

De commissie doet de volgende voorstellen voor verbetering van de redactie van de Fusiegedragsregels.

Artikel 2, derde lid, onder a

Artikel 2, derde lid, onder a, bepaalt dat de gedragsregels niet gelden indien: *“alle bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot een samenstel van ondernemingen”*. Het betreft de zogenoemde intra-concernexceptie. De bepaling behoeft verduidelijking en wel als volgt:

“alle bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot hetzelfde samenstel van ondernemingen.”

Deze tekstwijziging strekt er overigens niet toe de bepaling inhoudelijk te wijzigen.

Toelichting bij artikel 3

In de toelichting bij artikel 3 wordt gerefereerd aan artikel 28h, van het Fondsenreglement en de Wet toezicht effectenverkeer. Aangezien de regelgeving op dit terrein ingrijpend is gewijzigd dienen deze verwijzingen komen te vervallen. In plaats daarvan kan worden verwezen naar hoofdstuk 5.5 van de Wet op het financieel toezicht, het Besluit openbare biedingen Wft, artikel 59 van hoofdstuk 5 van de Wet op het financieel toezicht en artikel 12 tot en met 14, van het Besluit marktmisbruik Wft betreffende publicatie van koersgevoelige informatie.

Artikel 10, eerste en het derde tot en met vijfde lid

Artikel 10 bepaalt de samenstelling van de Geschillencommissie. Het eerste lid en het derde tot en met het vijfde lid betreffen de benoeming van de leden en de plaatsvervangende leden door de Raad. In het Algemeen machtigingsbesluit SER is sinds 6 februari 2009 de bevoegdheid tot het instellen van commissies, alsmede tot het samenstellen daarvan aan het DB van de Raad gemandateerd⁵¹. In artikel 10, eerste lid, wordt *“Wet op de bedrijfsorganisatie”* vervangen door *“Wet op de Sociaal-Economische Raad”*. Artikel 10, derde tot en met vijfde lid, dienen te worden aangepast in die zin dat waar *“raad”* staat vermeld *“dagelijks bestuur van de Raad”* in de plaats komt. In artikel 10, vijfde lid, wordt *“organisaties van werknemers”* vervangen door: *“verenigingen van werknemers”*.

51 Zie artikel 2a, lid 1 Algemeen machtigingsbesluit SER d.d. 6 februari 2009.

Het eerste en het derde tot en met vijfde lid van artikel 10 van de Fusiegedragsregels luiden dan als volgt:

1. *“De Geschillencommissie bestaat uit vijf leden en vijf plaatsvervangende leden. De artikelen 5 en 9 van de Wet op de Sociaal-Economische Raad zijn van overeenkomstige toepassing. De leden, bedoeld in het tweede lid, hebben geen persoonsgebonden plaatsvervanger; de leden, bedoeld in het vijfde lid, wel.*
- (...)
3. *De leden en plaatsvervangende leden worden benoemd door het dagelijks bestuur van de Raad.*
4. *Het dagelijks bestuur van de Raad benoemt uit de leden, bedoeld in het tweede lid, de voorzitter van de Geschillencommissie. De beide andere leden, bedoeld in het tweede lid, fungeren als plaatsvervangend voorzitter.*
5. *Voor de benoeming van de overige leden en plaatsvervangende leden stelt het dagelijks bestuur van de Raad voor het ene (plaatsvervangend) lid de daarvoor naar zijn oordeel in aanmerking komende organisaties van ondernemers gezamenlijk en voor het andere (plaatsvervangend) lid de daarvoor naar zijn oordeel in aanmerking komende verenigingen van werknemers gezamenlijk in de gelegenheid een voordracht te doen.”*

Artikel 12

In het verlengde van de aanpassing van artikel 10, derde tot en met het vijfde lid, komt de bepaling te vervallen dat de raad zijn DB kan machtigen namens hem toepassing te geven aan artikel 10, derde tot en met het vijfde lid. Artikel 12 van de Fusiegedragsregels komt te luiden:

“De Raad kan zijn dagelijks bestuur machtigen namens hem toepassing te geven aan artikel 11, tweede lid.”

Artikel 13

De formulering van artikel 13 wordt gemoderniseerd. De term “*verschonen*” wordt vervangen door “*voorkomen van belangenverstrengeling*”. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt het artikel als volgt aangepast:

“Een lid van de Geschillencommissie voorkomt belangenverstrengeling. Hij doet datgene wat mogelijk is om belangenverstrengeling of de schijn daarvan te vermijden en maakt geen misbruik van zijn positie. Indien noodzakelijk, treedt in zijn plaats een plaatsvervangend lid van de Geschillencommissie op.”

Artikel 14

In artikel 14 wordt de term “*wraking*” vervangen door “*verzoek tot vervanging*”. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt het artikel als volgt aangepast:

1. *“Een of meer partijen kunnen op grond van feiten en omstandigheden waardoor getwijfeld kan worden aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een lid van de Geschillencommissie verzoeken het betreffende lid te vervangen.*
2. *Dit verzoek tot vervanging dient zo spoedig mogelijk schriftelijk en met redenen omkleed bij de Geschillencommissie te worden ingediend. Tijdens de mondelinge behandeling kan dit verzoek ook mondeling worden gedaan.*
3. *Indien het lid van de Geschillencommissie waarvan vervanging wordt verzocht zich niet uit eigen beweging terugtrekt, beslissen de overige leden van de Geschillencommissie onverwijld over het verzoek tot vervanging nadat zowel het betrokken lid als de partij(en), die om de vervanging van het betrokken lid heeft (hebben) verzocht, is (zijn) gehoord.*
4. *De beslissing over het verzoek tot vervanging is gemotiveerd en wordt per omgaande aan de partij(en) die om de vervanging heeft (hebben) verzocht en de andere partij(en) meegedeeld.*
5. *Staken de stemmen bij een beslissing, bedoeld in het derde lid, dan wordt het verzoek tot vervanging geacht te zijn toegewezen.”*

Artikel 20

In artikel 20, eerste lid en tweede lid, wordt “*verzoekschrift*” vervangen door: “*schriftelijk verzoek*”. In artikel 20, tweede lid, vervalt “*of procureur*”.

Artikel 21

In artikel 21, eerste lid, wordt “*verzoekschrift*” vervangen door: “*schriftelijk verzoek*”. Artikel 21, tweede lid, komt te luiden:

“De voorzitter kan de verzoekende partij schriftelijk en gemotiveerd niet-ontvankelijk verklaren.”

In artikel 21, vierde tot en met zesde lid, wordt de term “*verzet*” vervangen door “*bezwaren*”.

Artikel 22

In artikel 22, eerste en tweede lid, wordt “*verzoekschrift*” vervangen door: “*schriftelijk verzoek*”.

In artikel 22, tweede lid, wordt “*schriftelijk en gemotiveerd verweerschrift*” vervangen door “*schriftelijk verweer*”.

In artikel 22, derde lid, wordt “verzoekschrift ” vervangen door: “schriftelijk verweer”, en vervalt “of procureur”.

Artikel 22, derde lid, komt te luiden:

“Indien het schriftelijk verweer wordt ingediend door een gemachtigde, niet zijnde een advocaat, moet bij het schriftelijk verweer een machtiging worden gevoegd.”

In artikel 22, vierde lid, wordt “verweerschrift” vervangen door: “schriftelijk verweer”.

Artikel 25, tweede lid

In artikel 25, tweede lid, wordt een expliciete verwijzing naar het verzoek, bedoeld in het eerste lid, opgenomen.

Artikel 26, nieuw tweede lid

Aan artikel 26 wordt een tweede lid toegevoegd, luidende:

“Indien een partij zich laat bijstaan door een adviseur, niet zijnde een advocaat, dient die adviseur voorafgaande aan de mondelinge behandeling een machtiging van de desbetreffende partij te overleggen.”

Artikel 29

De verwijzing in artikel 29 naar “in deze en de volgende paragraaf” genoemde termijnen wordt geschrapt. Artikel 29 komt te luiden:

“De Geschillencommissie kan van de genoemde termijnen afwijken en eveneens aan partijen afwijking toestaan. Zij draagt er zorg voor dat een redelijke termijn van afhandeling van het geschil verzekerd blijft.”

Toelichting bij artikel 32

In de toelichting bij artikel 32 wordt “commissie” vervangen door “Geschillencommissie”. Daarnaast wordt de in de toelichting opgenomen verwijzing naar artikel 32, tweede lid, vervangen door artikel 33, tweede lid.

Artikel 34

In artikel 34 wordt “SER-besluit Fusiegedragsregels 1975” vervangen door “SER-besluit Fusiegedragsregels 2000”.

Artikel 35

In artikel 35, eerste lid, wordt “SER-besluit Fusiegedragsregels 2000” vervangen door “SER-Fusiegedragsregels 2015”.



Bijlagen

Samenstelling Commissie Herziening Fusiegedragsregels

Leden

Onafhankelijke leden

prof.dr. E.J.J. (Hans) Schenk (voorzitter)
 dr. R.H. (Robbert) van het Kaar
 mr.dr. J.N. (Hanny) Schutte-Veenstra
 prof.dr. E. (Evert) Verhulp

Ondernemersleden

mr. S. (Suzanne) Drion (VNO-NCW)
 mr. B.J. (Ben) Schoordijk (MKB-Nederland)
 mr. R. (Rob) van der Vlist (VNO-NCW)

Plaatsvervangende leden

mr. A. (Sandro) Rigutto
 prof.dr. M.J.G.C. (Theo) Raaijmakers

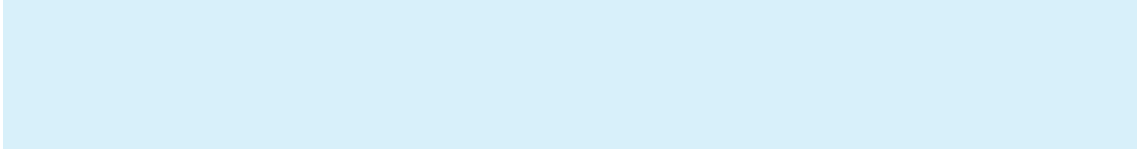
Werknemersleden

prof.dr. K. (Klara) Boonstra (FNV)
 mr. H. (Rik) van Steenbergen (FNV)
 drs. R.T.B. (Reginald) Visser (VCP)
 S.W. (Sonja) Baljeu Eur. Erg. (CNV)

drs. A.P.C.M. (Nic) van Holstein
 A.A. (Arend) van Wijngaarden

Secretariaat SER

mr. E.A. (Evert) van Bonzel
 mr. A.M. (Anita) van den Bosch-De Gier (vanaf november 2014)
 mr. E.C.M. (Esther) Dik (tot maart 2014)
 mr. A.L.H. (André) de Groot (van maart tot november 2014)
 mr. J.M. (Joeri) Lodewijk (tot maart 2015)
 mr. N.E. (Nicole) Kuijer (vanaf februari 2015)



Lijst van deelnemers aan de consultatie februari 2014

- mr. F. (Frans) de Beer
- prof.dr. R. (Ronald) Beltzer
- G.J. (Gert-Jan) den Besten Bsc
- prof.dr. H.J. (Harm-Jan) de Kluiver
- mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten LLM
- mr. M. (Marian) Mons
- mr. M.H. (Maarten) Muller
- prof.mr. W. (Wilco) Oostwouder
- prof.mr. L.C.J. (Loe) Sprengers
- mr. C. (Casper) Vaandrager
- mr. P.A.M. (Paul) Witteveen
- dr. I. (Ilse) Zaal

Publicatieoverzicht Fusiegedragsregels

Algemeen

Publicaties van de SER verschijnen digitaal. Alle publicaties zijn te downloaden op onze website. Sommige publicaties zijn in boekvorm te bestellen tegen vergoeding (€ 7,50). Kijk daarvoor onderaan de beginpagina van een publicatie.

Van de adviezen verschijnt eveneens een Engelstalige samenvatting. Deze is te vinden op de webpagina van het desbetreffende advies en de Engelstalige website van de SER.

Overzicht van eerdere adviezen / publicaties van de SER over de Fusiegedragsregels:

SER (2000) Herziening fusiegedragsregels. SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 ter bescherming van de belangen van werknemers, Den Haag : Sociaal-Economische Raad

SER (1996) Herziening van de fusiecode, Den Haag : Sociaal-Economische Raad

SER (1977) Advies inzake de toekomstige juridische status van de fusiegedragsregels en inzake een preventie materiële toetsing van fusies door de overheid, Den Haag : Sociaal-Economische Raad

SER (1971) Advies inzake de instelling van een commissie van onderzoek naar de totstandkoming en de gevolgen van fusies, Den Haag : Sociaal-Economische Raad

SER (1971) Advies inzake informatie aan de regeling omtrent in overweging zijnde fusies (Tweede advies inzake gedragsregels in acht te nemen bij het tot stand komen van fusies), Den Haag : Sociaal-Economische Raad

SER (1970) Eerste advies inzake gedragsregels in acht te nemen bij het tot stand komen van fusies, Den Haag : Sociaal-Economische Raad

Alle uitgaven zijn te bestellen:

- telefonisch (070 3499 671);
- via de website (www.ser.nl);
- door overmaking van de vermelde prijs op banknummer NL17INGB0667 165908 ten name van de SER te Den Haag, onder vermelding van het bestelnummer en de titel.

Colofon

Uitgave

Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag

T 070 3499 499

E communicatie@ser.nl

www.ser.nl

Tekst

Commissie Herziening Fusiegedragsregels

Fotografie

Shutterstock

Vormgeving en druk

2D3D, Den Haag (basisontwerp); Huisdrukkerij SER

© 2015, Sociaal-Economische Raad

Alle rechten voorbehouden

Overname van teksten is toegestaan onder bronvermelding.

SOCIAAL-ECONOMISCHE RAAD
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag

T 070 3499 499
E communicatie@ser.nl

www.ser.nl

© 2015, Sociaal-Economische Raad