

**Beslissing inzake FNV - Heijmans van Wanrooij**

---

Beslissing van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels (hierna: "GF") als bedoeld in artikel 9 van het SER-besluit Fusiegedragsregels 2015 ter bescherming van de belangen van de in de onderneming werkzame personen (hierna: "FG2015")

Inzake:

FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING, gevestigd te Utrecht,  
gemachtigde mr. J. van Overdam,

hierna te noemen: verzoekster of FNV,

tegen:

1. HEIJMANS NEDERLAND B.V., statutair gevestigd te Rosmalen (hierna: Heijmans),  
gemachtigden mr. drs. B.A.J. van Leent en mr. J.H. Bennaars,
2. VAN WANROOIJ BOUW & ONTWIKKELING B.V., statutair gevestigd te Geffen (hierna:  
Van Wanrooij),  
gemachtigden mr. D. Breunissen en mr. J.J.N. Bleeker,

hierna gezamenlijk te noemen: verweersters.

**1. Procedure**

- 1.1 De GF heeft kennisgenomen van de volgende stukken:
  - het verzoekschrift, ontvangen op 30 juni 2023, met 7 bijlagen;
  - het gezamenlijk verweerschrift, ontvangen op 17 september 2023, met 16 bijlagen;
  - de pleitnota's van de gemachtigde(n) van verzoekster en verweersters, overgelegd ter zitting.
- 1.2 Op 18 juli 2023 heeft de voorzitter van de GF het verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.
- 1.3 Op 30 juni 2023 berichtte FNV dat het verzoekschrift primair is ingediend ter sauvering van de klachttermijn omdat partijen met elkaar in overleg gingen. Op 4 augustus 2023 heeft FNV verzocht de behandeling van zaak doorgang te laten vinden. De hoorzitting was gepland op 8 september 2023. Op verzoek van zowel verzoekster als verweersters is deze verplaatst naar 11 oktober 2023.
- 1.4 Op 11 oktober 2023 is een hoorzitting gehouden. Namens verzoekster waren daarbij aanwezig: twee bestuurders en een juridisch beleidsadviseur van FNV en bovengenoemde gemachtigde. Namens verweersters waren aanwezig de CFO van

Koninklijke Heijmans N.V., de CEO van Van Wanrooij en bovengenoemde gemachtigden.

## 2. Feiten

Bij haar beslissing gaat de GF uit van de volgende tussen partijen vaststaande dan wel niet of onvoldoende weersproken feiten en omstandigheden, zoals die uit de stukken en/of hetgeen ter zitting naar voren is gebracht, zijn gebleken:

- 2.1 Het geschil heeft betrekking op een transactie waarbij alle aandelen in het kapitaal van de doelvennootschap - Van Wanrooij Holding B.V. en haar dochtervennootschappen - zijn verkocht en overgedragen aan Heijmans (hierna: de transactie). Bij (het concern van) de doelvennootschap zijn circa 220 werknemers werkzaam.
- 2.2 Heijmans N.V., enig aandeelhouder van Heijmans, is beursgenoteerd en valt onder de Verordening marktmisbruik (hierna: MAR).
- 2.3 Tussen partijen is niet in geschil dat de voorgenomen transactie (waarvan de waarde hoger lag dan de beurswaarde van Heijmans op het moment van openbaarmaking) voorwetenschap/ koersgevoelige informatie vormt in de zin van artikel 7 MAR.
- 2.4 De feitelijke gang van zaken is als volgt geweest:
  - Heijmans en Van Wanrooij zijn sinds de zomer van 2022 met elkaar in contact geweest over de potentiële transactie. In dat kader is op 22 oktober 2022 een non-disclosure agreement ondertekend en zijn diverse verkennende werkzaamheden uitgevoerd, waaronder een analyse van 13 projecten.
  - Op 15 december 2022 heeft Heijmans een indicatieve bieding uitgebracht. Op 21 december 2022 heeft Van Wanrooij daarop gereageerd met een tegenbod.
  - In januari en februari 2023 heeft tussen partijen overleg plaatsgevonden over nadere afspraken. In diezelfde periode heeft Heijmans over de voorgenomen transactie vertrouwelijk overleg gevoerd met haar ondernemingsraad (hierna: OR).
  - De besprekingen tussen Heijmans en Van Wanrooij, die medio februari 2023 waren vastgelopen, zijn in april 2023 weer op gang gekomen.
  - Vooruitlopend op een mogelijke transactie heeft Heijmans op 21 april 2023 bij haar OR een adviesaanvraag ingediend over de financiering van de transactie. De OR heeft hier op 26 april 2023 een positief advies over gegeven. De OR heeft vervolgens op 19 mei 2023 een adviesaanvraag gekregen omtrent de transactie zelf en heeft hier op 14 juni 2023 een positief advies over gegeven.
  - In de avond van 20 juni 2023 is de koopovereenkomst getekend. De overeenkomst bevat geen opschortende voorwaarde ten aanzien van de (gevolgen van de) meldingen op grond van de FG2015.
  - Op 21 juni 2023 zijn om 7:46 uur de verenigingen van werknemers en de SER per e-mail geïnformeerd over de transactie, en is vervolgens om 8:00 uur door Heijmans een persbericht over de transactie uitgebracht. Diezelfde ochtend zijn de medewerkers van Van Wanrooij tijdens een personeelsbijeenkomst over de transactie geïnformeerd.
  - Het secretariaat van de SER heeft de fusiemelding op 21 juni 2023 doorgestuurd aan FNV.
  - FNV heeft op 30 juni 2023 een vragenbrief aan verweersters gestuurd. Verweersters hebben hierop gereageerd bij brief van 4 juli 2023. Op 18 juli 2023 heeft overleg plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van verweersters en van verschillende verenigingen van werknemers, waaronder verzoekster. Op 31 juli

2023 heeft FNV een brief met vervolgvragen gestuurd. Hierop is door verweersters gereageerd bij brieven van 4 en 5 september 2023. Verweersters hebben FNV uitgenodigd voor verder overleg, maar dat overleg heeft niet plaatsgevonden.

- Na de goedkeuring van de transactie door de ACM op 3 augustus 2023 is door Heijmans een persbericht uitgegeven waarin onder meer gemeld wordt dat de “closing” waarschijnlijk begin september 2023 zal plaatsvinden.
  - Op 5 september 2023 is de notariële akte van aandelenoverdracht gepasseerd en heeft Heijmans een persbericht uitgegeven waarin wordt aangekondigd dat de transactie is afgerond.
  - In een verklaring van 15 september 2023 heeft de voorzitter van de OR aangegeven dat de OR geen behoefte heeft gehad aan het oordeel van de verenigingen van werknemers om in zijn besluitvorming te betrekken.
- 2.5 Verweersters erkennen dat zij de betrokken verenigingen van werknemers niet voorafgaand aan het ondertekenen van de koopovereenkomst hebben geïnformeerd over de (voorbereiding van de) fusie.

### 3. Standpunt verzoeksters

- 3.1 Verzoekster stelt dat verweersters artikel 3 lid 1 en artikel 4 van de FG2015 hebben geschonden. Zij voert daartoe kort samengevat het volgende aan.
- 3.2 Verweersters hebben op 21 juni 2023 een openbare mededeling gedaan over de fusie zonder verzoekster vooraf in kennis te stellen van de inhoud daarvan, zoals artikel 3 lid 1 FG2015 vereist. De fusiemelding die verweersters op 21 juni 2023 aan FNV hebben verzonden heeft haar nooit bereikt: op 22 juni 2023 heeft FNV via de aan haar doorgezonden kennisgeving aan de SER kennisgenomen van de fusie.

Artikel 3 lid 1 FG2015 luidt volgens artikel 3 lid 2 FG2015 weliswaar uitzondering wanneer een “algemeen voor het effectenverkeer geldend voorschrift” zich tegen de door artikel 3 lid 1 FG2015 voorgeschreven voorafgaande mededeling verzet, maar FNV bestrijdt dat dat geval zich hier voordoet. FNV is van mening dat artikel 3 lid 2 FG2015 slechts geldt in geval van een openbaar bod en verwijst daarvoor naar een bijdrage van prof. mr. J.N. Schutte in vakblad Ondernemingsrecht 2021/17 (“Vijf jaar Fusiegedragsregels 2015”, Ondernemingsrecht 2021/17 p. 10/11). Van een openbaar bod is in dit geval geen sprake.

- 3.3 FNV stelt in dit kader verder dat verweersters de bestuurders van de betrokken vakorganisaties hadden kunnen en moeten informeren, omdat deze vallen onder de categorie personen die toegang tot koersgevoelige informatie nodig hebben voor de normale uitoefening van hun werk, beroep of functie. Immers, om de medezeggenschapsfunctie zoals vastgelegd in de FG2015 goed te kunnen uitoefenen dienen de vakorganisaties tijdig op de hoogte te worden gesteld van fusieplannen zodat gewaarborgd is dat het oordeel van de vakorganisaties van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en de modaliteiten daarvan. Artikel 7 FG2015 regelt de geheimhoudingsplicht van vakorganisaties en hun leden. Voor zover de daarin geregelde geheimhoudingsverplichting niet zou volstaan hadden verweersters van FNV kunnen verlangen een (aanvullende) geheimhoudingsovereenkomst te tekenen.
- 3.4 FNV betwist de stelling van verweersters, die zich daarbij beroepen op het *Grøngaard*-arrest, dat zij deze gegevens niet aan verzoekster hoefden te overhandigen omdat het gevaar van lekken daarvoor te groot was. In het arrest is

volgens FNV niet geoordeeld over de vraag of een voorafgaande kennisgeving aan de bonden is toegestaan.

- 3.5 FNV ziet steeds vaker dat bij fusiemeldingen door fusiepartijen een beroep wordt gedaan op financieelrechtelijke regelingen betreffende koersgevoelige informatie. Hierdoor is het risico reëel dat bij een fusie waarbij een beursvennootschap is betrokken, het oordeel van werknemersvertegenwoordigers niet meer van wezenlijk invloed is of kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en de wezenlijke modaliteiten daarvan. FNV zou daarom een uitspraak op principiële gronden van de GF op dit punt willen hebben.
- 3.6 Daarnaast is volgens FNV sprake van schending van artikel 4 van de FG2015. Uit de feiten blijkt onomstotelijk dat FNV pas door verweersters is geïnformeerd over de fusie na het sluiten van de koopovereenkomst. Uit de door verweersters overgelegde tijdlijn blijkt dat Heijmans op 21 april 2023 een adviesaanvraag heeft ingediend bij de OR omtrent de financiering van de voorgenomen transactie, en op 19 mei 2023 omtrent de voorgenomen transactie zelf. Op dat moment was er dus al sprake van wilsovereenstemming over de fusie en de wezenlijke modaliteiten daarvan: immers, indien zulks niet het geval zou zijn geweest was er ook geen reden geweest voor het indienen van adviesaanvragen bij de OR. Sterker nog, gezien de door verweersters bij het verweerschrift overgelegde verklaring van de voorzitter van de OR van Heijmans is aannemelijk dat verweersters al in januari 2023 op hoofdlijnen overeenstemming hadden bereikt over de fusie, getuige het navolgende citaat: *'Wat de overname van Van Wanrooij betreft werd de OR reeds in januari 2023 op hoofdlijnen geïnformeerd. In februari 2023 werd met een werkgroep een langdurig en intensief traject doorlopen waarbij de hele OR telkens werd betrokken.'*
- 3.7 Met het voorgaande staat vast dat FNV niet is geïnformeerd op zodanig tijdstip en op zodanige wijze *"dat het oordeel van de verenigingen van werknemers van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet totstandkomen van de fusie en op de modaliteiten daarvan"*, en dat verweersters artikel 4, leden 1, 6 en 8 FG2015 geschonden hebben.

De artikelen 4, leden 3, 4, 5, 7 en 8 FG2015 zijn volgens verzoekster evenzeer geschonden. Zij heeft immers niet de gelegenheid gehad om:

- de nadere informatie te vragen die zij voor haar oordeelsvorming nodig had, op een moment dat dat oordeel nog van wezenlijke invloed kon zijn op de totstandkoming van de voorgenomen fusie of de modaliteiten daarvan (artikel 4 lid 5 jo lid 6 FG2015);
  - met inachtneming van een redelijke termijn voor beraad een oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het belang van de in onderneming werkzame personen (artikel 4 lid 3 FG2015);
  - in een bespreking aandacht te besteden aan de onderwerpen als bedoeld in artikel 4 lid 4 sub a tot en met d FG2015;
  - de OR van Heijmans haar oordeel over de voorgenomen fusie te geven waardoor de OR hier geen rekening mee heeft kunnen houden bij zijn advies als bedoeld in artikel 25 WOR.
- 3.8 FNV verzoekt de GF tot slot om te bepalen dat de beschreven schendingen van de artikelen 3 lid 1 en 4 FG2015 een ernstig karakter dragen en in ernstige mate verwijtbaar zijn. Tevens verzoekt zij de beslissing te publiceren via een persbericht of, subsidiair, op de website, met vermelding van de namen van de fusiepartijen, waaronder mede begrepen de doelvennootschappen.

#### 4. Standpunt verweersters

- 4.1 Het verweer luidt dat verweersters de FG2015 correct hebben nageleefd en, voor zover dat niet het geval zou zijn, geen sprake is van een schending met een ernstig karakter en evenmin van ernstige verwijtbaarheid. Verweersters verzoeken om anonimisering door zowel de namen van de betrokken bedrijven als van de functionarissen weg te laten in de openbare uitspraak.
- 4.2 Volgens verweersters is er geen sprake van schending van artikel 3 lid 1 FG2015. Op grond van artikel 3 FG2015 kan de daarin bedoelde kennisgeving tegelijk met de openbare mededeling worden gedaan als effectenrechtelijke regels in de weg staan aan een eerdere kennisgeving. Verweersters zijn van mening dat de voorgenomen fusie voorwetenschap vormde in de zin van de MAR, en dat artikel 10 lid 1 jo 14 lid c MAR hen verbood om verzoekster eerder in te lichten over de voorgenomen aandelenoverdracht dan zij hebben gedaan. In dat verband beroepen verweersters zich onder meer op het *Grøngaard*-arrest van het Europese Hof van Justitie, waarin volgens verweersters een bestuurder werd vervolgd vanwege overtreding van het mededelingsverbod van de MAR omdat hij de vakbonden vertrouwelijk had ingelicht over een voorgenomen fusie.
- 4.3 Het sluiten van een geheimhoudingsovereenkomst was voor Heijmans absoluut geen oplossing, om de volgende redenen:
- Op grond van de MAR is méér nodig dan het opleggen van een geheimhoudingsplicht aan de ontvanger van de mededeling.
  - De geheimhoudingsplicht is er al op basis van artikel 7 FG2015. Daarnaast nog een contractuele geheimhoudingsplicht overeenkomen voegt niets toe.
  - Als een eerdere kennisgeving van een koersgevoelige transactie altijd zou kunnen mits er maar een geheimhoudingsovereenkomst gesloten wordt, is artikel 3 lid 2 FG2015 een dode letter. Kennisgeving kan dan immers altijd, ongeacht of een algemeen voor het effectenverkeer geldend voorschrift zich tegen de kennisgeving verzet. De MAR, als Europese verordening, werkt niet voor niets rechtstreeks door in het Nederlandse (en Europese) recht en verbiedt zeer uitdrukkelijk het wederrechtelijk mededelen van voorwetenschap.
  - Heijmans kan niet een vakbondsvertegenwoordiger benaderen met de vraag om een geheimhoudingsovereenkomst te tekenen. Die vertegenwoordiger weet dan meteen (i) dat Heijmans een fusie voorbereidt en (ii) dat deze fusie zo groot is dat het om koersgevoelige informatie gaat. Het feit "Heijmans heeft een grote fusie in voorbereiding" is op zichzelf al voorwetenschap. Door de vakbeweging aldus te benaderen, overtreedt Heijmans de MAR al.
  - Eind 2012 heeft FNV een door de OR van Heijmans opgelegde geheimhoudingsplicht geschonden. Daarom was het voor Heijmans een "no go" om FNV in een eerder stadium kennis te geven van de fusie.
- 4.4 Artikel 4 FG2015 is volgens verweersters evenmin geschonden omdat ook hiervoor geldt dat de door die bepaling voorgeschreven informatieverstrekking en het door die bepaling voorgeschreven overleg niet mogelijk zou zijn geweest zonder in strijd te komen met de MAR. Verweersters hebben niet gekozen voor een overeenkomst met een opschortende voorwaarde ten aanzien van het oordeel van de vakbonden, omdat een dergelijke voorwaarde de transactie in de waagschaal zou hebben kunnen stellen, terwijl de impact van de fusie voor de werknemers in dit geval praktisch non-existent was. Net als in de door de GF behandelde *Refresco*-zaak (GF uitspraak FNV – Pegasus c.s. d.d. 4 juli 2023) staat vast dat er geen belangrijke gevolgen zijn voor werknemers. Evenals in de *Vervaeke*-zaak (GF

uitspraak CNV Vakmensen – Vervaeke c.s. d.d. 30 mei 2017) heeft Heijmans zich constructief opgesteld.

- 4.5 Van Wanrooij merkt nog op dat (i) Heijmans het voortouw heeft genomen ten aanzien van het medezeggenschapstraject, omdat Heijmans wel een OR heeft en Van Wanrooij niet, (ii) Heijmans en Van Wanrooij aan de betrokken vakorganisaties inzicht hebben gegeven in de motieven voor de fusie en de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid, en (iii) er geen sociale, economische of juridische gevolgen zullen zijn voor het personeel zodat er in dat kader dus ook geen maatregelen nodig zijn.

## **5. Beoordeling**

### Formele beoordeling

Op grond van het vorenstaande concludeert de GF als volgt.

- 5.1 De onderhavige transactie is een fusie in de zin van artikel 1 lid 1 sub e FG2015.
- 5.2 Op deze transactie zijn de FG2015 van toepassing, aangezien deze binnen de werkingssfeer van artikel 2 FG2015 ligt.
- 5.3 Verzoekster is een vereniging van werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub f FG2015 jegens wie de FG2015 moeten worden nageleefd door verweersters.
- 5.4 Het verzoek is tijdig ingediend (artikel 19 FG2015).
- 5.5 Het verzoek is dus ontvankelijk.

### Materiële beoordeling

#### *Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 3 FG2015*

- 5.6 Ingevolge artikel 3 leden 1 en 3 FG2015 dienen fusiepartijen vóórdat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, de betrokken verenigingen van werknemers in kennis te stellen van de inhoud van die openbare mededeling. Blijkens de toelichting bij de FG2015 strekt deze regel ertoe de betrokken verenigingen van werknemers de gelegenheid te bieden om, voordat de openbare mededeling wordt gedaan, daarover nadere inlichtingen te vragen.
- 5.7 In het onderhavige geval hebben fusiepartijen verzoekster op 21 juni 2023 om 7.46 uur een e-mail gestuurd waarin de op 20 juni 2023 gesloten transactie wordt aangekondigd, 14 minuten voordat Heijmans die transactie wereldkundig maakte door uitgifte van een persbericht. Verweersters verdedigen deze gang van zaken met een beroep op artikel 3 lid 2 FG2015.
- 5.8 De GF oordeelt hierover als volgt. Artikel 3 lid 2 FG2015 maakt op de in artikel 3 lid 1 FG2015 neergelegde verplichting tot voorafgaande kennisgeving een uitzondering in gevallen waarin een algemeen voor het effectenverkeer geldend voorschrift zich tegen voorafgaande kennisgeving verzet. Wanneer die uitzondering zich voordoet moet de in artikel 3 lid 1 FG2015 bedoelde kennisgeving uiterlijk plaatsvinden op het moment waarop de openbare mededeling wordt gedaan. Anders dan FNV ziet de GF geen grond artikel 3 lid 2

FG2015 zo te interpreteren dat die bepaling zich beperkt tot openbare biedingen: de tekst van artikel 3 lid 2 FG2015 dwingt daar niet toe en de kennelijke strekking van die bepaling, die blijkens de toelichting tot doel heeft de wettelijke waarborgen rond de openbaarmaking van koersgevoelige informatie in het algemeen te borgen, verzet zich tegen een dergelijke restrictieve uitleg.

- 5.9 Sinds 2016 geldt de MAR voor vennootschappen wier effecten genoteerd zijn op een binnen de EU gevestigde gereguleerde effectenbeurs of een Multilateral Trading Facility (MTF) of Organised Trading Facility (OTF). Zoals verweersters terecht stellen verbieden artikelen 10 lid 1 jo 14 lid c MAR in beginsel het delen van koersgevoelige informatie: maar op dat verbod geldt een uitzondering wanneer die informatiedeling geschiedt in de normale uitoefening van werk, beroep of functie (artikel 10 MAR) én door de ontvanger geheimhouding van die koersgevoelige informatie gewaarborgd is (artikel 17 lid 8 MAR).
- 5.10 In Nederland is de betrokkenheid van verenigingen van werknemers bij fusies en overnames geregeld in de FG2015. De FG2015 wijzen de verenigingen van werknemers aan die betrokken moeten worden bij het overleg over de totstandkoming van een fusie of overname, en kennen hen in dat kader aanspraken toe op tijdige informatieverstrekking en op tijdig overleg. Informatieverstrekking aan die verenigingen van werknemers heeft daarom te gelden als informatieverstrekking in de normale uitoefening van werk, beroep of functie in de zin van artikel 10 MAR. Anders dan verweersters menen, is dergelijke informatieverstrekking dan ook toegestaan mits door de ontvanger geheimhouding van die koersgevoelige informatie gewaarborgd is (artikel 17 lid 8 MAR). Dit betekent dat ook in een situatie waarin de MAR van toepassing is, fusiepartijen zich in beginsel dienen te houden aan artikel 3 lid 1 FG2015.

De GF tekent daarbij aan dat de door artikel 17 lid 8 MAR vereiste strikte geheimhouding eisen stelt aan de waarborgen die de ontvangende verenigingen van werknemers fusiepartijen bieden omtrent de geheimhouding van die informatie. Zo kan de GF zich voorstellen dat het zinvol kan zijn dat de betrokken vereniging van werknemers een contactpersoon aanstelt bij wie een voorgenomen deling van koersgevoelige informatie (eventueel in eerste instantie anoniem) kan worden aangekaart; en dat het nodig kan zijn dat partijen voorafgaand aan die informatiedeling schriftelijke afspraken maken over de geheimhouding en omgang met die koersgevoelige informatie, en dat de betrokken vereniging van werknemers – net als anderen aan wie koersgevoelige informatie wordt verstrekt – insiderlijsten gaat bijhouden en aanvullende geheimhoudingsovereenkomsten gaat sluiten met degenen binnen haar organisatie aan wie zij de koersgevoelige informatie op een "need to know" basis ter kennis brengt.

- 5.11 Verweersters hebben ter zitting erkend dat zij niet hebben onderzocht of zij verzoekster onder nadere geheimhouding overeenkomstig artikel 3 lid 1 FG2015 over de openbare mededeling hadden kunnen informeren op een zodanig tijdstip dat verzoekster daarover aan verweersters nog vragen had kunnen stellen. Reeds om die reden kunnen verweersters zich niet met succes op artikel 3 lid 2 FG2015 beroepen.
- 5.12 De GF concludeert dan ook dat verweersters artikel 3 FG2015 hebben geschonden, en dat de stelling van FNV dat zij de 14 minuten voor de openbaarmaking van de fusie per e-mail aan haar verzonden fusiemelding nooit ontvangen heeft, onbesproken kan blijven.

*Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 4 FG2015*

- 5.13 In artikel 4 FG2015 is de procedure van kennisgeving en informatieverstrekking aan en overleg met de verenigingen van werknemers vastgelegd. Doel van die regeling is dat de in dat artikel beschreven procedure in haar geheel moet zijn nageleefd voordat door fusiepartijen overeenstemming wordt bereikt over de fusie (artikel 4 lid 1 FG2015). Het oordeel van de vereniging van werknemers moet immers op grond van artikel 4 lid 6 FG2015 van wezenlijke invloed kunnen zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. De betrokken verenigingen van werknemers kunnen in dat kader aanspraak maken op de verstrekking van (nadere) informatie als omschreven in artikel 4 leden 2, 4 en 5 FG2015 en de fusiepartijen zijn op voet van artikel 4 lid 4 gehouden de verenigingen van werknemers de gelegenheid te bieden om in een bespreking aandacht te besteden aan de in dat artikellid genoemde onderwerpen. Ingevolge artikel 4 lid 7 FG2015 dienen fusiepartijen de betrokken ondernemingsraden in de gelegenheid te stellen kennis te nemen van het oordeel van de verenigingen van werknemers, opdat de ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van hun advies op grond van artikel 25 WOR. Verder zijn fusiepartijen op grond van artikel 4 lid 8 FG2015 primair verantwoordelijk voor een goed verloop van het traject van artikel 4 FG2015. Zij zijn verplicht om de betrokken verenigingen van werknemers uit eigen beweging in te lichten en uit te nodigen voor overleg in de zin van artikel 4 FG2015.
- 5.14 Met het "bereiken van overeenstemming" in artikel 4 lid 1 FG2015 wordt niet bedoeld het ondertekenen van de definitieve overeenkomst, maar het bereiken van wilsovereenstemming tussen de onderhandelende partijen over de voorgenomen fusie en de wezenlijke modaliteiten daarvan (zie onder meer de GF uitspraak FNV; CNV Vakmensen - SPHBV; QTBV; STBV d.d. 1 december 2021).
- 5.15 Verweersters erkennen (i) dat zij verzoekster eerst op de dag van de openbare mededeling hebben geïnformeerd over de transactie, (ii) dat die transactie op dat moment al haar beslag had gekregen door het ondertekenen van een koopovereenkomst en (iii) dat die koopovereenkomst uitsluitend een voorbehoud inhield ten aanzien de vereiste goedkeuring van de transactie door de ACM. Verweersters stellen dat de MAR aan eerder overleg over de voorgenomen transactie in de weg stond.
- 5.16 Mede indachtig het doel van artikel 4 FG2015 is de GF van oordeel dat verweersters die bepaling in meerdere opzichten hebben geschonden. Zij hebben verzoekster te laat geïnformeerd over de voorbereidingen van de fusie, te laat inhoudelijke informatie verstrekt en te laat overleg gevoerd om het oordeel van verzoekster nog van wezenlijke invloed te kunnen laten zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. Zelfs wanneer verweersters gevolgd zouden worden in hun standpunt dat zij eerst na openbaarmaking van de voorgenomen fusie toepassing konden geven aan het bepaalde in artikel 4 FG2015, geldt dat zij het overlegtraject met de verenigingen van werknemers zodanig hadden moeten inrichten dat het oordeel van die verenigingen over de voorgenomen fusie van wezenlijke invloed had kunnen zijn op de totstandkoming van de fusie en de modaliteiten daarvan. Dat hebben verweersters niet gedaan, integendeel. De op 20 juni 2023 gesloten koopovereenkomst maakt naar verweersters hebben erkend, geen voorbehoud voor de uitkomsten van het overleg met de verenigingen van werknemers, en hoewel er op 18 juli 2023 overleg heeft plaatsgevonden tussen verweersters en verschillende verenigingen van werknemers, waaronder FNV, hebben verweersters de naar aanleiding van dat overleg op 31 juli 2023 door FNV gestelde vragen pas

op 4 en 5 september beantwoord. Op 5 september 2023 vond ook de aandelenoverdracht plaats, hetgeen niet op voorhand expliciet was medegedeeld aan verzoekster. Die gang van zaken doet geen recht aan tekst en strekking van artikel 4 FG2015.

- 5.17 Het verweer van verweersters dat zij het oordeel van de verenigingen van werknemers wezenlijk konden laten meewegen bij de modaliteiten van de transactie, ook zonder met hen te overleggen voorafgaand aan de totstandkoming van de fusie, omdat er in het kader van de fusie geen sociale, economische of juridische gevolgen zullen zijn voor het personeel, treft geen doel. De bedoeling van de informatie- en overlegfase van artikel 4 FG2015 is om de verenigingen van werknemers in staat te stellen de transactie en haar juridische, sociale en economische gevolgen zelf inhoudelijk te toetsen en hun oordeel te geven over de verschillende aspecten van de fusie, bezien vanuit het belang van de werknemers. Binnen de grenzen van artikel 4 FG2015 bepalen de betrokken verenigingen van werknemers de agenda. Marginalisering van deze bevoegdheid zou een miskennis inhouden van de bedoeling van de procedure als genoemd in artikel 4 FG2015. Verweersters' verwijzing naar de GF uitspraak d.d. 4 juli 2023 (Pegasus) is in dit kader niet relevant nu het in die zaak ging om een toetsingscriterium bij de beoordeling van de aanvraag óf de FG2015 van toepassing zijn. In de onderhavige zaak staat buiten kijf dat de FG2015 van toepassing zijn.
- 5.18 Specifiek ten aanzien van de gestelde schending van artikel 4 lid 7 FG2015 merkt de GF nog het volgende op. De OR van Heijmans heeft op 26 april 2023 respectievelijk 14 juni 2023 positief geadviseerd over de financiering van de transactie en de fusie zelf, op een moment dat de FNV nog niet in kennis was gesteld van de voorgenomen fusie, laat staan dat zij daarover haar oordeel had kunnen geven. Daarmee staat vast dat Heijmans de op haar rustende verplichting uit artikel 4 lid 7 FG2015 geschonden heeft. Dat de voorzitter van de ondernemingsraad achteraf, in september 2023, kennelijk in het kader van deze procedure – en niet in het kader van de besluitvorming door de OR - heeft aangegeven geen behoefte te hebben gehad aan het oordeel van de verenigingen van werknemers om in zijn besluitvorming te betrekken, maakt dat niet anders.
- 5.19 Op grond van het voorgaande komt de GF dan ook tot het oordeel dat verweersters artikel 4 FG2015 geschonden hebben.

*Ten aanzien van de verzoeken op grond van artikelen 32 en 33 FG2015; kwalificatie*

- 5.20 De GF acht de klacht van verzoekster dat artikel 3 lid 1 FG2015 geschonden is, gegrond. Anders dan verzoekster stelt, draagt deze schending naar het oordeel van de GF geen ernstig karakter en is zij ook niet in ernstige mate verwijtbaar nu de GF zich niet eerder heeft uitgesproken over de verhouding tussen de verplichtingen uit de FG2015 enerzijds en de MAR anderzijds en er ook geen leidende jurisprudentie hierover is uit andere bron.
- 5.21 De GF is daarentegen met verzoekster van oordeel dat de hierboven vastgestelde schending van artikel 4 FG2015 een ernstig karakter draagt en ook in ernstige mate verwijtbaar is nu uit voorgaande overwegingen volgt dat verweersters deze bepaling noch naar de letter noch naar haar strekking hebben nageleefd en deze omissie niet verschoonbaar is, omdat verweersters - wat er ook zij van hun opvatting over de verhouding tussen de MAR en artikel 4 FG2015 - het proces van consultatie zo vorm hadden kunnen en moeten geven dat recht gedaan zou zijn aan tekst en strekking van die laatste bepaling.

5.22 Verzoeksters hebben de GF verzocht om de beslissing door middel van een persbericht onder de aandacht te brengen. De GF zal daartoe niet overgaan, omdat onvoldoende is komen vast te staan dat er sprake is geweest van het doelbewust frustreren door verweersters van de FG2015.

5.23 De GF acht geen termen aanwezig om in de te publiceren beslissing de namen van partijen weg te laten, zoals door verweersters verzocht. Van zwaarwegende belangen aan de zijde van verweersters is niet gebleken.

### **Beslissing**

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels:

*Verklaart* verzoekster ontvankelijk in haar beroep.

*Beslist* dat verweersters de voorschriften van artikel 3 lid 1 en artikel 4 van de FG2015 niet naar behoren hebben nageleefd.

*Beslist* dat de niet-naleving van artikel 4 FG2015 een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is in de zin van artikel 32 lid 3 van de FG2015.

*Beslist* dat deze beslissing tevens wordt gepubliceerd op de website van de Sociaal-Economische Raad.

*Wijst af* het meer of anders verzochte.

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels was als volgt samengesteld:  
mr. A.M.A. Verscheure, mr. W.J.M. van Andel, dr. R.H. van het Kaar, mr. A. Rigutto,  
S.F. Heemskerk LLM

Den Haag, 10 januari 2024

w.g.

A.M.A. Verscheure  
voorzitter

w.g.

S.W. Geelkerken  
secretaris