

Medezeggenschapsregelingen bij fusie en overname:

- Advies- en beroepsrecht OR op grond van de WOR;
- SER-Fusiegedragsregels 2000;
- Besluit openbare biedingen (Bob).

Adviesrecht OR ex artikel 25 WOR

De OR heeft op grond van artikel 25 WOR een adviesrecht ten aanzien van voorgenomen besluiten van de ondernemer op financieel-economisch terrein. Daartoe behoren onder meer voorgenomen besluiten tot:

- overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan;
- het vestigen, overnemen of afstoten van zeggenschap over een andere onderneming;
- het aangaan van of aanbrengen van een belangrijke wijziging in, of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming¹.

Het advies van de OR moet worden gevraagd op een zodanig tijdstip dat het van *wezenlijke* invloed² kan zijn op het te nemen besluit³. De ondernemer legt het voorgenomen besluit schriftelijk voor aan de OR en verstrekt daarbij een overzicht van de beweegredenen voor het besluit, van de gevolgen die het besluit naar verwachting zal hebben voor de in de onderneming werkzame personen en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. De OR wordt door de ondernemer zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis gesteld van een genomen besluit. Tenzij het besluit van de ondernemer overeenstemt met het advies van de OR, is de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit een maand *op te schorten*. De verplichting vervalt wanneer de OR dat te kennen geeft. De opschortingstermijn geldt zowel wanneer de OR een advies heeft uitgebracht als wanneer hij geen advies heeft uitgebracht. Dit laatste kan het geval zijn als de ondernemer ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de OR of als de OR, hoewel daarom gevaagd, geen advies heeft willen of kunnen uitbrengen. De betekenis van de opschortingstermijn is dat de OR daardoor de gelegenheid heeft zich te beraden over het instellen van beroep bij de Ondernemingskamer, zonder er beducht voor te hoeven zijn dat intussen aan het besluit uitvoering wordt gegeven⁴.

-
- 1 Het adviesrecht is niet van toepassing indien het besluit tot wijziging van zeggenschap van de ondernemer over een andere, in het buitenland gevestigde onderneming naar redelijkerwijs is aan te nemen geen gevolgen heeft voor de positie van het in Nederland werkzame personeel van de onderneming. Dit is de zogenoemde buitenland-clausule, die hier niet verder wordt besproken. Het SER-advies *Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden* (publicatienr. 03/12) van 2003 bevat hierover verdeelde standpunten.
 - 2 De SER-Fusiegedragsregels bevatten in artikel 4 een vergelijkbare verplichting voor de procedure van kennisgeving, informatie en overleg ten aanzien van de vakbonden en de OR (zie hierna).
 - 3 Volgens artikel 24 WOR wordt in de overlegvergadering van OR en ondernemer (vertegenwoordigd door de bestuurder van de onderneming) ten minste tweemaal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming besproken. De ondernemer doet in dit kader mededeling over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot de aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27 WOR. Daarbij worden afspraken gemaakt wanneer en op welke wijze de OR in de besluitvorming wordt betrokken. Artikel 24 WOR beoogt dat de ondernemer de OR vroegtijdig op de hoogte stelt van zijn voornemens zodat de OR al wezenlijke invloed kan uitoefenen op de besluitvorming vóórdat de ondernemer op grond van artikel 25 WOR verplicht is advies te vragen. Vgl. Vink, F.W.H. en R.H. van het Kaar (2007) *Inzicht in de ondernemingsraad, een toelichting bij de wet op de ondernemingsraden*, Den Haag, SDU.
 - 4 Vink, F.W.H. en R.H. van het Kaar (2007) *Inzicht in de ondernemingsraad*, op.cit.

Beroepsrecht OR ex artikel 26 WOR

Het adviesrecht dat de OR heeft op grond van artikel 25 WOR is versterkt met een beroepsrecht dat wordt geregeld in artikel 26 WOR. Het beroepsrecht vormt een belangrijke aanvulling op het adviesrecht. De OR kan bij de Ondernemingskamer beroep instellen:

- wanneer het besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de OR; onder deze categorie valt ook de situatie dat de ondernemer ten onrechte geen advies heeft gevraagd;
- wanneer feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij op het moment van het uitbrengen van het advies aan de OR bekend geweest, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.

Het beroep moet binnen een maand nadat de OR in kennis is gesteld van het besluit van de ondernemer worden ingesteld (uitsluitend) op de grond dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. De OK behandelt het verzoek met de meeste spoed en kan, ook ambtshalve, deskundigen en in de onderneming werkzame personen horen. Als de OK het beroep gegrond oordeelt, verklaart zij dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Op verzoek van de OR kan de OK een of meer van de volgende voorzieningen treffen, hetzij bij haar uitspraak, hetzij voor de duur van de procedure in de vorm van ‘voorlopige’ voorzieningen:

- a de OK kan aan de ondernemer de verplichting opleggen om het besluit geheel of gedeeltelijk in te trekken, of door de OK te benoemen gevolgen van het besluit ongedaan te maken;
- b de OK kan de ondernemer verbieden uitvoering te geven aan het besluit of onderdelen daarvan.

Tegen een beslissing van de OK staat alleen beroep in cassatie open.

SER-Fusiegedragsregels in acht te nemen jegens vakorganisaties

Volgens de SER-Fusiegedragsregels worden, voordat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, de vakorganisaties van de inhoud daarvan in kennis gesteld (artikel 3)⁵. Vervolgens moeten partijen, voordat overeenstemming over een fusie wordt bereikt, van de voorbereiding van de fusie kennisgeven aan de vakorganisaties en deze in de gelegenheid stellen hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang (artikel 4)⁶. Partijen geven aan artikel 4 op zodanige wijze uitvoering dat het oordeel van de vakorganisaties van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van

5 Gelijktijdig met het inlichten van de werknemersverenigingen, dan wel het moment waarop zij zouden moeten worden ingelicht als er een werknemersvereniging aanwezig zou zijn, dient kennisgeving te worden gedaan aan het secretariaat van de SER.

6 Het gaat om de volgende – in beginsel schriftelijk te verstrekken – informatie: de motieven voor de fusie, de voornemens t.a.v. het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid, en de te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen.

de fusie en op de modaliteiten daarvan. Partijen brengen het oordeel van de vakorganisaties ter kennis van de betrokken OR'en opdat deze daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies ex artikel 25 WOR.

Het begrip 'fusie' in de Fusiegedragsregels 2000 moet ruim worden geïnterpreteerd, althans ruimer dan de gebruikelijke betekenis is in het normale taalgebruik. Onder fusie dient te worden verstaan de verkrijging van zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van de onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen.

De Fusiegedragsregels dienen in acht te worden genomen:

- a indien bij een fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming is betrokken waarin in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn;
- b indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig of meer werknemers werkzaam zijn.

De Fusiegedragsregels zijn niet van toepassing als de fusie niet tot de Nederlandse rechtsfeer behoort. Hiermee wordt de territoriale werking van de Fusiegedragsregels erkend. De Fusiegedragsregels dienen in acht te worden genomen jegens een vakorganisatie die leden heeft in "een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming"⁷.

Besluit Openbare Biedingen (Bob)

Op 12 september 2007 is het Besluit openbare biedingen Wft (hierna: Bob) vastgesteld en daarna is het door de minister van Financiën aan de Tweede Kamer gezonden⁸.

Het Bob bevat de regels die gelden voor een openbaar biedingsproces op aandelen in een beursgenoteerde onderneming en vindt zijn grondslag in de Wet ter implementatie van de overnamerichtlijn. Het Bob vervangt de thans in het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Bte 1995) opgenomen biedingsregels. Deze biedingsregels waren afkomstig uit hoofdstuk 1 van de SER-Fusiecode 1975 en zijn in 1995 vrijwel ongewijzigd overbracht naar het Bte 1995. In 1995 was al toegezegd, dat de biedingsregels in een later stadium zouden worden gemoderniseerd. Deze modernisering vindt plaats in het Bob.

De minister van Financiën geeft in zijn aanbiedingsbrief van het Bob aan de Tweede Kamer d.d. 14 september 2007 aan dat het Bob andere wettelijke regels ter bescherming van werknemers op geen enkele wijze aantast. Volgens de minister blijft gelden dat op grond van artikel 25 van de WOR het bestuur van de doelvennootschap, indien deze een

7 Het kan dus gaan om een grote kring van ondernemingen: een onderneming van de bieder, een onderneming van de doelvennootschap of van een dochtervennootschap. Indien een vakbond ergens in de kring van de bij de fusie betrokken ondernemingen leden heeft, dienen ten opzichte van die vakbond de Fusiegedragsregels in acht te worden genomen.

8 Kamerstuk 2006-2007, 30 419, nr. E/21, Eerste/Tweede Kamer.

OR heeft, advies moet vragen aan de OR op een tijdstip dat dit advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Voor de bieder geldt dezelfde verplichting, wanneer het een onderneming betreft in de zin van de WOR. Ook de rechten van de werknemers op grond van het SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000 (hierna: F2000) blijven volgens de minister onaangetast.

Artikel 5 van het Bob regelt de aankondiging van het bod door middel van een openbare mededeling. Het uitbrengen van het bod geschiedt door het door de AFM goedgekeurde biedingsbericht openbaar te maken op de in artikel 10 van het Bob genoemde wijzen. De aankondiging van het bod dient te geschieden op het moment dat sprake is van voorwaardelijke overeenstemming. In de toelichting op artikel 5 bij het Bob wordt aangegeven dat met voorwaardelijke overeenstemming wordt bedoeld dat er tussen partijen weliswaar overeenstemming is, doch dat die overeenstemming nog beïnvloedbaar is door derden. Volgens de toelichting moet dan gedacht worden aan adviezen en goedkeuring die nog moeten worden gevraagd, onder andere het vragen van advies aan de OR.

De raadpleging van OR respectievelijk vakbonden ingevolge artikel 25 WOR respectievelijk de artikelen 4 en 5 F2000 moet geschieden op een zodanig moment dat hun oordeel (nog) van wezenlijke invloed kan zijn. Het oordeel van de vakbonden moet niet alleen van wezenlijke invloed kunnen zijn op het openbare bod zelf (de fusie) maar ook op de modaliteiten van het openbare bod. Doordat de aspirant-bieder en de doelvennootschap bij het uitbrengen van het openbare bod al op hoofdpunten overeenstemming hebben bereikt, staan zij niet meer voldoende vrij en onbevangen tegenover het nog te vernemen oordeel van de vakbonden en/of de OR.

De Commissie voor Fusieaangelegenheden⁹ heeft al in 1971 (vijfde verslag) bepaald dat het opnemen van een voorbehoud in een tussen fusiepartijen bereikte overeenstemming, inhoudende dat het definitief worden van de overeenstemming afhankelijk wordt gesteld van de resultaten van het overleg met de vakorganisaties, niet strookt met de in de Fusiegedragsregels voorgeschreven procedure. In de situaties waarover de Fusiecommissie zich destijds in 1971 boog, waren de besturen van de fusiepartijen zelf het onderling reeds op praktisch alle punten, althans de hoofdzaken, geheel eens geworden voordat het overleg met de vakbonden plaatsvond en betekende het voorbehoud dat de besturen de mogelijkheid openhielden dat het overleg zou leiden tot een wijziging van hun overeenstemming. Het opgenomen voorbehoud voldeed niet, omdat het over het algemeen moeilijk zal zijn om alsnog met de zienswijze van de vakbonden (en de OR) rekening te houden, met name als dit tot een wijziging van de materiële inhoud van de overeenstemming zou nopen. Bij het doen van een openbaar bod zal dit niet anders zijn. Over het algemeen staat het de fusiepartijen (de aspirant-bieder en de doelvennootschap) niet meer vrij, behalve mogelijk in geval van zeer zwaarwegende omstandigheden, de

9 Zie ook een samenvatting in Commentaar Fusiegedragsregels 2000, blz. 73.

overeenkomst (de overeenstemming/ het openbare bod) eenzijdig te wijzigen omdat de vakbonden en/of de OR een ander oordeel hebben omtrent de fusie, zonder dat de afbrekende c.q. wijzigende partij schadeplichtig wordt jegens de andere fusiepartij. Een en ander zet de vakbonden en de OR onder druk.

Gewezen wordt op de mogelijkheid van het opleggen van een geheimhoudingsplicht aan de vakbonden en de OR, zoals dit bijvoorbeeld voor de vakbonden is bepaald in artikel 7 van de F2000. Vakbonden en OR kunnen in dat geval in een eerder stadium dan de voorwaardelijke overeenstemming of het voorwaardelijke besluit tot het uitbrengen van het openbare bod worden geïnformeerd, in ieder geval op een zodanig tijdstip dat de rechten van de vakbonden en de OR zoals neergelegd in de Fusiegedragsregels en artikel 25 WOR worden gewaarborgd.

Artikel 27 Bob bepaalt dat de doelvennootschap met een zetel in Nederland onverwijld na de algemeenverkrijgbaarstelling van het biedingsbericht de vertegenwoordigers van haar werknemers of, bij ontstentenis van die vertegenwoordigers, de werknemers zelf in kennis stelt van het openbaar bod, onder gelijktijdige terbeschikkingstelling van het biedingsbericht. Volgens de toelichting bij dit artikel wordt met vertegenwoordigers van werknemers de OR bedoeld en niet de verenigingen van werknemers (vakbonden).

Ingevolge artikel 3 F2000 moeten de vakbonden vóórdat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, c.q. (lid 2) uiterlijk ten tijde van een dergelijke mededeling, van de inhoud daarvan in kennis worden gesteld. Deze kennisgeving moet – zo legt de toelichting in het Commentaar op artikel 3¹⁰ van de F2000 uit – op een zodanig tijdstip geschieden, dat de verenigingen van werknemers nog de gelegenheid hebben daarover nadere inlichtingen te vragen.

Consultatie en reacties

Naar aanleiding van het consultatieverzoek van het ministerie van Financiën uit 2006 zijn drie van de negen reacties op de consultatie, namelijk die van werkgeversvereniging VNO-NCW, van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en van de vakcentrale FNV, ingegaan op de werknemersbelangen¹¹.

¹⁰ Commentaar Fusiegedragsregels 2000, blz. 59.

¹¹ Brief van de NVB van 27 februari 2006, blz. 3, brief van VNO-NCW van 1 maart 2006, blz. 2, eerste alinea en e-mail van de FNV van 1 maart 2006 aan het ministerie van Financiën.

Zo benadrukt de FNV dat de toelichting op het concept Bob uit 2006 ten onrechte legitimiteit suggereert van een handelwijze van bieder en doelvennootschap die op gespannen voet staat met artikel 25 WOR en de artikelen 4 en 5 van de Fusiegedragsregels.

De NVB geeft in haar reactie aan dat de keuze voor het moment van de 'voorwaardelijke overeenstemming' de vraag oproept hoe een en ander zich verhoudt tot de voorschriften van met name artikel 3 lid 5 van de Fusiegedragsregels en van artikel 25 WOR. De NVB geeft voorts aan dat deze bepalingen in verschillende bewoordingen voorschrijven dat het overleg met de vakbonden en OR op een zodanig tijdstip moet worden aangevangen dat de uitkomsten daarvan van wezenlijke invloed kunnen zijn op de totstandkoming van de fusie en de modaliteiten daarvan.

Ook VNO-NCW stelt in haar reactie van 1 maart 2006 de vraag of voldoende rekening is gehouden met de aansluiting bij het bepaalde in de Fusiegedragsregels.