

Beslissing inzake FNV/ CNV Vakmensen - Dago c.s.

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:

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging**, gevestigd te Utrecht (hierna: "**FNV**")
Gemachtigde: mr. J. van Overdam;
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **CNV Vakmensen**, gevestigd te Utrecht (hierna: "**CNV Vakmensen**")
Gemachtigde: mr. drs. H. Aydemir.

hierna gezamenlijk te noemen: verzoeksters,

tegen:

1. **Dago Autogroep B.V.**, gevestigd te Doetinchem (hierna: "**Dago**")
Gemachtigde: mr. M. van Leeuwen;
2. **Exploitiemaatschappij Rifra B.V.**, gevestigd te Doetinchem (hierna: "**Rifra**")
Gemachtigden: mr. A. Haan, mr. A.H.J. Pothof;
3. **Regio Lease B.V.**, gevestigd te Doetinchem (hierna: "**Regio Lease**")
Gemachtigden: mr. S.A. Alleman, mr. R.A.H. Bressers;
4. **Huiskes-Kokkeler Automobielbedrijven B.V.**, gevestigd te Hengelo (hierna: "**Huiskes-Kokkeler**")
Gemachtigden: mr. A. Haan, mr. A.H.J. Pothof;
5. **Volkswagen Pon Financial Services B.V.**, gevestigd te Amersfoort (hierna: ("**VWPFS**")
Gemachtigden: mr. S.A. Alleman, mr. R.A.H. Bressers.

hierna gezamenlijk te noemen: verweersters.

1. Procedure

- 1.1 De GF heeft kennis genomen van de volgende stukken:
 - verzoekschrift, ontvangen op 22 december 2021, met 11 bijlagen;
 - verweerschrift, ontvangen op 9 februari 2022, met twee bijlagen;
 - pleitnota's van verzoeksters en verweersters overgelegd op de hoorzitting van de GF op 9 maart 2022.
- 1.2 Op 24 december 2021 heeft de voorzitter van de GF het verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.

- 1.3 Op 9 maart 2022 is er een hoorzitting gehouden. Namens verzoeksters waren daarbij aanwezig: mr. H. Aydemir en mr. J. van Overdam voornoemd; daarnaast een bestuurder en een beleidsjurist/-adviseur namens FNV.
- 1.4 Namens verweersters waren daarbij aanwezig: mr. A. Haan en mr. A.H.J. Pothof voornoemd, gemachtigden van Huiskes- Kokkeler en Rifra B.V; daarnaast de Director Merger & Acquisitions Pon Holdings en de Director Merger & Acquisitions Legal Pon Holdings; mr. M. van Leeuwen voornoemd, gemachtigde van Dago; mr. S.A. Alleman en mr. R.A.H. Bressers voornoemd, gemachtigden van Regio Lease en VWPFS; daarnaast de Head of Legal & Compliance bij VWPFS en de Head of Merger & Acquisitions bij VWPFS.

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 De Dago groep is een totaalaanbieder op het gebied van mobiliteit, gevestigd in de regio Oost-Gelderland. Bij de Dago groep zijn 180 medewerkers werkzaam. Dago is onder andere erkend dealer van verschillende bekende automerken waaronder Volkswagen, Audi en Skoda. Tot de Dago groep behoort ook een leasemaatschappij, genaamd Regio Lease. Daarnaast beschikt de Dago groep over een online dealerplatform waarop online dealer occasions kunnen worden gekocht.
- 2.2 Huiskes-Kokkeler is met vijf dealervestigingen de grootste aanbieder van mobiliteit in de regio Twente. Huiskes-Kokkeler is dealer van Volkswagen, Audi, Skoda Seat en bedrijfswagens. De aandelen van Huiskes-Kokkeler worden gehouden door Dealer Groep Pon B.V. VWPFS is in omvang de tweede leasemaatschappij van Nederland. VWPFS biedt zowel zakelijke als particuliere klanten op automotieve toegesneden financiële, verzekerings-, lease- en mobiliteitsproducten aan. De aandelen in VWPFS worden gehouden door Volkswagen Financial Services AG (60%) en Pon Holdings B.V. (40%).
- 2.3 Het onderhavige fusietraject omvatte een tweetal afzonderlijke, maar aan elkaar voorwaardelijke transacties, waarbij (i) via de overdracht van de aandelen in Rifra de dealeractiviteiten van de Dago groep werden overgedragen aan Huiskes-Kokkeler (hierna: de "**Dealertransactie**") en (ii) via de overdracht van de aandelen in Regio Lease de leaseactiviteiten van de Dago groep werden overgedragen aan VWPFS (hierna: de "**Leasetransactie**"). Waar hierna het woord "fusie" wordt gebruikt, omvat dat begrip deze beide transacties.
- 2.4 De belangrijkste gebeurtenissen zijn:
- Op 27 oktober 2021 is aan de ondernemingsraad van Dago over de voorgenomen fusie advies gevraagd.
 - Op 11 november 2021 hebben verweersters het voornemen tot fusie met de ondernemingsraad van Dago besproken.
 - Op 25 november 2021 heeft de ondernemingsraad van Dago positief advies uitgebracht over de fusie.
 - De advocaat van Dago heeft FNV en CNV bij brieven van 30 november 2021 (aangetekend en per email verzonden) van de voorgenomen fusie in kennis gesteld. Die brieven hielden onder meer het volgende in: "*Partijen zijn bereid om de voorgenomen fusie tijdens een bespreking toe te lichten. Indien u daar*

prijs op stelt, verzoek ik u vriendelijk om dat binnen drie dagen schriftelijk aan mij mede te delen."

- Eveneens op 30 november 2021 heeft de advocaat van Dago de voorgenomen fusie gemeld bij de SER. Die melding behelst onder meer het volgende: *"Tussen partijen is op hoofdlijnen overeenstemming bereikt over de koop en verkoop van alle aandelen in de doelwitten en partijen verwachten op zeer korte termijn definitieve overeenstemming te bereiken en de betreffende koopovereenkomsten te ondertekenen."* Alsook: *"Als gevolg van de voorgenomen fusie zal de zeggenschap over de doelwitten blijvend in andere handen overgaan. Ieder van de doelwitten kwalificeert als onderneming in de zin van de Fusiegedragsregels. Zowel bij Kopers als bij het Autobedrijf van Verkoper zijn in de regel meer dan 50 personen werkzaam in Nederland."* Op de vraag wie de betrokken vakbonden zijn in de zin van de Fusiegedragsregels wordt aangegeven: *"FNV, CNV Vakmensen en De Unie."*
- Op 1 december 2021 heeft de SER de melding van verweersters aan verzoeksters doorgestuurd.
- In de avond van 2 december 2021 zijn de laatste discussies tussen verweersters afgerond en heeft VWPFS de laatste goedkeuringen voor de Leasetransactie verkregen. Vervolgens is laat in de avond van 2 december 2021 de overeenkomst inzake de Dealertransactie getekend, en in de ochtend van 3 december 2021 de Leasetransactie.
- Op 3 december 2021 zijn over de fusie verscheidene openbare mededelingen gedaan (waarover nader paragraaf 2.6 hieronder).
- Eveneens op 3 december 2021 hebben verweersters de voorgenomen fusie ter goedkeuring aan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) voorgelegd.
- Op 21 december 2021 heeft de ACM de voorgenomen fusie goedgekeurd.
- Op 22 december 2021 heeft de GF het verzoekschrift van FNV en CNV Vakmensen ontvangen.
- Op 4 januari 2022 is de fusie voltooid.

2.5 Tussen partijen staat vast dat er voorafgaand aan de brief van 30 november 2021 van verweersters aan verzoeksters en tussen deze brief en het sluiten van de overeenkomsten op 2 en 3 december 2021 geen contact is geweest tussen verweersters en verzoeksters. Ook staat vast dat er in die periode geen overleg is geweest over de voorgenomen fusie tussen verweersters en verzoeksters.

2.6 Op 3 december 2021 zijn er verschillende openbare mededelingen in de zin van artikel 3 FG2015 gedaan:

- (i) Aeternus, een adviseur van verweersters, heeft een persbericht gepubliceerd onder het hoofdje *"Deal done"*, waarin is vermeld dat er sprake is van een voornemen tot een fusie en dat de voorgenomen fusie ter goedkeuring aan de ACM is voorgelegd.
- (ii) VWPFS heeft een persbericht doen uitgaan met de tekst: *"Volkswagen Pon Financial Services, Huiskes-Kokkeler Autogroep en DAGO Autogroep hebben overeenstemming bereikt om hun krachten te bundelen in de Achterhoek en Twente. In deze samensmelting zal Huiskes-Kokkeler Autogroep het dealerbedrijf van DAGO Autogroep overnemen en zal Volkswagen Pon Financial Services de leasemaatschappij RegioLease overnemen. Onder voorbehoud van goedkeuring door de ACM zullen de transacties naar verwachting begin januari 2022 worden afgerond."*
- (iii) De directie van Huiskes-Kokkeler autogroep heeft een bericht doen uitgaan aan alle medewerkers. In dat bericht staat onder meer: *"Namens Pon en in het bijzonder willen we jullie het goede nieuws brengen dat Huiskes-Kokkeler voornemens is om Autobedrijf DAGO te kopen. De*

voorgenomen koop ligt nu bij de Autoriteit Consument en Markt ter goedkeuring. Na deze goedkeuring is onze planning om de koop op 3 januari rond te maken."

3. Standpunt verzoeksters

- 3.1 Verzoeksters menen dat de artikelen 3 lid 1 en 4 FG2015 niet zijn nageleefd en stellen dat die schending een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is.
- 3.2 Zij stellen daartoe, kort samengevat,
- (i) dat artikel 4 FG2015 is geschonden omdat partijen de bonden eerst betrokken hebben op een zodanig tijdstip dat het oordeel van de bonden niet meer van wezenlijke invloed kon zijn op de totstandkoming van de fusie en de modaliteiten daarvan. In dat kader wijzen verzoeksters erop dat zij pas bij brief van 30 november 2021 over de voorgenomen fusie zijn geïnformeerd; dat in die brief niet vermeld is dat verweersters op dat moment al op hoofdlijnen overeenstemming hadden bereikt over de fusie en dat de betreffende koopovereenkomst(en) naar verwachting op korte termijn zouden worden ondertekend en dat verzoeksters dit pas vernomen hebben op 1 december 2021, na kennisname van de door de SER aan verzoeksters doorgestuurde fusiemelding; en dat verzoeksters vervolgens via het persbericht van Aeternus van 3 december 2021 hebben vernomen dat de fusie rond was.
 - (ii) dat artikel 4 lid 7 FG2015 is geschonden omdat verzoeksters door de feitelijke gang van zaken de mogelijkheid is ontnomen hun standpunt inzake de voorgenomen fusie tijdig aan de ondernemingsraad kenbaar te maken. In dat kader wijzen verzoeksters erop dat de ondernemingsraad van Dago reeds op 27 oktober 2021 om advies is gevraagd over de voorgenomen fusie; dat de voorgenomen fusie reeds op 11 november 2021 met die ondernemingsraad is besproken, en dat die ondernemingsraad vervolgens op 25 november 2021 positief over de fusie heeft geadviseerd, terwijl verzoeksters door verweersters eerst per brief van 30 november 2021 op de hoogte zijn gebracht van de voorgenomen fusie.
 - (iii) dat artikel 3 FG2015 is geschonden omdat door verweersters de fusie op 3 december 2021 wereldkundig is gemaakt zonder verzoeksters daaraan voorafgaand van de inhoud van de desbetreffende openbare mededeling in kennis te stellen.
- 3.3 Verzoeksters hebben de indruk dat zij doelbewust 'buiten de deur' zijn gehouden door verweersters. Zij wijzen erop dat het handelen van verweersters geen kwestie is van onwetendheid, onbekendheid, een gebrek aan kennis over de FG2015 en de daaruit voortvloeiende rechten en plichten en/of een onjuiste premisse daarover, omdat verweersters gedurende het fusietraject zijn bijgestaan door onder meer ter zake gespecialiseerde advocaten, die heel goed weten welke eisen de FG2015 aan fusiepartijen in Nederland stelt.
- 3.4 Verzoeksters zien in de praktijk steeds vaker dat zij niet tijdig worden betrokken bij op handen zijnde fusies en dat vervolgens achteraf bemiddeling wordt aangeboden in een poging de zaak alsnog "recht te breien". Verzoeksters willen daar niet aan meewerken. Op de hoorzitting hebben verzoeksters desgevraagd aangegeven dat zij in dit geval geen bemiddeling wensen omdat zij er geen twijfel

over hebben dat verweersters de FG2015 hebben overtreden, en zij daarover een oordeel wensen van de GF.

3.5 Verzoeksters verzoeken de GF in deze procedure te oordelen dat:

Primair:

Verweersters artikel 3 lid 1 en artikel 4 van de FG2015 hebben geschonden en dat de niet naleving en/of de niet-behoorlijke naleving daarvan een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is;

Subsidiair:

Verweersters artikel 3 lid 1 en artikel 4 van de FG2015 hebben geschonden en dat de niet naleving en/of de niet-behoorlijke naleving daarvan een ernstig karakter draagt;

Meer subsidiair:

Verweersters artikel 3 lid 1 en artikel 4 van de FG2015 hebben geschonden.

Verzoeksters verzoeken daarnaast om publicatie van de beslissing door middel van een persbericht dan wel op de website van de SER, met vermelding van de namen van fusiepartijen, waaronder mede begrepen de doelwitvennootschappen.

4. Standpunt verweersters

- 4.1 Verweersters menen dat de artikelen 3 en 4 van de FG2015 niet van toepassing zijn op de Leasetransactie nu bij Regiolease, de onderneming waarin de zeggenschap is overgegaan, in de regel minder dan 10 personen werkzaam zijn, en de Leasetransactie dus buiten de werkingssfeer van de FG2015 valt.
- 4.2 Daarnaast zijn verweersters van mening dat zij artikel 3 FG2015 niet hebben geschonden, of dat een eventuele schending geen ernstig karakter draagt. Zij voeren daartoe kort gezegd aan dat het persbericht van Aeternus van 3 december 2021 weliswaar een openbare mededeling is in de zin van artikel 3 FG2015, maar dat die mededeling niet in overleg met verweersters is gedaan; dat de woorden "deal done" in de zijdens verweersters zelf op 3 december 2021 gedane openbare mededelingen niet voorkomen maar dat die mededelingen spreken over een voornemen tot overname; dat verweersters in de veronderstelling verkeerden dat zij met hun meldingen van 30 november 2021 aan hun informatieplicht hadden voldaan; en dat zij, zo de GF tot schending van artikel 3 FG2015 mocht concluderen, zij die bepaling in ieder geval niet doelbewust hebben geschonden.
- 4.3 Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 4 stellen verweersters, kort samengevat, dat ten tijde van de meldingen aan verzoeksters en de SER op 30 november 2021 het voor verzoeksters nog mogelijk was wezenlijke invloed uit te oefenen op de transactie; dat de op 2 en 3 december 2021 gesloten overeenkomsten principeovereenkomsten waren, die een wezenlijk aantal opschortende voorwaarden behelsden; dat verzoeksters zelf na de melding op 30 november 2021 op geen enkel moment contact hebben gezocht met verweersters, noch binnen de 3 dagen termijn die verweersters hen in de brieven van 30 november 2021 gegund hadden, noch voor de voltooiing van de fusie op 4 januari 2022.
- 4.4 Verweersters hebben de ervaring dat de verenigingen van werknemers over het algemeen geen gebruik maken van het recht op overleg, en menen gehandeld te hebben zoals dat in de (fusie- en overname)praktijk gebruikelijk is. Tenslotte zijn verweersters van mening zo de GF tot schending van artikel 4 FG2015 mocht concluderen, die schending geen ernstig karakter draagt en hen ter zake geen

ernstig verwijt kan worden gemaakt, nu zij steeds openstonden voor overleg en zij verzoeksters in ieder geval niet doelbewust buitenspel hebben willen zetten.

- 4.5 Verweersters verzoeken de GF om de bezwaren van verzoeksters ongegrond te verklaren dan wel, indien de GF onverhoopt van oordeel mocht zijn dat er van schending van de FG2015 sprake is, te oordelen dat die schending geen ernstig karakter draagt en niet ernstig verwijtbaar is in de zin van artikel 32 lid 3 FG2015 en de namen van partijen en herleidbare onderdelen te anonimiseren.

5. Beoordeling

Formele beoordeling

Op grond van de ter beschikking gekomen feiten en omstandigheden concludeert de GF als volgt.

- 5.1 De GF verwierpt de stelling van verweersters dat de Leasetransactie niet onder de FG2015 zou vallen. Het standpunt dat de transactie als een afzonderlijke transactie moet worden gezien is strijdig met het door verweersters eerder ingenomen standpunt. In zowel de SER-melding als in de melding aan verzoeksters staat dat het bij de Dealertransactie en de Leasetransactie gaat om samenhangende transacties, waarbij het doorgaan van de een afhangt van het doorgaan van de ander. Ook in het verweerschrift geven verweersters aan dat de fusie bestond uit meerdere afzonderlijke, maar aan elkaar voorwaardelijke transacties. De beide transacties zijn dan ook voor de doeleinden van de FG2015 als één fusie in de zin van artikel 1 lid 1 sub e FG2015 te beschouwen.
- 5.2 Op deze fusie is de FG2015 onverkort van toepassing, aangezien deze fusie binnen de werkingssfeer van artikel 2 FG2015 ligt.
- 5.3 Verzoeksters zijn beide 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 Ter zitting hebben verweersters desgevraagd aangegeven dat de beide doelvennootschappen Rifra en Regio Lease geen partij zijn bij de fusieovereenkomsten. Verzoeksters kunnen dan ook niet worden ontvangen in hun verzoeken ten aanzien van die vennootschappen.

Materiele beoordeling

Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 3 FG2015

- 5.6 Ingevolge artikel 3 leden 1 en 3 FG2015 dienen fusiepartijen vóórdat een openbare mededeling wordt gedaan over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie, de betrokken verenigingen van werknemers in kennis te stellen van de inhoud van die openbare mededeling. Blijkens de toelichting strekt deze regel ertoe om de betrokken verenigingen van werknemers de gelegenheid te bieden voordat de openbare mededeling wordt gedaan, daarover nadere inlichtingen te vragen. Artikel 3 lid 1 FG2015 brengt met zich dat de betrokken verenigingen van werknemers vooraf op de hoogte dienen te worden gesteld van het feit dat er een openbare mededeling zal worden gedaan en wat de inhoud daarvan zal zijn, zodat zij zich daarop kunnen voorbereiden. Het begrip 'openbare mededeling' omvat

blijkens de toelichting "elke tot het publiek gerichte mededeling over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie". Als voorbeelden van openbare mededelingen noemt de toelichting onder andere persberichten en mededelingen aan het personeel in de vorm van een rondgestuurde brief of e-mail.

- 5.7 Verweersters hebben aangevoerd dat het persbericht van Aeternus, financieel adviseur van de verkoper, waarop verzoeksters zich ter staving van de door hen gestelde schending van artikel 3 FG2015 beroepen zonder voorafgaand overleg met verweersters tot stand is gekomen, en hen – zo begrijpt de GF – dus niet kan worden toegerekend. De GF komt aan de beoordeling van die stelling niet toe, nu uit de door verweersters zelf overgelegde stukken blijkt dat op 3 december 2021 VWPFS zelf een persbericht over de voorgenomen fusie heeft uitgegeven, en de directie van Huiskes-Kokkeler Autogroep op die datum over die voorgenomen fusie een bericht aan haar personeel heeft doen uitgaan. Gelet op hun doelgroep en inhoud, hiervoor gedeeltelijk geciteerd in § 2.6, is elk van die berichten onmiskenbaar een "openbare mededeling" in de zin van artikel 3 FG2015. Nu verweersters hebben nagelaten verzoeksters vooraf van die openbare mededelingen in kennis te stellen, staat vast dat zij artikel 3 FG2015 door hun handelwijze geschonden hebben.
- 5.8 Verweersters hebben aangevoerd dat zij met hun brief van 30 november 2021 aan verzoeksters voldaan hebben aan hun verplichting ex artikel 3 FG2015 omdat er na die brief geen nieuwe informatie was. Deze stelling is onjuist, omdat zij de hiervoor in § 5.6 gememoreerde, uit de toelichting op dat artikel en eerdere uitspraken van de GF kenbare, strekking van artikel 3 FG2015 miskent.

Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 4 FG2015

- 5.9 In artikel 4 FG2015 is de procedure van kennisgeving en informatieverstrekking aan en overleg met de verenigingen van werknemers vastgelegd. Kern 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 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 FG2015 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.
- 5.10 Met het bereiken van 'overeenstemming' in artikel 4 lid 1 FG2015 wordt niet bedoeld het ondertekenen van de definitieve koop- of fusieovereenkomst(en), maar het bereiken van wilsovereenstemming tussen de onderhandelende partijen over de voorgenomen fusie en de wezenlijke modaliteiten daarvan (zie hiervoor

onder meer de GF-uitspraak FNV; CNV Vakmensen - SPHBV; QTBV; STBV d.d. 1 december 2021).

5.11 Verweersters hebben – nadat de ondernemingsraad van Dago op 25 november positief over de fusie had geadviseerd - verzoeksters bij brieven van 30 november 2021 over de voorgenomen fusie geïnformeerd. In die brieven hebben zij verzoeksters een termijn van drie dagen gegund om aan te geven of verzoeksters nader overleg wensten over de voorgenomen fusie. Vervolgens hebben verweersters op respectievelijk 2 en 3 december 2021 (dus: nog voor ommekomst van die door henzelf gestelde termijn) de fusieovereenkomsten uit-onderhandeld en getekend, en hebben zij op 3 december 2021 (eveneens voor ommekomst van die door henzelf gestelde termijn) de voorgenomen fusie door middel van een persbericht en een mededeling aan het personeel van Huiskes-Kokkeler Autogroep in de openbaarheid gebracht. De in § 2.6 aangehaalde tekst van die beide openbare mededelingen maakt duidelijk dat de fusie op dat moment nog slechts wachtte op goedkeuring van de ACM, en dat de fusie na goedkeuring van de ACM naar verwachting begin januari 2022 zou kunnen worden afgerond. De stelling van verweersters dat de op 2 en 3 december 2021 gesloten overeenkomsten (slechts) principeovereenkomsten waren, die een wezenlijk aantal opschortende voorwaarden behelsden en - zo begrijpt de GF deze stelling van verweersters - reeds om die reden niet in de weg zouden hebben gestaan aan betekenisvol inhoudelijk overleg, is reeds om die reden onaannemelijk.

5.12 Gelet op het feit dat het oordeel van de verenigingen van werknemers op grond van artikel 4 FG2015 van wezenlijke invloed moet kunnen zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan zal een termijn van 3 dagen in de regel niet voldoende zijn om op correcte wijze uitvoering te geven aan artikel 4 FG2015. Maar ook los daarvan laat de gang van zaken geen andere conclusie toe dan dat verweersters artikel 4 FG2015 geschonden hebben. Dit volgt reeds uit het feit dat zij het consulstatieproces zo hebben ingericht dat voor wezenlijk overleg feitelijk geen ruimte was. De GF wijst in dit kader op het feit dat het adviestraject met de ondernemingsraad is aangevangen en afgerond ruim voordat verzoeksters over de voorgenomen fusie werden geïnformeerd; dat verzoeksters een uitzonderlijk korte termijn is gegund om aan te geven of zij over de voorgenomen fusie overleg wensten; en dat de fusieovereenkomsten zelfs nog binnen die door verweersters zelf gestelde, uitzonderlijk korte, termijn zijn uit-onderhandeld en getekend. Het verweer dat deze gang van zaken strookt met de bestendige gedragslijn in de fusie- en overnamepraktijk kan verweersters niet baten; de FG2015 zijn duidelijk en de praktijk heeft zich daarnaar te richten.

Ook het verweer dat de verenigingen van werknemers in de praktijk veelal niet van zich laten horen kan verweersters niet baten, reeds omdat verweersters zelf het verstrijken van de door henzelf gestelde, in principe te korte, termijn voor een kennisgeving van de wens tot overleg niet eens hebben afgewacht.

De stelling van verweersters dat niet gebleken is van een inhoudelijk belang van verzoeksters omdat de belangen van werknemers afdoende zijn beschermd, faalt evenzeer, reeds omdat die stelling miskent dat artikel 4 FG2015 ertoe strekt de verenigingen van werknemers de mogelijkheid te bieden zich een eigen oordeel over die kwestie te vormen. Binnen de grenzen van artikel 4 FG2015 bepalen de betrokken verenigingen van werknemers zelf hun agenda. Marginalisering van deze bevoegdheid zou een miskening inhouden van de strekking en de bedoeling van de procedure als genoemd in artikel 4 FG2015.

5.13 De GF is voorts van oordeel dat verweersters ook artikel 4 lid 7 FG2015 geschonden hebben. Op grond van artikel 4 lid 7 FG2015 dienen de fusiepartijen de betrokken ondernemingsraden in staat te stellen kennis te nemen van het oordeel van de verenigingen van werknemers zodat die ondernemingsraden daar bij het uitbrengen van hun advies op voet van artikel 25 WOR rekening mee kunnen houden. De voorgeschreven gang van zaken is dus dat toepassing moet worden gegeven aan artikel 4 FG2015 voordat de betrokken ondernemingsraden op voet van artikel 25 WOR advies uitbrengen. Dat in dit geval het omgekeerde is gebeurd, staat vast: de ondernemingsraad van Dago heeft op 25 november 2021 zijn advies uitgebracht, verweersters hebben verzoeksters eerst daarna, op 30 november 2021 voor het eerst over de voorgenomen fusie ingelicht. De schending van artikel 4 lid 7 FG2015 staat daarmee vast.

Anders dan zij betogen mochten verweersters er niet van uitgaan dat de ondernemingsraad verzoeksters zou informeren, nu artikel 4 lid 7 FG2015 deze informatieplicht bij verweersters zelf neerlegt. Ook is de eventuele aanwezigheid van een vakbonds lid in de ondernemingsraad onvoldoende om anders te oordelen over de op verweersters rustende verplichting om verzoeksters te informeren.

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

5.14 De GF is met verzoeksters van oordeel dat de hierboven vastgestelde schendingen van de artikelen 3 lid 1 en 4 FG2015 een ernstig karakter dragen nu uit voorgaande overwegingen volgt dat verweersters deze bepalingen noch naar de letter noch naar hun strekking hebben nageleefd. Verzoeksters zijn niet vooraf in kennis gesteld van de openbare mededeling; zij zijn pas zeer laat geïnformeerd over de in voorbereiding zijnde fusie en nadat de ondernemingsraad reeds advies had uitgebracht; hen is een zeer korte (en naar het oordeel van de GF: te korte) termijn gegund om aan te geven of zij over de fusie overleg wensten; en verweersters hebben zelfs die termijn niet gerespecteerd en hebben de fusieovereenkomsten getekend en de fusie naar buiten gebracht nog voor die termijn verstreken was.

5.15 De GF acht de vastgestelde schendingen bovendien ernstig verwijtbaar. Verweersters hebben gesteld dat zij verzoeksters niet doelbewust buitenspel gezet hebben. Dat mag wellicht zo zijn, maar door het proces zo in te richten als zij gedaan hebben (start van het proces van consultatie van verzoeksters nadat het adviestraject met de ondernemingsraad van Dago al was afgerond; het gunnen van een zeer korte (en naar het oordeel van de GF – in beginsel te korte) reactietermijn; het schenden van diezelfde termijn door nog binnen die termijn over te gaan tot het sluiten van de fusieovereenkomsten en het doen van publieke aankondigingen over de fusie) hebben verweersters welbewust het aanmerkelijke risico aanvaard dat als verzoeksters overleg over de (voorgenomen) fusies zouden wensen, dat overleg al bij voorbaat zinloos zou zijn omdat er niets meer te overleggen viel. Dat valt verweersters – op wie de verantwoordelijkheid rust het fusieproces zo in te richten dat recht kan worden gedaan aan de artikelen 3 en 4 van de FG2015 – in ernstige mate te verwijten, temeer daar verweersters zich in het fusiestraject hebben laten bijstaan door ter zake kundige juridische adviseurs.

5.16 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 van de FG2015 door verweersters en omdat zij ervan uitgaat dat deze fusiepartijen de FG2015 in de toekomst wel naar behoren zullen

naleven.

- 5.17 Artikel 33 lid 3 FG2015 voorziet in de mogelijkheid om op grond van zwaarwegende belangen de namen van partijen of tot verweersters herleidbare onderdelen uit de openbaar te maken versie van de beslissing weg te laten. Verweersters hebben verzocht hier toepassing aan te geven, omdat Huiskens-Kokkeler en VWPFS er zwaarwegend belang bij hebben dat hun reputatie en goede naam niet worden aangetast. Reputatieschade is evenwel geen zwaarwegend belang in de zin van artikel 33 lid 3 FG2015. De GF acht geen termen aanwezig om in de te publiceren beslissing de namen van partijen weg te laten. (Zie daarvoor ook de uitleg in de GF-uitspraak FNV; CNV Vakmensen - SPHBV; QTBV; STBV d.d. 1 december 2021 ov. 5.25)

Beslissing

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels:

Verklaart verzoeksters niet-ontvankelijk in hun verzoeken tegen Rifra en Regio Lease;

Verklaart verzoeksters ontvankelijk in hun verzoek tegen de overige verweersters;

Beslist dat Dago, Huiskens-Kokkeler en VWPFS de voorschriften van artikel 3 lid 1 en 4 van de FG2015 niet naar behoren hebben nageleefd en dat deze niet-naleving 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. L.C.J. Sprengers, mr. J.O. Zuurmond, mr. A. Rigutto, dr. R.H. van het Kaar,
S.F. Heemskerk LLM

Den Haag, 3 mei 2022

L.C.J. Sprengers
voorzitter

S.W. Geelkerken
secretaris