

Beslissing inzake FNV - Hoza 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 in de onderneming werkzame personen (hierna: "FG2015")

Inzake:

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging**, gevestigd te Utrecht, vertegenwoordigd door mr. S.N. Ketting (gemachtigde); hierna te noemen: FNV of verzoekster,

tegen:

1. de besloten vennootschap **Hoza B.V.**, gevestigd te Scheemda (hierna: "**Hoza**");
2. de besloten vennootschap **Hoza Holding B.V.**, gevestigd te Scheemda (hierna: "**Hoza Holding**");
3. de besloten vennootschap **KeBoolders Investment B.V.**, gevestigd te Winschoten (hierna: "**KeBoolders**");
4. de besloten vennootschap **Loadcarrier Bidco B.V.**, gevestigd te Bussum (hierna: "**Loadcarrier Bidco**");
5. de besloten vennootschap **Rotom Europe B.V.**, gevestigd te Son en Breugel (hierna: "**Rotom Europe**");
6. de besloten vennootschap **Rotom Nederland B.V.**, gevestigd te Son en Breugel (hierna: "**Rotom**");
7. de besloten vennootschap **Tsenpa Holding B.V.**, gevestigd te Son en Breugel (hierna: "**Tsenpa**"); en
8. de besloten vennootschap **VadeA Holding B.V.**, gevestigd te Best (hierna: "**VadeA**");

allen vertegenwoordigd door mr. J.F.P. Beurskens (gemachtigde); hierna gezamenlijk te noemen: Hoza c.s. of verweersters,

9. de **Stichting Administratiekantoor Rotom Europe** (niet verschenen)

1. Procedure

1.1 De GF heeft kennis genomen van de volgende stukken:

1. Van FNV het verzoekschrift d.d. 2 september 2021 met 22 bijlagen en e-mail d.d. 9 november 2021 met twee bijlagen.

2. Van Hoza c.s. het verweerschrift d.d. 21 oktober 2021 zonder bijlagen.

- 1.2 Op 9 september 2021 heeft de voorzitter van de GF het verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.
- 1.3 Op 12 november 2021 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Namens verzoekster waren mr. Ketting voornoemd en de heer A. Kuiper bestuurder FNV Metaal aanwezig. Mevrouw Ketting heeft het standpunt van verzoekster toegelicht aan de hand van een pleitnota die is overgelegd.

Namens verweersters waren mr. Beurskens voornoemd en mrs. J. van Adrichem en L. van Leeuwen aanwezig.

- 1.4 Verzoekster heeft haar klacht mede gericht tegen de Stichting Administratiekantoor Rotom Europe. Verweersters hebben in hun verweerschrift gesteld dat deze Stichting inmiddels geliquideerd is. Verzoekster heeft dit ter zitting bevestigd en haar klacht ten aanzien van deze partij ingetrokken.

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 Rotom Europe is een pan-Europese leverancier van logistieke ladingdragers voor transport en opslag. Rotom, dochter van Rotom Europe, maakt rolcontainers voor postbedrijven in tien landen. Hoza, dochter van Hoza Holding, is gespecialiseerd in de vervaardiging van producten van metaal en transportmiddelen, zoals rolcontainers, dolly's en stapelrekken. Hoza is een leverancier van Rotom.

Voordat de in dit geschil aan de orde zijnde fusietrajecten plaatsvonden, werden de aandelen in Hoza Holding gehouden door Rotom Europe (50%) en KeBoolders (50%).

- 2.2 Er speelden twee fusietrajecten die onderling met elkaar verband hielden. De leidende transactie betrof de voorgenomen verkoop van de door Tsenpa en VadeA gehouden aandelen in Rotom Europe aan Loadcarrier Bidco (hierna: de "**Rotom Transactie**"). Aan deze transactie ging een veilingproces vooraf dat is gewonnen door Waterland Private Equity Investments B.V. (hierna: "**Waterland**"), waarvan Loadcarrier Bidco een dochteronderneming is.

De tweede transactie betrof de voorgenomen verkoop van de door KeBoolders gehouden aandelen in Hoza Holding aan Rotom Europe (hierna: de "**Hoza Transactie**").

De Hoza Transactie was als het ware onderdeel van de Rotom Transactie en, aldus verweersters, een belangrijke pijler in de expansieplannen van de Rotom groep, die de ambitie heeft om de Rotom groep (inclusief Hoza) uit te bouwen tot de leidende Europese speler op het gebied van ladingdragers en aanverwante diensten.

- 2.3 De ondernemingsraad van Hoza is op 14 juli 2021 advies gevraagd over de Hoza Transactie. Op 15 juli 2021 heeft de ondernemingsraad, nadat er een overlegvergadering heeft plaatsgevonden, daarover positief geadviseerd.

Bij Rotom was geen ondernemingsraad.

- 2.4 Op vrijdag 6 augustus 2021 heeft de advocaat van verweersters FNV onder geheimhouding per e-mail en brief geïnformeerd over de voorgenomen Rotom Transactie en - als onderdeel daarvan - de Hoza Transactie. In de brief wordt aangegeven dat de ondernemingsraad van Hoza op of rond de datum van dit schrijven verzocht is of wordt om advies uit te brengen over dat voorgenomen onderdeel van de Transactie en dat het secretariaat van de SER gelijktijdig met FNV van de voorgenomen transactie op de hoogte is gesteld; dat de partijen met de overname beogen extra kapitaal ter beschikking te stellen voor Rotom Europe en de Rotom groep; dat de activiteiten van de door Rotom Europe en de door de Rotom groep gedreven ondernemingen door Loadcarrier Bidco in de huidige samenstelling zullen worden voortgezet; en dat de voorgenomen Transacties geen gevolgen hebben voor de werkgelegenheid.

In reactie op de brief van 6 augustus 2021 heeft FNV diezelfde dag de advocaat om een kopie gevraagd van de adviesaanvraag die aan de ondernemingsraad van Hoza was gestuurd, en er op gewezen dat FNV zowel op grond van de FG2015 als van de cao-bepalingen haar oordeel kenbaar dient te kunnen maken aan de ondernemingsraad alvorens deze zijn advies uitbrengt.

- 2.5 Op maandag 9 augustus 2021 hebben Loadcarrier Bidco en Rotom Europe de ACM gevraagd om toestemming voor de overname.
- 2.6 Eveneens op maandag 9 augustus 2021 heeft FNV per e-mail aan de advocaat van verweersters om nadere informatie verzocht inzake de fusiemelding en opnieuw gewezen op de verplichtingen uit de FG2015.

Tevens heeft FNV die dag telefonisch contact opgenomen met de bestuurder van Hoza. Deze heeft later die dag een e-mail aan FNV gestuurd waarin hij aangeeft dat hoewel aanvankelijk was afgesproken dat DLA Piper de communicatie over de adviesaanvraag op zich zou nemen, hij dat nu desverzocht zal doen. Daarnaast beschrijft de e-mail dat Hoza al op 14 juli 2021 een adviesaanvraag heeft ingediend bij de ondernemingsraad en op 15 juli 2021 positief advies van de ondernemingsraad heeft gekregen. Voorts wordt vermeld op welke punten de ondernemingsraad om advies is gevraagd en worden zowel de adviesaanvraag aan als het advies van de ondernemingsraad aan FNV gestuurd. Naar uit de e-mail en de bijgevoegde stukken blijkt, spitst die adviesaanvraag zich toe op de Hoza Transactie: aan de ondernemingsraad is advies gevraagd over de voorgenomen wijziging van de aandeelhoudersstructuur van Hoza Holding, de voorgenomen wijziging van de aandeelhoudersstructuur van Rotom Europe, de voorgenomen herfinanciering van Hoza Holding en Hoza, de voorgenomen wijziging in de commerciële verantwoordelijkheid binnen Hoza en de voorgenomen wijziging van de personele invulling van de directie van Hoza Holding.

- 2.7 Op 10 augustus 2021 heeft FNV aan de bestuurder van Hoza haar bezwaren en zorgen geuit over de mogelijke gevolgen van de in de kennisgeving omschreven voorgenomen herfinanciering. Tevens heeft zij erop gewezen dat de volgtijdelijkheid uit de FG2015 inzake het betrekken van verenigingen van werknemers en raadplegen van de ondernemingsraad, niet is nagekomen waardoor FNV haar zorgen over de herfinanciering niet mee heeft kunnen geven aan de ondernemingsraad om in zijn advies te betrekken en dat zij overweegt een klacht in te dienen bij de SER.

- 2.8 Op 11 augustus 2021 heeft FNV aan de advocaten van verweersters bericht dat FNV door de gang van zaken niet haar taak heeft kunnen vervullen om zich tijdig een oordeel te vormen over de voorgenomen overname, zodanig dat de ondernemingsraad dat oordeel had kunnen meewegen in zijn advies. De FNV wijst erop het een groot goed te vinden dat zij goed en inhoudelijk aangesloten is bij overnameprocessen, dat zij grote waarde hecht aan de juiste naleving van de FG2015 en dat zij een klacht zal indienen bij de SER.
- 2.9 Op 17 augustus 2021 is op de website van Rotomrent een nieuwsbericht over de voorgenomen transactie geplaatst met de titel "*Rotom Europe trekt groeikapitaal aan van Waterland*".
- 2.10 In reactie op het bericht van FNV van 10 augustus 2021 heeft de bestuurder van Hoza FNV bij e-mail van donderdag 19 augustus 2021 bericht dat hij het jammer vond dat het zo is gelopen en dat het niet zijn intentie was om de FNV te passeren, dat hij niet wist dat hij de verenigingen van werknemers vooraf diende te informeren en dat het advocatenkantoor dit beter had moeten begeleiden. Hij heeft zijn excuses aangeboden en FNV uitgenodigd voor een gesprek waarin hij de voorgenomen stappen kan toelichten. Daarbij heeft hij aangegeven: "*Ik ben er nog tot volgende week donderdag, dan ben ik even uit de lucht wegens vakantie.*"
- FNV heeft de bestuurder van Hoza vervolgens gebeld en gevraagd om een kopie van de financieringsovereenkomst en informatie over het doorzakken van de kosten van de herfinanciering naar de onderneming. De bestuurder van Hoza heeft daarop gemeld dat hij wil dat bij een gesprek daarover de aandeelhouder en de advocaat aanwezig zijn.
- 2.11 Op 25 augustus 2021 heeft Stichting Administratiekantoor Rotom Europe, dat tot dat moment enig aandeelhouder was van Rotom Europe, haar aandelen in die vennootschap afgestoten. Volgens opgave van verweersters is zij nadien geliquideerd.
- 2.12 Op 2 september 2021 heeft FNV de onderhavige klacht ingediend. Desgevraagd heeft verzoekster aangegeven dat te hebben gedaan in de veronderstelling dat de termijn voor het indienen van de klacht liep vanaf de fusiemelding op 6 augustus 2021, en dat die termijn op 2 september dus bijna verlopen was.
- 2.13 Op woensdag 15 september 2021 heeft de bestuurder van Hoza een app gestuurd aan FNV waarin hij bevestigt dat op dinsdag 21 september 2021 alle betrokkenen kunnen voor overleg, dat vanwege zijn afwezigheid wegens vakantie pas op dat moment kon plaatsvinden. Hij eindigt het bericht met "*Top dat het is gelukt, bedankt*".
- 2.14 Op donderdag 16 september 2021 is de transactie afgerond. Per die datum is Rotom Holding B.V. enig aandeelhouder van Rotom Europe en is Rotom Europe enig aandeelhouder van Hoza Holding. Rotom Holding B.V. is op 1 juli 2021 opgericht.
- Aan FNV is pas tijdens het gesprek op 21 september 2021 melding gedaan over de afronding van de transactie op 16 september 2021.
- 2.15 Op dinsdag 21 september 2021 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen verzoekster en verweersters. Daarin is namens verweersters erkend dat er fouten zijn gemaakt ten aanzien van de melding aan de SER en de betrokken verenigingen van werknemers, zijn excuses gemaakt en is toegelicht dat er geen

opzet in het spel is, maar het niet correct naleven van de FG2015 het gevolg was van een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Verder is toegelicht waarom de Hoza Transactie in het belang is van Hoza en haar stakeholders. Ook is antwoord gegeven op vragen van FNV over motieven, alternatieven, het te voeren ondernemingsbeleid, sociale consequenties en economische en juridische gevolgen.

Uit het gewisselde ter zitting heeft de GF begrepen dat dit gesprek niet eerder plaats kon vinden doordat enkele deelnemers aan het gesprek van de zijde van verweersters - de bestuurder van Hoza wilde graag dat de aandeelhouder en de advocaat bij dit gesprek aanwezig waren - een periode afwezig waren in verband met vakantie respectievelijk zakelijk verblijf in het buitenland.

- 2.16 Op 23 september 2021 hebben verweersters per e-mail een toelichting gestuurd aan FNV en nadere stukken opgestuurd, waaronder de financieringsovereenkomst.

3. Standpunt verzoekster

- 3.1 Verzoekster heeft gesteld dat verweersters artikel 4 leden 6 en 7 F2015 niet, althans niet naar behoren, hebben nageleefd en dat die niet-naleving een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is. Verzoekster heeft dit standpunt, kort samengevat, als volgt onderbouwd.
- 3.2 Op grond van artikel 4 lid 2 FG2015 dienden verweersters tijdig aan verzoekster een schriftelijke uiteenzetting te verstrekken inzake de motieven voor de voorgenomen fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de in dat kader te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen. Dit is niet gebeurd. Verzoekster is pas ruim drie weken nadat de ondernemingsraad van Hoza advies had uitgebracht, geïnformeerd over de voorgenomen transactie. Bovendien zaten er slechts twee weken tussen de melding aan verzoekster op 6 augustus 2021 en het persbericht van verweersters van 17 augustus 2021 over de voorgenomen transactie, zodat het niet anders kan dan dat de voorgenomen fusie ten tijde van de melding reeds "in kannen en kruiken" was.
- 3.3 Verzoekster is hierdoor niet in de gelegenheid geweest de besluitvorming te beïnvloeden via een gefundeerd oordeel dat van wezenlijke invloed kon zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie.
- 3.4 Evenmin is zij in de gelegenheid geweest haar oordeel over de wenselijkheid van de fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang kenbaar te maken aan de ondernemingsraad vóórdat de ondernemingsraad zijn advies uitbracht.
- 3.5 Verweersters hadden de meldingen tijdig moeten doen en zich moeten realiseren dat de melding tijdig gedaan had moeten worden. Zij werden bijgestaan door een gerenommeerd advocatenkantoor. Ten tijde van de melding op 6 augustus 2021 bestond er geen reële mogelijkheid meer tot overleg.
- 3.6 Het is de vraag of verweersters wel tijdig hadden willen melden. Verweersters hebben aangegeven dat ze begin juli 2021 de meldingen voor beide transacties hebben voorbereid, maar dat door een ongelukkige samenloop van omstandigheden de melding inzake de Hoza transactie toen niet is gedaan. Verzoekster ziet dit eerder als bewijs dat verweersters wellicht wel hadden willen melden, maar dan wel zo laat mogelijk, hetgeen doelbewust gedrag is en daarmee het schenden van de verplichtingen uit de FG2015 een verwijtbaar karakter geeft.

Verweersters hadden de begin juli 2021 opgestelde melding immers toen ook direct aan verzoekster kunnen toesturen onder oplegging van geheimhouding. Op of rond begin juli 2021 zijn ook verschillende nieuwe BV's opgericht samenhangend met de voorgenomen transacties en medio juli 2021 werd de ondernemingsraad van Hoza om advies gevraagd.

- 3.7 Het inhoudelijke overleg dat na de melding van 6 augustus 2021 met verweersters heeft plaatsgevonden was mosterd na de maaltijd. Het vond pas op 21 september 2021 plaats terwijl de Hoza transactie op 16 september 2021 was afgerond.
- 3.8 Verzoekster heeft de GF verzocht te beslissen dat verweersters de FG2015 niet, althans niet naar behoren, tegenover verzoekster hebben nageleefd. Dat de niet-naleving of niet-behoorlijke naleving door verweersters een ernstig karakter draagt en bovendien in ernstige mate verwijtbaar is. Tevens is verzocht de uitspraak van de GF openbaar te maken.

4. Standpunt verweersters

- 4.1 Verweersters erkennen dat zij met de melding te laat zijn geweest. Zij betreuren dat dit is gebeurd, hebben dat aan FNV laten weten en hebben daarbij hun excuses aangeboden.
- 4.2 Verweersters menen evenwel dat dit verzuim geen ernstig karakter draagt en niet ernstig verwijtbaar is, mede ook gezien het ontbreken van gevolgen van de te late melding. Zij hebben dit, kort samengevat, als volgt onderbouwd.
- 4.3 Ten eerste is de late melding niet opzettelijk geschied, maar berustte deze op een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Oorspronkelijk liepen de trajecten in de met elkaar samenhangende Rotom Transactie en Hoza Transactie in de tijd parallel. Verweersters waren zich bewust van de verplichtingen uit de FG2015 en waren steeds van zins deze op correcte wijze na te leven. Zij hebben daartoe tijdig - begin juli 2021 - concepten opgesteld voor de meldingen aan de betrokken verenigingen van werknemers en de SER. Deze zijn toen niet verzonden omdat begin juli het traject in de Rotom Transactie vertraging opliep, waardoor nog geen sprake was van zicht op een mogelijke fusie en daarmee een melding aan de SER en de betrokken verenigingen van werknemers nog niet aan de orde was. Het traject in de Hoza Transactie liep door, de ondernemingsraad werd om advies gevraagd. Er is toen ten onrechte verzuimd over de Hoza Transactie de door de FG2015 voorgeschreven meldingen te doen. Bij de onderhandelingen in de Hoza Transactie waren geen advocaten betrokken en de bestuurder van Hoza was zich niet bewust van de verplichtingen uit de FG2015.
- 4.4 Ten tweede is de fusie nodig en goed voor de continuïteit van Hoza. Het valt niet te verwachten dat de ondernemingsraad van Hoza tot een ander advies zou zijn gekomen, wanneer hij tijdig van het oordeel van verzoekster kennis had genomen. Ook in het verleden heeft de ondernemingsraad geen input gevraagd aan de betrokken verenigingen van werknemers of aan bestuurder aangegeven dat hij behoefte had aan overleg met de betrokken verenigingen van werknemers voordat hij zijn advies uitbracht.
- 4.5 Tenslotte is na de melding op 6 augustus 2021 een aantal keren contact geweest tussen verweersters en verzoekster. Verweersters hebben meteen na de melding steeds aan alle verzoeken om informatie van verzoekster voldaan. Tevens heeft op 21 september 2021 een constructief gesprek plaatsgevonden waar excuses zijn aangeboden voor de ongelukkige gang van zaken en waar in meer detail het

belang van de Hoza Transactie voor Hoza en haar stakeholders is toegelicht. Op 23 september 2021 is nogmaals een uitgebreide toelichting per mail toegestuurd aan FNV alsmede de financieringsovereenkomst.

- 4.6 Verweersters zijn van mening dat de te late melding geen ernstig karakter draagt en niet ernstig verwijtbaar is en kunnen zich op deze punten niet verenigen met het verzoek.

5. Beoordeling

Formele beoordeling

- 5.1 Op grond van het voorgaande concludeert de GF als volgt:
1. De onderhavige twee fusietrajecten die met elkaar samenhangen – de Rotom Transactie en de Hoza Transactie - zijn fusies in de zin van artikel 1 lid 1 sub e FG2015.
 2. Op deze transacties zijn de FG2015 van toepassing, aangezien deze binnen de werkingssfeer van artikel 2 FG2015 liggen.
 3. Verzoekster, FNV, is een vereniging van werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub f FG2015 jegens wie de FG2015 moeten worden nageleefd door verweersters.
 4. Verzoekster is ontvankelijk, nu het verzoek binnen de in artikel 19 FG2015 genoemde termijn is ingediend.

Materiële beoordeling

Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 4 leden 6 en 7 FG2015

- 5.2 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.
- 5.3 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 hiervoor onder meer de GF-uitspraak FNV; CNV Vakmensen - SPHBV; QTBV; STBV d.d. 1 december 2021).

- 5.4 Verweersters hebben op 6 augustus 2021 verzoekster geïnformeerd over de voorgenomen Rotom Transactie en Hoza Transactie, terwijl op 15 juli 2021 de ondernemingsraad van Hoza al advies had uitgebracht over de voorgenomen Hoza Transactie. Daarmee staat vast dat verweersters artikel 4 lid 7 FG2015 hebben geschonden, hetgeen verweersters ook hebben erkend. De volgtijdelijkheid van informeren van betrokken verenigingen van werknemers op grond van de FG2015 en advies vragen aan de ondernemingsraad op grond van artikel 25 Wet op de ondernemingsraden, is niet goed nageleefd. De ondernemingsraad van Hoza is hierdoor niet in de gelegenheid geweest kennis te nemen van het oordeel van verzoekster over de voorgenomen transactie, alvorens hij zijn advies uitbracht over de voorgenomen transactie.
- 5.5 Voor zover verzoeksters hebben beoogd te stellen dat artikel 4 lid 6 FG2015 geschonden is omdat artikel 4 lid 7 FG2015 is geschonden, merkt de GF op dat deze redenering niet zonder meer juist is. Een schending van artikel 4 lid 7 FG2015 hoeft niet automatisch te betekenen dat daarmee ook artikel 4 lid 6 FG2015 is geschonden: vaststelling van een schending van artikel 4 lid 6 FG2015 vergt een zelfstandige beoordeling. Artikel 4 lid 6 FG2015 ziet op het informatie- en overlegtraject tussen fusiepartijen en de betrokken verenigingen van werknemers. Artikel 4 lid 7 FG2015 regelt dat de ondernemingsraad kennis moet kunnen nemen van het oordeel van de betrokken verenigingen van werknemers alvorens zijn advies uit te brengen.
- 5.6 De GF is van oordeel dat verweersters ook artikel 4 lid 6 FG2015 hebben geschonden mede indachtig het doel van artikel 4 FG2015. Dat doel is te bevorderen dat tussen fusiepartijen en betrokken verenigingen van werknemers een dialoog tot stand komt over de voorgenomen transactie en de gevolgen daarvan voor de in de betrokken onderneming(en) werkzame personen op een tijdstip dat het oordeel van de betrokken verenigingen van werknemers nog van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan.
- 5.7 Dat die dialoog in casu niet tijdig tot stand is gekomen, is door verweersters erkend en staat overigens ook vast. De melding vond plaats op 6 augustus 2021. Op 9 augustus 2021 hebben verweersters de ACM om toestemming gevraagd voor de fusie en op 17 augustus 2021 hebben zij de voorgenomen transactie publiek bekend gemaakt via een nieuwsbericht op de website. Parallel daaraan hebben verweersters verzoekster op 9 augustus en 23 september 2021 voorzien van specifieke informatie op deelgebieden waar verzoekster op dat moment naar vroeg, is een aantal keren contact geweest en heeft inhoudelijk overleg over de fusie door een samenloop van omstandigheden aan zijde van verweersters, eerst plaatsgevonden op 21 september 2021, nadat de fusie op 16 september 2021 zijn beslag had gekregen, hetgeen verweersters niet aan verzoekster hebben bericht. Fusiepartijen hebben dusdoende niet voldaan aan de primair op hen rustende plicht het overlegproces zo in te richten dat het oordeel van verzoekster van wezenlijke invloed kan zijn op de totstandkoming van de fusie en de modaliteiten ervan. De schending van artikel 4 lid 6 FG 2015 staat daarmee vast.

Ten aanzien van het verzoek op grond van artikel 32 FG2015

- 5.8 De GF is met verzoekster van oordeel dat de niet behoorlijke naleving van artikel 4 leden 6 en 7 FG2015 een ernstig karakter draagt, nu die bepalingen door de

feitelijke gang van zaken noch naar de letter noch naar hun strekking zijn nageleefd.

- 5.9 Doel van artikel 4 lid 7 is zeker te stellen dat de bij de fusiepartijen ingestelde ondernemingsraden kennis kunnen nemen van het oordeel van de betrokken vakbonden alvorens die ondernemingsraden advies uitbrengen. Doel van artikel 4 lid 6 FG2015 is zeker te stellen dat Fusiepartijen het in artikel 4 leden 1-5 FG2015 omschreven consultatieproces zodanig vormgeven 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. Feit is dat in het onderhavige geval de ondernemingsraad van Hoza al op 15 juli 2021 advies heeft uitgebracht, ruim voordat verzoekster op 6 augustus 2021 voor het eerst over de voorgenomen fusie werd geïnformeerd, en dat het proces van informatie en consultatie na die eerste kennisgeving zodanig rommelig is verlopen dat verzoekster herhaaldelijk bij verschillende gesprekspartners om dezelfde informatie heeft moeten vragen, in het ongewisse is gelaten over het voorziene verloop van het fusieproces en een eerste inhoudelijke bespreking van de fusie eerst heeft plaatsgevonden op 21 september 2021, nadat die fusie op 16 september 2021 haar beslag had gekregen, zoals blijkt uit hetgeen onder de feiten in 2.4 tot en met 2.16 is geschetst. Gesteld noch gebleken is dat die gang van zaken een gevolg is van overmacht of noodtoestand (zie voor dat laatste GF-uitspraak FNV - Brink's Nederland c.s. d.d. 8 mei 2015).
- 5.10 Anders dan verzoekster is de GF evenwel van oordeel dat de hierboven door de GF vastgestelde schendingen van de FG 2015 niet ernstig verwijtbaar zijn. De GF ziet geen indicaties dat fusiepartijen artikel 4, leden 6 en 7 FG opzettelijk hebben geschonden, en acht de verklaring die verweersters hebben gegeven voor de late melding en het niet naleven van de volgtijdelijkheid als bedoeld in artikel 4 lid 7 FG2015 in de Hoza Transactie, aannemelijk. Uit het gewisselde in de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gekomen is duidelijk geworden dat de Rotom Transactie de leidende transactie was, dat de Hoza Transactie daar onderdeel van was, dat de trajecten in de Rotom Transactie en de Hoza Transactie in de tijd uiteen zijn gaan lopen, waarbij de Hoza transactie in juli 2021 doorliep terwijl de Rotom Transactie vertraging opliep, dat in de Hoza Transactie het overleg hoofdzakelijk plaatsvond zonder advocaten, dat daarom de toepasselijkheid van de FG2015 op die transactie buiten zicht is geraakt, en dat om die reden de ondernemingsraad van Hoza om advies is gevraagd voordat de in voorbereiding zijnde transacties aan verzoekster werden gemeld.
- 5.11 Ten aanzien van artikel 4 lid 6 FG2015 overweegt de GF als volgt. Op grond van artikel 4 FG2015 rust op fusiepartijen de verplichting de betrokken verenigingen van werknemers te informeren over de voorbereiding van een fusie. Daarna is het een gezamenlijke verantwoordelijkheid van fusiepartijen en betrokken verenigingen van werknemers om te bewerkstelligen dat een dialoog tot stand komt over de in voorbereiding zijnde transactie en gevolgen daarvan voor de in de onderneming werkzame personen (zie hiervoor eveneens de GF-uitspraak FNV - Alliander N.V., Allego B.V., Allego Employment B.V., Opera Charging B.V., Madeleine Charging B.V. en Meridiam EI SAS d.d. 14 december 2018).
- 5.12 Dat die dialoog in dit geval gebrekkig is verlopen ligt zowel aan verweersters als aan verzoekster. Dat verweersters steken hebben laten vallen in de keuze van het tijdstip waarop en de wijze waarop zij verzoekster in het fusieproces hebben betrokken is hiervoor uiteengezet. Maar ook verzoekster heeft steken laten vallen. Zij heeft niet voldoende duidelijk gemaakt nog daadwerkelijk behoefte te hebben aan overleg, en heeft zich al snel nadat zij over de voorgenomen fusie was

geïnformeerd, op het standpunt gesteld dat artikel 4 lid 7 FG2015 was geschonden en dat zij daarover een klacht in zou dienen. Verzoekster lijkt daarbij onvoldoende onderkend te hebben dat zij op grond van artikel 4 lid 6 FG2015 ook aanspraak kon maken op een eigen overleg met verweersters. Verweersters hebben op hun beurt weinig gedaan om te verifiëren in hoeverre verzoekster nog behoefte had aan dialoog en over welke punten zij dan overleg wilde. Tevens hebben zij in hun correspondentie met verzoekster geen duidelijkheid verstrekt over de stand en het beoogde verloop van het fusieproces.

- 5.13 Desgevraagd heeft verzoekster aangegeven dat zij het geschil al op 2 september 2021 aanhangig heeft gemaakt vanuit de veronderstelling dat de termijn voor het indienen van de klacht toen bijna verlopen was uitgaande van de datum van de fusiemelding op 6 augustus 2021. De GF wijst er volledigheidshalve op dat het schriftelijk verzoek op grond van artikel 19 FG2015 ingediend moet worden binnen een termijn eindigende een maand na openbaarmaking door of namens een of meer bij de totstandkoming van de fusie betrokken partijen dat de fusie al dan niet doorgang vindt.

Conclusie

- 5.14 De conclusie uit voorgaande is dat verweersters het bepaalde in artikel 4 leden 6 en 7 FG2015 niet, althans niet behoorlijk, hebben nageleefd, dat de niet-naleving een ernstig karakter draagt maar dat zij niet in ernstige mate verwijtbaar is als bedoeld in artikel 32 lid 3 FG2015.

Beslissing

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels:

Verklaart verzoekster ontvankelijk in haar verzoek gericht tegen verweersters;

Beslist dat verweersters de voorschriften van artikel 4 leden 6 en 7 van de FG2015 niet naar behoren hebben nageleefd en dat deze niet-naleving een ernstig karakter draagt in de zin van artikel 32 lid 3 FG2015;

Wijst af het meer of anders verzochte;

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

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels was als volgt samengesteld: mr. L.C.J. Sprengers, mr. A.M.A. Verscheure, dr. R.H. van het Kaar, mr. A. Rigutto, mr. P. Kruijff

Den Haag, 25 maart 2022



L.C.J. Sprengers
voorzitter



S.W. Geelkerken
secretaris