

Beslissing inzake FNV - KWS Vegetables B.V.

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

Inzake:

De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Federatie Nederlandse Vakbeweging, gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht (hierna: "FNV"), vertegenwoordigd door de heer J. Brandenburg en door de heer mr. J. van Overdam, advocaat te Utrecht, verzoekster,

tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KWS Vegetables B.V., gevestigd te Heythuysen (hierna: "KWS Vegetables"), vertegenwoordigd door de heren P. Degreeef en J. Cauberg en bijgestaan door de gemachtigden de heer mr. A. Keizer en mevrouw mr. A.J. de Gier, beiden advocaat te Amsterdam. verweerster.

1. Procedure

- 1.1 De GF heeft kennis genomen van de volgende stukken:
 1. Van FNV het verzoekschrift d.d. 24 juni 2019 met een aanvulling d.d. 25 juni 2019 en aanvullende brieven d.d. 26 en 30 september 2019, (de laatste met één bijlage).
 2. Van KWS Vegetables het verweerschrift d.d. 20 september 2019 met 14 bijlagen.
- 1.2 Op 4 juli 2019 is de FNV door de voorzitter van de GF in haar verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.
- 1.3 Op 4 oktober 2019 is een hoorzitting gehouden, waar beide partijen, KWS Vegetables vergezeld van haar gemachtigden, zijn verschenen. De gemachtigden van KWS Vegetables hebben zich bediend van een pleitnota die is overgelegd.

2. Toepasselijkheid en toepasbaarheid

- 2.1 Op grond van de ter beschikking gekomen gegevens concludeert de GF als volgt:
 1. de onderhavige transactie is een fusie in de zin van artikel 1 lid 1 sub e FG2015;
 2. op deze transactie is de FG2015 van toepassing, aangezien deze binnen de werkingssfeer van artikel 2 van de FG2015 ligt;

3. bij de fusie is FNV betrokken als vereniging van werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub f FG2015, jegens wie de FG2015 in casu door de fusiepartijen moet worden nageleefd.

Deze conclusies zijn door partijen niet betwist.

3. Feiten

Bij haar beslissing gaat de GF uit van de volgende feiten en omstandigheden:

- 3.1 Op 19 juni 2019 heeft KWS Vegetables bij de SER melding gedaan van een transactie tussen KWS Vegetables (koper) en verkoper betreffende de aandelen in de doelvennootschap. De melding is gedaan op grond van artikel 8 FG2015.
- 3.2 Op dezelfde dag heeft KWS melding van deze fusie gedaan aan de betrokken vakbonden, waaronder FNV, en is een openbare mededeling over de totstandkoming van de fusie uitgegaan in de vorm van een persbericht.
- 3.3 KWS Vegetables is in mei 2019 opgericht en is onderdeel van het internationaal opererende concern van KWS SAAT SE&Co. KGaA (hierna: "KWS SAAT"), gevestigd in Duitsland en daar beursgenoteerd. KWS SAAT heeft de overeenkomst mede ondertekend in haar hoedanigheid van garantsteller.
- 3.4 De transactie was gestructureerd als een gecontroleerde veiling. Op 6 juni 2019 werd exclusiviteit gegeven, op vrijdag 14 juni 2019 is aangegeven dat over de bieding gesproken kon worden, op 17 juni 2019 waren partijen er op hoofdlijnen uit en op 19 juni 2019 is overeenstemming bereikt en is de koopovereenkomst getekend. De fusie is per 1 juli 2019 gerealiseerd.
- 3.5 FNV is niet vóór 19 juni op de hoogte gebracht van de voorbereiding of totstandkoming van de fusie of het persbericht.
- 3.6 Op 20 juni heeft FNV contact opgenomen met de (indirect) bestuurder van de doelvennootschap en aangegeven dat FNV te laat geïnformeerd was over de transactie. Vervolgens heeft overleg plaatsgevonden tussen FNV en KWS Vegetables dat resulteerde in de toezegging dat een ondernemingsraad opgericht zal worden binnen de doelvennootschap.

4. Standpunt verzoekster

- 4.1 FNV is, kort samengevat, van mening dat zij te laat op de hoogte is gesteld van de fusie met als gevolg dat zonder wezenlijke invloed van de betrokken vakbonden de overname op 19 juni 2019 is afgerond. Artikel 3 FG2015 is geschonden en de in artikel 4 FG2015 beschreven procedure is niet nageleefd.

Bovendien was er bij de doelvennootschap geen ondernemingsraad ingesteld - ondanks dat er meer dan 50 mensen werkzaam zijn - en is deze dus ook niet geraadpleegd.

- 4.2 Anders dan KWS Vegetables heeft aangevoerd is naar de mening van FNV niet gebleken dat zich hier de uitzonderingssituatie als bedoeld in artikel 3 lid 2 FG2015 voordoet omdat KWS SAAT gebonden zou zijn aan de Duitse beursregels. FNV stelt dat het bij genoemde uitzonderingsregel uitsluitend gaat om

voorschriften die voortvloeden uit Nederlandse wet- en regelgeving.

- 4.3 Anders dan KWS Vegetables stelt is er in casu naar de mening van FNV geen sprake van een overmacht situatie die niet naleving van de artikel 4 FG2015 – procedure rechtvaardigt. FNV wijst er daarbij op dat het gaat het om een fusie waarbij drie in Nederland gevestigde rechtspersonen zijn betrokken en KWS SAAT niet. FNV ziet daarom niet in op grond waarvan KWS Vegetables zich meent te kunnen beroepen op Duits recht.
- 4.4 FNV verzoekt de GF te bepalen en te beslissen:
1. dat KWS Vegetables de FG2015 niet, althans niet naar behoren, tegenover FNV heeft nageleefd;
 2. dat de niet-naleving of niet-behoorlijke naleving door KWS Vegetables een ernstig karakter draagt en bovendien in ernstige mate verwijtbaar is.

5. Standpunt verweerster

- 5.1 KWS Vegetables is, kort samengevat, van mening dat er bijzondere omstandigheden waren die rechtvaardigen dat zij de betrokken vakbonden en de SER pas heeft geïnformeerd op het moment dat zij ook de openbare mededeling over de fusie deed. Deze bijzondere omstandigheden liggen in de spanning tussen toepassing van beursregels in Duitsland en de FG2015, welke spanning ook in de FG2015 wordt erkend (zie artikel 3 lid 2 FG2015), terwijl wel aan de ratio van artikel 4 FG2015 tegemoet gekomen is.
- 5.2 KWS Vegetables is een indirecte dochtervennootschap van KWS SAAT en dient daarom rekening te houden met de verplichtingen die voor KWS SAAT voortvloeden uit de Duitse beursregels. Op grond van die regels moet KWS SAAT koersgevoelige informatie – zoals de onderhavige transactie – zo snel mogelijk openbaar maken.

Er bestaat een uitzondering op deze ad-hoc-openbaarmakingsplicht, namelijk als de beursgenoteerde onderneming een rechtmatig belang heeft bij het uitstellen van de openbaarmaking, bijvoorbeeld wanneer partijen aan het onderhandelen zijn over een transactie. KWS SAAT mag van dit recht gebruik maken wanneer zij kan voldoen aan strikte voorwaarden. Eén van die voorwaarden is dat KWS SAAT het vertrouwelijke karakter van de koersgevoelige informatie moet kunnen garanderen. Voorts is het KWS SAAT verboden koersgevoelige informatie wederrechtelijk te delen met derden. KWS SAAT mag koersgevoelige informatie alléén met een derde delen zonder deze informatie ook openbaar te maken richting de markt, indien de ontvanger een geheimhoudingsplicht heeft die gebaseerd is op wet- of regelgeving, statutaire bepalingen of een contractuele overeenkomst. De geheimhoudingsbepaling van artikel 7 FG 2015 biedt in dit opzicht niet voldoende waarborgen.

Aan niet naleven van effectenrechtelijke wetgeving zijn in Duitsland vergaande consequenties en sancties verbonden. Gelet hierop heeft KWS Vegetables gevolg gegeven aan de effectenrechtelijke regelgeving en de fusiemelding uitgesteld tot het moment van openbaarmaking van de transactie.

- 5.3 KWS Vegetables is verder van mening dat zij voldaan heeft aan de ratio van artikel 4 FG2015. Kort na de fusiemelding hebben verschillende gesprekken plaatsgevonden tussen KWS Vegetables en FNV. Deze waren positief en constructief. FNV heeft haar zienswijze betreffende de transactie naar voren kunnen brengen en partijen hebben goede afspraken gemaakt, waaronder de

afspraken dat in de doelvennootschap een ondernemingsraad wordt opgericht. Nu FNV niet het oogmerk had om over de fusie *op zichzelf* te overleggen en zeker niet over de modaliteiten daarvan, maar alleen over de medezeggenschap, is, gezien de gemaakte afspraken, *in het onderhavige geval* tegemoet gekomen aan de wezenlijke invloed die FNV zocht.

- 5.4 KWS Vegetables heeft aldus getracht een balans te vinden tussen het bieden van wezenlijke invloed aan de vakbonden conform de ratio van de FG2015 en het naleven van de belangrijke Duitse beursregels.
- 5.5 KWS Vegetables bepleit verder, subsidiair, dat voor zover de GF van oordeel zou zijn dat KWS Vegetables de FG2015 niet naar behoren heeft nageleefd, te oordelen dat deze niet behoorlijke naleving, gezien het voorgaande, geen ernstig karakter draagt en/of niet in ernstige mate verwijtbaar is en verzoekt met een beroep op artikel 33 lid 3 FG2015, de uitspraak geanonimiseerd te publiceren.

6. Beoordeling

Ten aanzien van de spanning tussen toepassing van de Duitse beursregels en de FG2015

- 6.1 De GF constateert dat in casu KWS Vegetables gebonden is aan verplichtingen uit Nederlandse wet- en regelgeving en daarnaast mogelijk ook rekening dient te houden met verplichtingen die voortvloeien uit Duitse wet- en regelgeving. De vraag of de Duitse beursregels de verplichtingen uit de FG2015 op zij kunnen zetten behoeft in deze procedure niet te worden beantwoord. Daartoe is het volgende redengevend.
- 6.2 De GF wijst er op dat de FG2015 een wezenlijk onderdeel zijn van de Nederlandse context. Partijen die betrokken zijn bij fusies die behoren tot de Nederlandse rechtssfeer dienen de FG2015 dan ook toe te passen. In situaties waarin dit mogelijk een conflict op zou leveren met verplichtingen die bij de fusie in acht genomen moeten worden voortvloeiend uit een buitenlands rechtstelsel, dienen fusiepartijen hun ultieme best te doen om binnen die beperkende omstandigheden voor zover mogelijk invulling te geven aan de verplichtingen uit- en de ratio achter de FG2015. Zij dienen de mogelijkheden hiertoe te onderzoeken. Zo zouden fusiepartijen bijvoorbeeld kunnen onderzoeken of zij in overleg met de beurswaakhond van het betreffende land voor hun casus een regeling kunnen krijgen, of een advocaat uit het betreffende land een oplossing ziet, waar in de buitenlandse regelgeving ruimte zit om ook invulling te geven aan de FG2015-verplichtingen, of contact met de betrokken Nederlandse vakbonden mogelijk is na het maken van bijzondere afspraken over geheimhouding en of een voorbehoud in de koopovereenkomst kan worden opgenomen.
- 6.3 KWS Vegetables stelt dat zij een afweging heeft gemaakt tussen gevolg geven aan de Duitse effenctenrechtelijke regelgeving en aan de Nederlandse FG2015. De GF ziet van de gemaakte afweging niets terug in de gewisselde stukken en hetgeen ter zitting is besproken.
- 6.4 In het verweerschrift van KWS Vegetables staat onder meer:
"3.6 Voorts is het KWS SAAT als beursgenoteerde onderneming verboden om koersgevoelige informatie wederrechtelijk te delen met derden. (...), tenzij de ontvanger een geheimhoudingsplicht heeft die gebaseerd is op wet- of regelgeving, statutaire bepalingen of een contractuele overeenkomst. (...) Artikel 7 Fusiegedragsregels kwalificeert niet als zodanig. Er wordt zelfs beargumenteerd

dat de contractuele geheimhoudingsplicht specifiek moet zijn (i.e. op maat gemaakt voor de omgang met koersgevoelige informatie). Een algemene geformuleerde geheimhoudingsplicht is onvoldoende."

Los van wat er zij van de stelling dat artikel 7 FG2015 niet voldoende grondslag zou bieden voor geheimhouding, constateert de GF dat naar eigen stelling van KWS Vegetables ook wanneer zij gebonden zou zijn aan het Duitse recht, koersgevoelige informatie gedeeld kan worden met derden zonder verplicht te zijn deze koersgevoelige informatie direct openbaar te maken, indien die derde gebonden is aan een geheimhoudingsplicht die is gebaseerd op een overeenkomst. In casu was het voor KWS Vegetables dus mogelijk geweest om voorafgaand aan de totstandkoming van de transactie een overeenkomst te sluiten met FNV om geheimhouding te garanderen en vervolgens FNV te informeren over de voorbereiding van de fusie conform het bepaalde in artikel 4 FG2015 en in kennis te stellen van de inhoud van de openbare mededeling conform het bepaalde in artikel 3 lid 1 FG2015.

- 6.5 De GF kan KWS Vegetables niet volgen in haar redenering dat zij met FNV contractueel geen geheimhoudingsverplichting kon overeenkomen omdat zij met FNV geen contact op kon nemen zonder alleen daarmee al het risico te lopen dat zij Duitse beursregels zou schenden omdat zij geen connectie had met FNV en zich dan had moeten wenden tot het algemene e-mailadres of de receptie van FNV.

Ter zitting heeft FNV aangegeven dat de naam van de betrokken vakbondsbestuurder eenvoudig te achterhalen is. Deze is bekend bij de vakbond en staat in de cao Tuinzaadbedrijven. Bovendien hoeft in het eerste telefonische contact met de vakbond geen naam van een bedrijf of reden genoemd te worden om toch bij de juiste bestuurder terecht te komen.

- 6.6 Gelet op bovenstaande is de GF van oordeel dat de gestelde spanning tussen toepassing van beursregels in Duitsland en de FG2015 niet rechtvaardigt dat KWS Vegetables de betrokken vakbonden niet eerder heeft geïnformeerd dan op het moment dat zij ook de openbare mededeling over de totstandkoming van de fusie deed.

Ten aanzien van de gestelde schending van artikel 3 FG2015

- 6.7 De GF concludeert dat het op 19 juni 2019 gepubliceerde persbericht een openbare mededeling is in de zin van artikel 3 lid 1 FG 2015. De GF concludeert tevens dat de vakbonden niet voorafgaand aan deze openbare mededeling in kennis zijn gesteld van de voorbereiding of totstandkoming van de fusie.
- 6.8 Naar het oordeel van de GF deed zich, zoals uit het vooroverwogene volgt, hier de uitzonderingssituatie als bedoeld in artikel 3 lid 2 FG2015 niet voor. Zoals hiervoor aangegeven is de GF van oordeel dat in casu mogelijkheden bestonden om ook met inachtneming van de Duitse wet- en regelgeving vóórdat de openbare mededeling over de totstandgekomen fusie werd gedaan, de betrokken vakbonden daarvan in kennis te stellen.
- 6.9 De GF oordeelt dat door deze handelwijze artikel 3 lid 1 FG2015 is geschonden. Met name is, in strijd met de strekking van deze bepaling, de vakbonden de gelegenheid ontnomen hun belangenbehartigende taak ten opzichte van hun leden

naar behoren te vervullen.

Ten aanzien van de gestelde niet- of niet-behoorlijke naleving van artikel 4 FG2015

- 6.10 De GF constateert dat in casu de betrokken vakbonden eerst *nadat* fuserende partijen overeenstemming bereikten in kennis zijn gesteld. Daarmee is artikel 4 FG2015 niet nageleefd.
- 6.11 KWS Vegetables heeft gesteld en FNV heeft bevestigd dat partijen inmiddels constructief overleg hebben gehad dat onder meer heeft geleid tot de afspraak dat een ondernemingsraad wordt opgericht binnen de doelvennootschap. Anders dan KWS Vegetables stelt is door deze, op zichzelf positieve, handelwijze niet alsnog voldaan aan de ratio van artikel 4 FG2015. Dit overleg vond immers plaats *nadat* de voorgenomen fusie bekend was gemaakt, zodat FNV in dit overleg niet meer de gelegenheid had om wezenlijke invloed uit te oefenen op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. Of, zoals KWS Vegetables stelt, in casu FNV niet het oogmerk had om over de fusie op zichzelf en de modaliteiten daarvan te overleggen, maar alleen over de medezeggenschap, zegt niet zoveel omdat FNV voor het voldongen feit stond dat de fusie al gerealiseerd was. Ook als FNV wel over de totstandkoming van de fusie of de modaliteiten had willen overleggen, was dat niet meer mogelijk.

Conclusie

- 6.12 De conclusie uit voorgaande is dat KWS Vegetables het bepaalde in de artikelen 3 en 4 FG2015 niet heeft nageleefd. De niet-naleving kan niet worden gerechtvaardigd door de gestelde spanning tussen toepassing van Duitse effectenrechtelijke regelgeving en de FG2015. De GF is verder van oordeel dat de niet-naleving een ernstig karakter draagt als bedoeld in artikel 32 lid 3 FG2015 nu niet gebleken is dat KWS Vegetables zich enige moeite heeft getroost te proberen de FG2015 na te komen. De GF acht de niet-naleving evenwel niet in ernstige mate verwijtbaar in de zin van genoemd artikel.
- 6.13 Artikel 33 lid 3 FG2015 voorziet in de mogelijkheid om op grond van zwaarwegende belangen de namen van partijen of andere onderdelen uit de openbaar te maken versie van de beslissing weg te laten. Verweerster heeft verzocht hier toepassing aan te geven omdat voor de onderhavige fusie goede afspraken zijn gemaakt met FNV en FNV de geschilprocedure vooral zou hebben voortgezet om een richtinggevende uitspraak te krijgen over de vraag of verplichtingen voortvloeiend uit Duitse wet- en regelgeving inbreuk kunnen maken op verplichtingen uit de FG2015 terwijl de fusie plaatsvindt tussen in Nederland gevestigde rechtspersonen. FNV heeft ten aanzien van dit verzoek van verweerster aangegeven zich te referen aan het oordeel van de GF. De GF acht geen termen aanwezig om in de te publiceren beslissing de namen van partijen weg te laten. Het enkele feit dat na de fusie alsnog vruchtbaar overleg tussen partijen heeft plaatsgevonden is daarvoor onvoldoende.

7. Beslissing

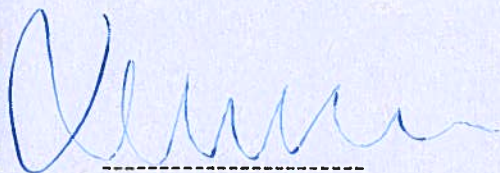
De GF:
verklaart FNV ontvankelijk in haar verzoek;

beslist dat KWS Vegetables de voorschriften van artikelen 3 en 4 van de FG2015 niet heeft nageleefd en dat deze niet-naleving een ernstig karakter draagt in de zin van artikel 32 lid 3 FG2015;

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

De GF was als volgt samengesteld: mr. A.M.A. Verscheure, dr. R.H. van het Kaar, mr. J.O. Zuurmond, mr. B. Pries, mr. A.P. Kruijff.

Den Haag, 29 november 2019



A.M.A. Verscheure
Voorzitter



S.W. Geelkerken
Secretaris