

Geschillencommissie Fusiegedragsregels

**FNV – Kinopolis Immo B.V. Nieuwenhuizen Groep B.V. en
NHHD B.V.**

Beslissing van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels (hierna: "GF")

inzake:

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Federatie Nederlandse Vakbeweging** (hierna: FNV), gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht, gemachtigde: mr. J. van Overdam,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Kinopolis Immo B.V.** (hierna: Kinopolis Immo), statutair gevestigd te Utrecht,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Nieuwenhuizen Groep B.V.** (hierna: Nieuwenhuizen), statutair gevestigd te Den Burg,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NHHD B.V.** (hierna: NHHD), statutair gevestigd te Schagen,

hierna gezamenlijk te noemen: verweersters. De gemachtigde van verweersters is mr. V. Gerlach.

FNV en verweersters worden hierna gezamenlijk genoemd: partijen.

1. Procedure

1.1 De GF heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- a. het verzoekschrift d.d. 29 december 2017 met 5 producties van FNV;
- b. het aanvullend verzoekschrift d.d. 29 januari 2018 van FNV;
- c. een productie d.d. 19 februari 2018 (behorende bij het aanvullend verzoekschrift) van FNV;
- d. het verweerschrift d.d. 2 maart 2018 met 4 producties van verweersters;
- e. een brief d.d. 20 maart 2018 met 8 producties van FNV;
- f. een brief d.d. 22 maart 2018 met 2 producties van FNV;
- g. een brief d.d. 27 maart 2018 met 1 productie van verweersters;
- h. de hierna te noemen pleitnotities d.d. 4 april 2018.

1.2 Op 10 januari 2018 is FNV door de voorzitter van de GF in haar verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.

1.3 Op 4 april 2018 vond de hoorzitting plaats. Namens FNV was de gemachtigde, mr. J. van Overdam, de bestuurder van FNV Media & Cultuur, aanwezig. Tevens aanwezig namens FNV was P. Smink. Aanwezig namens Kinopolis Immo waren N. Vanderplancke (International HR Director), S. van Gorp (HR Consultant a.i.) en een kantoorgenoot van de heer V. Gerlach, J. Reijnen. V. Gerlach trad tijdens de zitting als gemachtigde van verweersters op. De gemachtigden hebben zich bediend van pleitnotities, die tijdens de hoorzitting zijn overgelegd.

2. Feiten

Bij haar beslissing gaat de GF uit van de volgende uit de stukken blijkende of ter zitting gebleken, tussen partijen vaststaande of door één partij gestelde en door haar tegenpartij(en) onvoldoende betwiste feiten en omstandigheden:

- 2.1 Kinopolis Immo is een groepsvennootschap van de in België beursgenoteerde vennootschap Kinopolis Group N.V., een uitbater van bioscoopcomplexen die actief is in meer Europese landen en Canada. In Nederland worden vijftien bioscoopcomplexen geëxploiteerd. Kinopolis Immo is een lege houdstermaatschappij waar geen werknemers in dienst zijn en is een 100 procent dochtervennootschap van Kinopolis Bioscopen Holding B.V. (hierna: Kinopolis Holding). In Kinopolis Holding is het Nederlandse hoofdkantoor ondergebracht, waar een groot aantal werknemers in dienst zijn (zijnde kantoorpersoneel voor marketing, planning, centrale ICT-systeem en administratie). De werknemers die werkzaam zijn in de verschillende bioscopen zijn in dienst van een reeks andere gelieerde vennootschappen. Binnen de Kinopolis-groep is in Nederland een gemeenschappelijke ondernemingsraad ingesteld op het niveau van Kinopolis Holding, waarin tevens de werknemers van de diverse gelieerde (dochter)vennootschappen vertegenwoordigd zijn.
- 2.2 Nieuwenhuizen en NHHD zijn uitbaters van bioscoopcomplexen. NHHD is een houdstermaatschappij waar geen werknemers in dienst zijn. Bij Nieuwenhuizen en NHHD zijn geen ondernemingsraden ingesteld.
- 2.3 Nieuwenhuizen Schagen B.V., Nieuwenhuizen Hoofddorp B.V. en NH Haarlem B.V. (hierna: Doelvennootschappen) exploiteren bioscopen in Schagen en Hoofddorp. Tevens bestond het plan om een derde bioscoop in Haarlem te bouwen. De werknemers zijn in dienst van Cinemagnus B.V., een 100 procent dochtervennootschap van Nieuwenhuizen Schagen B.V., en Cinemeerse B.V., een 100 procent dochtervennootschap van Nieuwenhuizen Hoofddorp B.V. Bij Cinemagnus B.V. en Cinemeerse B.V. zijn geen ondernemingsraden ingesteld.
- 2.4 Cinemagnus B.V., Cinemeerse B.V. en Kinopolis Holding waren krachtens het lidmaatschap van NVB (thans geheten NVBF) tot 30 juni 2017 gebonden aan de cao voor het bioscoopbedrijf (hierna: cao). Partij bij deze cao waren de werkgeversvereniging NVB en de werknemersverenigingen AVV en FNV. NVB heeft de cao opgezegd tegen 30 juni 2017, en heeft na de opzegging te kennen gegeven geen nieuwe cao te willen afsluiten.
- 2.5 Na 1 juli 2017 zijn de werknemers van Cinemagnus B.V. en Cinemeerse B.V. nieuwe arbeidsovereenkomsten aangeboden met nieuwe arbeidsvoorwaarden. Bij Kinopolis Holding (en haar groepsvennootschappen waar werknemers in dienst zijn) is er gekozen voor een uitfaseringsproces. Alle werknemers die na 30 juni 2017 (nieuw) in dienst zijn gekomen of waarvan de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn verlengd, vallen onder het bedrijfsreglement dat met de ondernemingsraad is afgesproken. De werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst zijn en de overige werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, hebben in januari 2018 de keuze gekregen tussen toepassing van het bedrijfsreglement of nawerking van de cao.
- 2.6 Op 5 december 2017 is over het voornemen van Nieuwenhuizen en NHHD om alle aandelen in de Doelvennootschappen te verkopen aan Kinopolis Immo (hierna: Transactie) een adviesaanvraag ingediend bij de ondernemingsraad van Kinopolis Holding. Op 13 december 2017 heeft de ondernemingsraad een positief advies uitgebracht.
- 2.7 Op 22 december 2017 is de koopovereenkomst – tussen Nieuwenhuizen en NHHD enerzijds en Kinopolis Immo anderzijds – getekend en op 26 december 2017 is een persbericht over de Transactie gepubliceerd.

- 2.8 Op 28 december 2017 heeft de bestuurder van FNV, de heer P. Smink, aan de heer K. de Jong, werkzaam bij Kinopolis Holding, een e-mailbericht gestuurd met de vraag waarom FNV niet is ingelicht over de Transactie gelet op de Fusiegedragsregels (hierna: FG). Deze antwoordde dat hij geen idee had en dat hij dacht dat niemand zich ervan bewust was dat dat FNV moest worden ingelicht.
- 2.9 Op 8 januari 2018 is de fusiemelding namens Nieuwenhuizen, NHHD en Kinopolis Immo bij de Sociaal-Economische Raad gedaan. Bij deze melding is aangegeven dat er geen vereniging van werknemers betrokken is bij de Transactie.
- 2.10 Nadien heeft er geen correspondentie meer plaatsgevonden tussen partijen.

3. Standpunt FNV

- 3.1 Het verzoekschrift van FNV is gericht tegen Kinopolis Immo, Nieuwenhuizen en NHHD. Tijdens de hoorzitting stelt FNV zich op het standpunt dat de klacht tevens is gericht tegen Kinopolis Holding. Dit blijkt volgens FNV uit het verzoekschrift. Bovendien is niet gebleken dat de klacht tegen Kinopolis Holding, zoals in het eerste verzoek opgenomen, is komen te vervallen.
- 3.2 Verzoekster stelt zich, kort samengevat, op het standpunt dat de FG van toepassing zijn op de Transactie en de verplichtingen genoemd in artikel 3 en 4 FG jegens haar niet zijn nageleefd door verweersters, terwijl FNV wel een betrokken vereniging van werknemers is in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii of iii FG.
- 3.3 Op 26 december 2017 zijn openbare mededelingen gedaan over de Transactie. FNV heeft echter geen enkele informatie van verweersters ontvangen over de Transactie voorafgaande aan de openbare mededeling. Nadat de heer Smink op 28 december 2017 per e-mailbericht aan Kinopolis Holding heeft gevraagd waarom FNV niet is ingelicht over de Transactie, daarop geen inhoudelijk onderbouwde reactie van de kant van Kinopolis Holding is gekomen. Eerst nadat FNV op 29 december 2017 een klacht heeft ingediend bij de Geschillencommissie FG is op 8 januari 2018 een fusiemelding gedaan. Door het geheel niet informeren kwalificeert het nalaten zich als een niet-naleving van de FG met een ernstig karakter en is het in ernstige mate verwijtbaar, omdat FNV iedere mogelijkheid is ontnomen om een oordeel te geven vanuit het belang van de in de ondernemingen werkzame personen.
- 3.4 Dat FNV een betrokken vereniging van werknemers is in de zin van artikel 3 lid 1 sub f onder ii FG, blijkt uit het feit dat FNV Kiem, rechtsvoorganger van FNV, partij was bij de sinds 1 juli 2017 nawerkende cao voor het bioscoopbedrijf (hierna: Cao), waar verweersters als leden van de NVBF, de branchevereniging van het Bioscoopbedrijf, aan gebonden zijn. Indien en voor zover werknemers van Kinopolis zijn overgestapt op een nieuw bedrijfsreglement, heeft dat eerst na de Transactie plaatsgevonden. Zelfs als de cao relevantie zou missen, dan is de regeling voor pensioenen, welke bij besluiten van de Minister van Sociale Zaken en werkgelegenheid d.d. 27 maart 2012 en 8 januari 2018 verplicht is gesteld, voor de bioscoopsector een regeling van arbeidsvoorwaarden waarbij FNV partij is. De verweersters dienen de pensioenregeling toe te passen voor de werknemers.
- 3.5 Daarnaast is FNV een betrokken vereniging van werknemers in de zin van artikel 3 lid 1 sub f onder iii FG, omdat FNV in de afgelopen twee jaren veelvuldig contact heeft gehad met Kinopolis (Holding) en NH Hoofddorp ter zake van de belangen van de werknemer en de arbeidsvoorwaarden in de bioscopen. Een en ander wordt nader onderbouwd met stukken (bijlage 8 bij de brief d.d. 20 maart 2018, en bijlage 9 en 10 bij de brief d.d. 22 maart 2018).

- 3.6 FNV verzoekt de GF in deze procedure te bepalen en te beslissen:
- a) dat verweersters de FG niet, althans niet naar behoren, tegenover FNV heeft nageleefd;
 - b) dat de niet-naleving of niet-behoorlijke naleving door verweersters een ernstig karakter draagt en bovendien in ernstige mate verwijtbaar is;
 - c) de uitspraak van de FG openbaar te maken.

4. Standpunt verweersters

Verweersters hebben, samengevat, het volgende verweer gevoerd.

- 4.1 Ten aanzien van Kinopolis Holding wordt aangevoerd dat uit geen van de stukken blijkt dat de klacht van FNV tevens was gericht tegen Kinopolis Holding. Bovendien blijkt uit het aanvullende verzoekschrift ondubbelzinnig dat de klacht tegen de rechtspersonen is gericht die de fusiemelding hebben gedaan, niet zijnde Kinopolis Holding.
- 4.2 Voor het overige stellen verweersters zich op het standpunt dat FNV niet ontvankelijk is in haar verzoek, omdat zij geen vereniging van werknemers is in de zin van de FG. FNV is in de eerste plaats geen werknemersvereniging in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG, omdat zij niet betrokken is bij een regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden. Na het expireren van de Cao hebben de werknemers van Cinemagnus B.V. en Cinemeerse B.V. met ingang van 1 juli 2017 nieuwe arbeidsovereenkomsten getekend waardoor de geëxpireerde Cao geen nawerking meer toekomt. Derhalve gold ten tijde van de Transactie geen regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden waarbij FNV betrokken was.
- 4.3 Verweersters voeren daarnaast aan dat de ten tijde van de Transactie verplicht gestelde pensioenregeling geen regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de zin van de FG is. Uit de FG noch uit het commentaar bij de FG is gebleken dat met een regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden iets anders is bedoeld dan een cao. Tevens brengt de omschrijving 'regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden' met zich dat de regeling zowel betrekking moet hebben op lonen als op andere arbeidsvoorwaarden (cumulatief vereiste). Een pensioenregeling betreft geen loon in de zin van de wet. Indien en voor zover een pensioenregeling kan worden gekwalificeerd als een arbeidsvoorwaarde, dan is niet voldaan aan het cumulatief vereiste.
- 4.4 In de tweede plaats is FNV niet een werknemersvereniging die de afgelopen twee jaren regelmatig werkzaam is geweest ten behoeve van haar leden werkzaam bij een in Nederland bij de Transactie betrokken onderneming, waardoor FNV geen betrokken werknemersvereniging is in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Bij Cinemagnus B.V. en Cinemeerse B.V. en Nieuwenhuizen is FNV in de afgelopen twee jaren niet werkzaam geweest ten behoeve van haar leden. In de twee voorafgaande kalenderjaren heeft FNV slechts eenmaal een kort bezoek gebracht aan de bioscoop van Cinemeerse B.V. of Cinemagnus B.V. Voor zover FNV vaker werkzaam zou zijn geweest ten behoeve van haar leden, is aan het kenbaarheidsvereiste niet voldaan. Tevens zijn verweersters van oordeel dat Kinopolis Holding geen in Nederland betrokken onderneming is in de zin van de FG.
- 4.5 Indien en voor zover FNV een werknemersvereniging is in de zin van de FG, dan waren verweersters er op goede gronden van uitgegaan dat geen sprake was van een betrokken werknemersvereniging. Van een doelbewust uit de weg gaan van het overleg is dan ook geen sprake. Een schending van de FG die ook nog eens een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is, is niet aan de orde. Tot slot wordt erop gewezen dat sprake was van een aandelentransactie, waardoor de werknemers gewoon in dienst zijn gebleven bij Cinemeerse B.V. en Cinemagnus B.V. Er vervallen geen banen en een wijziging van aandeelhouders heeft geen directe gevolgen voor de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.

- 4.6 Verweersters zijn van mening dat zij hebben gehandeld in overeenstemming met de FG en verzoeken de GF om FNV niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, aangezien zij niet kan worden aangemerkt als een vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f FG. Indien FNV ontvankelijk is in haar verzoek, dient de klacht ongegrond te worden verklaard. Als de klacht gegrond wordt verklaard, dan is het verzoek aan de GF om te oordelen dat de schending van de FG niet gekwalificeerd kan worden als een schending met een ernstig karakter, noch dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid en om de namen van verweersters weg te laten in de beslissing.

5. Beoordeling

Toetsing formele gronden

Ontvankelijkheid van de verzoeken gericht tegen Kinopolis Holding

- 5.1 Ten aanzien van de klacht jegens Kinopolis Holding geldt het volgende. Op basis van de informatie uit het persbericht van 26 december 2017, heeft FNV de klacht gericht tegen Kinopolis Holding en NH Bioscopen B.V. Gelet op het feit dat FNV geen nadere informatie had over de Transactie, was zij genoodzaakt om op basis van het persbericht aannames te doen over de (vermeende) partijen bij de Transactie.
- 5.2 Na de ontvangst van de fusiemelding bij de Sociaal-Economische Raad, is geconstateerd dat de daarin genoemde partijen bij de fusie afweken van de partijen genoemd in het verzoekschrift. Het secretariaat heeft FNV bij e-mailbericht d.d. 11 januari 2018 gewezen op de partijen die conform de fusiemelding betrokken waren bij de Transactie en FNV de mogelijkheid geboden om de rechtspersonen waartegen de klacht is gericht te herformuleren. Bij brief van 12 januari 2018 (ontvangen op 29 januari 2018) is door FNV verzocht om de klacht te betrekken op de partijen die zich op 8 januari 2018 hebben gemeld. Tevens heeft FNV op 20 maart 2018, nadat J. van Overdam als gemachtigde voor FNV is gaan optreden en FNV het verzoekschrift van verweersters had ontvangen, opnieuw herhaald dat de klacht is gericht tegen verweersters.
- 5.3 Uit deze omstandigheden blijkt dat verweersters, alsmede de GF, in redelijkheid niet konden aannemen dat de klacht mede gericht was tegen Kinopolis Holding, terwijl het, gelet op de nadere informatie die door het secretariaat aan FNV was verstrekt, op de weg van FNV had gelegen om duidelijkheid te geven over de partijen waartegen de klacht gericht was. Gelet hierop en het feit dat eerst bij de hoorzitting van 4 april 2018 Kinopolis Holding als vierde partij wordt genoemd waartegen de klacht is gericht, was het voor Kinopolis Holding niet mogelijk om deugdelijk verweer te voeren en zich voor te bereiden op de hoorzitting. Derhalve is FNV niet ontvankelijk in haar verzoek jegens Kinopolis Holding.
- 5.4 Ten overvloede merkt de GF op dat zich omstandigheden kunnen voordoen dat een vereniging van werknemers door de GF ontvankelijk wordt verklaard ter zake van een klacht jegens een partij die niet in het verzoekschrift staat vermeld. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een vereniging van werknemers, gelet op de klachttermijn van artikel 18 GF, genoodzaakt is haar klacht in te dienen voordat de fusiepartijen (nadere) informatie hebben verstrekt over de identiteit van de fusiepartijen.

De ontvankelijkheid van de verzoeken tegen verweersters: vereniging van werknemers artikel 1 lid 1 sub f FG

- 5.5 FNV stelt zich op het standpunt dat zij een vereniging van werknemers is in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii en onder iii FG. Deze standpunten worden door verweersters gemotiveerd betwist.

- 5.6 Artikel 18 FG bepaalt dat een geschil over de niet- of niet-behoorlijke naleving van de FG door één of meer bij de totstandbrenging van de fusie betrokken partijen aanhangig kan worden gemaakt door een vereniging van werknemers. In artikel 1 lid 1 onder f FG wordt onder i, ii en iii omschreven in welke drie gevallen sprake is van een 'vereniging van werknemers'.
- 5.7 Voor zowel het onder ii als onder iii bepaalde geldt dat een vakbond volledige rechtsbevoegdheid dient te hebben en dat zij krachtens haar statuten tot doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen. Op basis van de statuten van FNV staat vast dat het gaat om een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die tot doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen.
- 5.8 Daarnaast wordt onder ii en iii een volgend element genoemd: 'een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming' (hierna: 'betrokken onderneming'). De commissie heeft over dit element in het verleden het volgende opgemerkt (Fusiegedragsregels 2000 Commentaar, 1^e druk, 28^e verslag, pag. 35):
- "Met de woorden 'een bij de fusie betrokken onderneming' is bedoeld 'dat de gedragsregels alleen moeten worden nageleefd ten aanzien van de vakorganisaties welke werkzaamheden zich uitstrekken tot de ondernemingen waarvan de activiteiten rechtstreeks door de fusie kunnen worden beïnvloed'. In deze zinsnede zijn van belang de woorden 'rechtstreeks' en 'kunnen'. Het eerste heeft een beperkende, het tweede een verruimende werking. De commissie heeft hiermede tot uitdrukking willen brengen dat in gevallen waarin een fusie slechts een deel van een concern met sterk van elkaar afwijkende activiteiten aangaat, niet alle vakorganisaties die in hun belangenbehartigend optreden te maken hebben met een of meer van de ondernemingen van het concern, van de fusie op de hoogte moeten worden gebracht. De ondernemingen waarvan de activiteiten rechtstreeks door de fusie kunnen worden beïnvloed, zijn ten eerste de ondernemingen (in de zin van artikel 14) waarover de zeggenschap ten gevolge van de fusie in andere handen komt en ten tweede de ondernemingen van een van de fusiepartners, waarover de zeggenschap weliswaar niet verschuift doch waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij door de fusie in hun activiteiten kunnen worden beïnvloed, en dat dus ook de belangen van het daarin werkende personeel kunnen worden geraakt."*
- 5.9 Uit deze overweging blijkt dat de commissie in ieder geval de in Nederland gevestigde koper(s) en/of verkoper(s) alsmede doelvennootschappen kwalificeert als betrokken ondernemingen. Dit geldt ook voor alle in Nederland gevestigde dochterondernemingen van de doelvennootschap waarvan de zeggenschap als gevolg van de fusie overgaat.
- 5.10 In deze zaak zijn Kinopolis Immo (koper), Nieuwenhuizen en NHHH (verkopers) en de Doelvennootschappen betrokken ondernemingen. Cinemeerse B.V. en Cinemagnus B.V. zijn 100 procent dochtervennootschappen van één van de Doelvennootschappen, waardoor de zeggenschap over deze dochterdochtervennootschappen overgaat door de Transactie. Derhalve zijn Cinemeerse B.V. en Cinemagnus B.V. tevens betrokken ondernemingen.
- 5.11 Tussen partijen is in geschil of Kinopolis Holding een betrokken onderneming is. Gelet op de overweging van de commissie genoemd in paragraaf 5.8 kan de in Nederland gevestigde moedervernootschap van een kopende partij een betrokken onderneming zijn, mits redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij door de fusie in haar activiteiten kan worden beïnvloed in die zin dat de belangen van het daarin werkende personeel kunnen worden geraakt. De GF is van oordeel dat Kinopolis Holding voldoet aan de in de vorige zin genoemde voorwaarden en derhalve een betrokken onderneming is in de zin van artikel 1 lid 1 sub f FG.

- 5.12 In de eerste plaats is bij de in Nederland gevestigde Kinopolis Holding een gemeenschappelijke ondernemingsraad ingesteld waarin tevens de (belangen van de) werknemers vertegenwoordigd zijn die werkzaam zijn bij de diverse dochtervennootschappen van Kinopolis Holding. De gemeenschappelijke ondernemingsraad is om advies gevraagd over de Transactie. Ook kan de Transactie tot gevolg hebben dat de samenstelling van de gemeenschappelijke ondernemingsraad binnen Kinopolis Holding, alsmede het bereik van de rechten en plichten van de ondernemingsraad zal wijzigen. Tijdens de hoorzitting is immers door verweersters gemeld dat het voornemen bestaat dat deze gemeenschappelijke ondernemingsraad na de overname ook als ondernemingsraad in relatie tot de Doelvennootschappen gaat functioneren.
- 5.13 Ten tweede is van belang dat Kinopolis Holding en haar dochtervennootschappen zich bezighouden met dezelfde activiteiten, te weten het uitbaten van bioscoopcomplexen en de werkzaamheden die daarmee in verband staan.
- 5.14 In de derde plaats is tijdens de hoorzitting naar voren gekomen dat, na het expireren van de Cao, op het niveau van Kinopolis Holding het bedrijfsreglement is vastgesteld dat voor de hele groep zal gaan gelden, dus mede voor de Doelvennootschappen. Daarnaast worden vanuit Kinopolis Holding door de aldaar werkzame werknemers kantooractiviteiten (marketing, planning, ICT-systeem en administratie) ten behoeve van de gelieerde (dochter)ondernemingen verricht, na de Transactie ook voor de Doelvennootschappen. De Transactie kan, gelet op het streven om hetzelfde bedrijfsreglement toe te passen bij Kinopolis Holding en haar dochterondernemingen en de genoemde activiteiten, invloed hebben op de werkzaamheden van de werknemers in dienst van Kinopolis Holding.
- 5.15 Tot slot is in de arbeidsovereenkomsten met de werknemers van Kinopolis Holding overeengekomen dat de werknemers ook ten behoeve van andere vestigingen tewerk kunnen worden gesteld. Door de Transactie kunnen deze werknemers mede tewerk worden gesteld bij de vestigingen van Cinemeerse B.V. en Cinemagnus B.V.

Uit deze feiten en omstandigheden blijkt dat de belangen van de werknemers van Kinopolis Holding als gevolg van de Transactie kunnen worden geraakt.

Vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG

- 5.16 Ten aanzien van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG dient FNV aan te kunnen tonen dat zij betrokken is bij een regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden die geldt voor de betrokken ondernemingen. Wat moet worden verstaan onder een regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden, is eerder door de Commissie toegelicht (Fusiegedragsregels 2000 Commentaar, 1^e druk, 7^e verslag, p. 36):

"De commissie is van oordeel dat deze formulering meer omvat dan alleen de rechtstreeks bindende cao. Indien slechts de rechtstreeks bindende cao als criterium voor het aanwijzen van voor het overleg in aanmerking komende vakorganisaties zou gelden, zou in de definitie niet de ruimere formulering 'regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden' zijn opgenomen. De commissie meent dat onder deze formulering onder meer ook vallen die cao-bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden welke voor een onderneming gelden op grond van een algemeen-verbindendverklaring daarvan."

- 5.17 Een ‘regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden’ dient zo te worden uitgelegd dat daardoor tevens een algemeen verbindend verklaarde cao onder het bereik van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG valt.
- 5.18 Binnen Kinopolis Holding, Cinemeerse B.V., en Cinemagnus B.V. gold tot en met 30 juni 2017 de Cao. De Cao is nadien geëxpireerd, omdat de NVB deze heeft opgezegd. De Cao heeft nawerking totdat andere arbeidsvoorwaarden zijn overeengekomen of een nieuwe cao is overeengekomen en van toepassing is. In deze situatie is niet voorzien in de FG. Ook in de toelichting bij de FG is omtrent een nawerkende cao niets vermeld.
- 5.19 De GF is van oordeel dat de in art. 1 lid 1 sub f onder i en iii vereisten worden genoemd die rechtstreeks te maken hebben met activiteiten van een vakbond binnen een onderneming. Het vereiste sub ii is van een andere orde dan de vereisten sub i en sub iii. Indien een vakbond partij is bij een regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden, zoals een cao, ook als deze op bedrijfstakniveau wordt afgesloten, kwalificeert zij als een vereniging van werknemers in de zin van de FG, mits deze cao geldt voor een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming. Het zijn van partij bij een cao veronderstelt het belang bij de vereniging van werknemers in het kader van de FG en het is ook voor de werkgever kenbaar welke vakbond of vakbonden als contractspartij bij de cao hebben opgetreden. Op een moment dat een cao is geëxpireerd, is een vakbond in beginsel dan ook niet meer als betrokken bij de cao te beschouwen en kwalificeert dan ook niet meer op grond van het vereiste sub ii als vereniging van werknemers in de zin van de FG. Dit kan anders zijn indien de cao-partijen voornemens zijn om onderhandelingen te voeren over een nieuwe cao, de onderhandelingen over een nieuwe cao reeds zijn aangevangen of er een onderhandelingsresultaat is zonder dat de nieuwe cao formeel is afgesloten; daarmee is immers gegeven dat de cao-loze periode een overbruggingsperiode betreft.
- 5.20 In deze zaak is door de NVB gemeld dat zij geen nieuwe cao meer met de verenigingen van werknemers wenst te sluiten, omdat de aangesloten werkgevers in de sector daar geen behoefte meer aan hebben. Uit hetgeen door FNV is aangevoerd blijkt ook niet dat er sprake van een overbruggingsperiode tussen de geëxpireerde en een nieuw te sluiten cao. Gelet daarop kan de nawerkende cao in deze situatie niet worden gekwalificeerd als een geldende regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden, waardoor FNV op die grond niet beschouwd kan worden als een vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG.
- 5.21 FNV beroept zich vervolgens op het feit dat zij betrokken is bij de uitvoering van de regeling voor pensioenen, welke bij besluiten van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 27 maart 2012 en 8 januari 2018 verplicht is gesteld. De verweersters dienen de pensioenregeling toe te passen voor de werknemers.
- 5.22 FNV is betrokken geweest bij de totstandkoming van de pensioenregeling, die in de cao is opgenomen. FNV heeft aangegeven dat het einde van de cao niet tevens heeft geleid tot een beëindiging van de pensioenregeling. Door de FNV is voor het overige onvoldoende aangevoerd waaruit de betrokkenheid van de FNV bestaat bij de uitvoering van deze bedrijfstakpensioenregeling, die maakt dat de FNV kwalificeert als betrokken vereniging van werknemers bij een regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 1 lid 1 sub f onder ii FG. De GF is van oordeel dat enkel de stelling betrokken te zijn bij de uitvoering van een bedrijfstakpensioenregeling zonder verdere onderbouwing daarvoor onvoldoende is.

Vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG

- 5.23 In het kader van de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 1 lid 1 sub f iii FG dient te worden onderzocht of FNV in de twee voorafgaande kalenderjaren als belangenbehartiger regelmatig en voor (het bestuur van) de onderneming herkenbaar werkzaam is geweest ten behoeve van haar leden in een bij de Transactie betrokken in Nederland gevestigde onderneming.

- 5.24 Zoals in de uitspraak van de GF van 21 februari 2018 (FNV en BVPP – Sandd Beheer II B.V., Sandd B.V., Sandd Postverspreiders B.V., Sandd New Business B.V., Van Straaten Post B.V.) is geoordeeld, dient onder “de twee voorafgaande kalenderjaren”, genoemd in artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG, te worden verstaan de periode van 24 maanden direct voorafgaande aan de dag waarop de fusiemelding aan de SER wordt gedaan, dan wel de dag waarop een openbare mededeling wordt gedaan over de (voorgenomen) fusie indien die datum eerder is.
- 5.25 Dit leidt er in deze zaak toe dat de GF moet beoordelen of FNV in de periode van 26 december 2015 tot en met 25 december 2017 regelmatig werkzaam is geweest ten behoeve van haar leden werkzaam bij de betrokken ondernemingen. Zoals reeds in paragraaf 5.9 en 5.10 is overwogen zijn de verweersters, de Doelvennootschappen, Cinemagnus B.V., Cinemeerse B.V. en Kinopolis Holding de betrokken ondernemingen.
- 5.26 FNV heeft ter onderbouwing van haar standpunt een groot aantal bewijsstukken overgelegd. Tevens is door verweersters onder punt 36 van het verweerschrift erkend dat FNV bij Kinopolis Holding regelmatig actief is geweest in de afgelopen twee jaren. Zowel uit de erkenning van verweersters als uit een aantal van de door FNV overgelegde stukken blijkt dat in ieder geval ten aanzien van Kinopolis Holding voldaan is aan artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG.

Conclusie

- 5.27 De GF concludeert dat FNV niet kan worden gekwalificeerd als een vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder ii FG, maar wel als een vereniging van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Dit heeft tot gevolg dat FNV ontvankelijk is haar klacht jegens verweersters op grond van artikel 18 lid 1 en 2 FG.

Toetsing materiële gronden

FNV heeft geklaagd over de schending van artikel 3 en 4 FG door verweersters.

Overtreding van artikel 3 en 4 FG

- 5.28 Op grond van artikel 3 lid 1 FG moeten – behoudens de zich hier niet voordoende, in artikel 3 lid 2 FG genoemde uitzondering – vóórdát over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie openbare mededelingen worden gedaan, de betrokken verenigingen van werknemers hiervan in kennis worden gesteld.
- 5.29 De kern van artikel 4 FG is dat de in dat artikel beschreven procedure in haar geheel moet zijn nageleefd voordat overeenstemming wordt bereikt over de fusie (artikel 4 lid 1 FG). Het oordeel van de verenigingen van werknemers moet immers op grond van artikel 4 lid 6 FG van wezenlijke invloed kunnen zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. Het doel van deze regeling is dat de verenigingen van werknemers hun oordeel over de fusie uit kunnen spreken vanuit het gezichtspunt van het belang van de in de onderneming van de fusiepartijen werkzame personen, zodat deze belangen in het fusietraject kunnen worden meegewogen.
- 5.30 Verweersters hebben op 22 december 2017 de koopovereenkomst getekend ter zake van de Transactie, waardoor vaststaat dat in ieder geval op die genoemde datum overeenstemming is bereikt over de Transactie. Vervolgens hebben verweersters ervoor zorggedragen dat op 26 december 2017 een persbericht is gepubliceerd. FNV is door verweersters nimmer benaderd of (schriftelijk) geïnformeerd over de Transactie. Eerst op 28 december 2017 is, op initiatief van de heer Smink van FNV, contact geweest met de heer De Jong, werkzaam bij Kinopolis Holding, over de Transactie. Op basis van deze feiten staat vast dat verweersters artikel 3 en 4 FG niet hebben nageleefd.

5.31 De stelling van verweersters dat de Transactie geen directe gevolgen heeft (gehad) voor de werknemers bij Cinemeerse B.V. en Cinemagnus B.V. kan verweersters niet baten; zie in dit verband onder meer de uitspraak van de GF van 23 maart 2007 (Nautilus NL - Dutilus NL - Dockwise Transport N.V.). Ook als een fusie volgens de fusiepartners geen gevolgen heeft voor de werknemers van de betrokken ondernemingen, doet dat niet af aan hun verplichting tot naleving van de gedragsregels.

5.32 Gelet op de FG ligt het op de weg van FNV om, naar aanleiding van de door de verweersters verstrekte informatie over de Transactie en het mogelijk gevoerde gesprek dat daarop volgt, haar eigen oordeel te vormen over de gevolgen van de Transactie voor de werkzame personen bij de Nederlandse betrokken ondernemingen en vervolgens een advies uit te brengen aan de ondernemingsraad. Door FNV iedere mogelijkheid te ontnemen om een oordeel te geven vanuit het belang van de in de ondernemingen werkzame personen en zelf deze beoordeling voor FNV te doen, hebben verweersters de positie van FNV en de verplichtingen voortvloeiende uit artikel 4 FG volledig miskend.

Tussenconclusie schending artikel 3 en 4 FG

5.33 Op basis van de bovenstaande feiten en omstandigheden concludeert de GF dat verweersters artikel 3 lid 1 en artikel 4 lid 1 tot en met 7 FG niet hebben nageleefd.

Ernstig karakter en ernstige verwijtbaarheid

5.34 Ten aanzien van het verzoek van FNV om vast te stellen dat de niet-, althans niet-behoorlijke, naleving van de FG een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is, overweegt de GF als volgt.

5.35 Zoals hiervoor in paragraaf 5.28 tot en met 5.31 uiteengezet is, is de GF van oordeel dat verweersters de artikelen 3 en 4 geschonden hebben. Die schending heeft naar het oordeel van de FG een ernstig karakter. Verweersters hebben voorafgaande aan de Transactie, noch na 22 december 2017 enig initiatief genomen om met FNV het gesprek aan te gaan over de (voorgenomen) Transactie, ook niet nadat FNV bij e-mailbericht van 28 december 2017 Kinopolis Holding heeft gewezen op de FG.

5.36 Het standpunt van verweersters dat FNV niet is geïnformeerd, omdat zij van oordeel zijn dat zij geen vereniging van werknemers is in de zin van de FG, kan niet als legitiem argument dienen om FNV in het geheel niet te informeren over de (voorgenomen) Transactie. Tussen FNV en Kinopolis Holding is de afgelopen twee jaren, mede in de periode dat het voornemen van verweersters bestond om de Transactie aan te gaan, regelmatig contact geweest over de belangen van de in Kinopolis Holding werkzame personen. Vanwege dit contact en hetgeen is overwogen in paragraaf 5.11 tot en met 5.14, had bij verweersters op zijn minst gerede twijfel moeten bestaan over de vraag of FNV een vereniging van werknemers was in de zin van de FG.

5.37 Deze twijfel had verweersters ertoe moeten bewegen om contact met FNV op te nemen om hen in ieder geval (op hoofdlijnen) te informeren over de voorgenomen Transactie en hun standpunt kenbaar te maken over de vraag of FNV een vereniging van werknemers was in de zin van de FG. De FG leggen het initiatief voor het aangaan van het door die regels bestreken overleg immers ondubbelzinnig bij de bij de totstandkoming van de fusie betrokken partijen. Verweersters hebben er echter voor gekozen om geen enkel initiatief te nemen om FNV te informeren of met haar het gesprek aan te gaan. Hiermee hebben verweersters zelf het risico genomen en aanvaard dat in een te entameren procedure zou komen vast te staan dat FNV wel degelijk een vereniging van werknemers is in de zin van de FG met als gevolg dat zij aldus hun verplichtingen voortvloeiende uit artikel 3 en 4 FG niet hebben nageleefd. De fusiemelding d.d. 8 januari 2018 doet aan het vorenstaande niets af, omdat deze te laat plaatsvond en FNV overigens ook op dat moment niet door verweersters is geïnformeerd over de Transactie.

5.38 De GF is van oordeel dat de niet-naleving van de FG niet *ernstig verwijtbaar* is. De GF overweegt daartoe als volgt.

5.39 Uit de over en weer overgelegde stukken en hetgeen ter hoorzitting naar voren is gebracht, is niet gebleken dat verweersters willens en wetens het overleg met FNV hebben willen frustreren. Weliswaar hebben verweersters op onjuiste gronden de verplichtingen uit artikel 3 en 4 FG jegens FNV niet nageleefd, doch niet is gebleken dat verweersters verzoeken van FNV, om haar (alsnog) te informeren en/of het gesprek te voeren, doelbewust uit de weg is gegaan. FNV heeft op haar beurt Kinopolis Holding bij e-mailbericht van 28 december 2017 gewezen op de schending van de FG, maar heeft verweersters nimmer verzocht om haar te informeren of met haar het gesprek aan te gaan. Tot slot is gesteld noch gebleken dat verweersters zich eerder aan een overtreding van de FG hebben schuldig gemaakt. De eerder geconstateerde ernstige schending van de van de FG is daarmee niet als ernstig verwijtbaar te kwalificeren.

Openbaarmaking van de beslissing

5.40 In artikel 33 lid 2 FG is bepaald dat de beslissing van de GF openbaar is. Artikel 33 lid 3 FG 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. Door verweersters zijn geen belangen aangevoerd die aanleiding geven om toepassing te geven aan artikel 33 lid 3 FG.

6. Beslissing

De GF:

verklaart FNV ontvankelijk in diens verzoeken jegens Kinopolis Immo, Nieuwenhuizen en NHHD;

beslist dat Kinopolis Immo, Nieuwenhuizen en NHHD de voorschriften van artikel 3 en 4 van de FG niet naar behoren hebben nageleefd en dat deze niet-naleving een ernstig karakter draagt in de zin van artikel 32 lid 3 FG;

beslist dat deze beslissing wordt gepubliceerd op de website van de Sociaal-Economische Raad en acht geen termen aanwezig om in deze publicatie de namen van partijen of andere onderdelen van de beslissing weg te laten.

De GF was als volgt samengesteld: mr. L.C.J. Sprengers, mr. W.J.M. van An del, prof. mr. C.D.J. Bulten, mr. B. Pries, mr. A.P. Kruijff.

Den Haag, 7 mei 2018



L.C.J. Sprengers
Voorzitter



C.M.A. de Koning
Secretaris