

Geschillencommissie Fusiegedragsregels

**GF / 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.**

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. S.N. Ketting,
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **Bond van Post Personeel** (hierna: BVPP), gevestigd te Tilburg en kantoorhoudende te Leidschendam, gemachtigde: J. Bol.

hierna gezamenlijk te noemen: verzoeksters,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Sandd Beheer II B.V.** (hierna: Sandd II), statutair gevestigd te Apeldoorn,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Sandd B.V.** (hierna: Sandd I), statutair gevestigd te Apeldoorn,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Sandd Postverspreiders B.V.** (hierna: Postverspreiders), statutair gevestigd te Apeldoorn,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Sandd New Business B.V. B.V.** (hierna: New Business), statutair gevestigd te Apeldoorn,
(tezamen: Sandd), gemachtigde: mr. J. Stolk en
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Van Straaten Post B.V.** (hierna VSP), gevestigd te Nieuwegein,
gemachtigde: mr. J.T. Bok,

hierna gezamenlijk te noemen: verweersters.

1. Procedure

1.1 De GF heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- a. het verzoekschrift d.d. 13 oktober 2017 met 12 producties van FNV en BVPP.
- b. het verweerschrift d.d. 23 november 2017 met 4 producties van Sandd.
- c. het verweerschrift d.d. 23 november 2017 met 3 producties van VSP.
- d. een brief d.d. 27 december 2017 met nadere stukken van FNV.
- e. de hierna te noemen pleitnotities.

1.2 Op 23 oktober 2017 heeft de voorzitter van de GF, FNV en BVPP in hun verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.

- 1.3 Op 8 januari 2018 vond de hoorzitting plaats. Namens de FNV waren naast mr. S.N. Ketting, beleidsmedewerkster H. van de Roemer en bestuurder E. Haneveld aanwezig. Namens BVPP was mr. V.L.J. Schöyer aanwezig. Voor Sandd waren mr. J. Stolk en mr. S. Calten Houwing verschenen en voor VSP mr. J.T. Bok. De gemachtigden hebben zich bediend van pleitnotities, die tijdens de hoorzitting zijn overgelegd. Ter gelegenheid van de hoorzitting hebben verzoekers nog nadere stukken in het geding willen brengen. De GF heeft, nadat verweerders daartegen bezwaar hadden gemaakt, medegedeeld dat deze stukken buiten beschouwing zullen worden gelaten aangezien deze te laat in de procedure zijn gebracht.

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 Sandd exploiteert een postbedrijf, met hoofdkantoor in Apeldoorn. Bij dit bedrijf zijn meer dan 50 personen werkzaam. Zij hebben een gemeenschappelijke ondernemingsraad. Er is geen cao van toepassing.
- 2.2 VSP exploiteert eveneens een postbedrijf, met een hoofdkantoor in Nieuwegein. Bij VSP en haar dochtervennootschappen zijn meer dan 50 personen werkzaam en is een gemeenschappelijke ondernemingsraad ingesteld. VSP past de bedrijfscao toe die met de Landelijke Belangen Vereniging (hierna: LBV) is overeengekomen.
- 2.3 Vóór 15 september 2017 hebben Sandd II, als kopende partij en de aandeelhouders van VSP, te weten P.W.B. van Straaten Beheer B.V., Harschad B.V. en R.V. Nederlof, als verkopende partijen, overeenstemming op hoofdlijnen bereikt over de verkoop van alle aandelen in VSP (verder te noemen: "de Transactie").
- 2.4 Op 15 september 2017 zijn openbare mededelingen gedaan over de Transactie. Op diezelfde dag is de LVB mede namens Sandd II conform de Fusiegedragsregels geïnformeerd over de Transactie en is gelijktijdig een fusiemelding bij de Sociaal-Economische Raad gedaan. De fusiemelding is op 18 september 2017 door het secretariaat van de SER ontvangen. In de fusiemelding aan de SER is, in antwoord op de vraag of er bij een van de fusiepartijen betrokken verenigingen van werknemers zijn in de zin van artikel 1 lid 1 sub f Fusiegedragsregels (hierna: FG), uitsluitend verwezen naar LBV.
- 2.5 FNV, CNV en BVPP hebben geen informatie van de fuserende partijen ontvangen over de Transactie. Zij hebben bij aangetekende brief d.d. 22 september 2017 zowel Sandd als VSP bericht dat de FG van toepassing zijn en hen tevens verzocht om binnen 5 werkdagen alsnog informatie te verstrekken over de Transactie. Bij brief van 11 oktober 2017 is Sandd II door FNV verzocht om informatie te verstrekken over de Transactie en om overleg te voeren met FNV.
- 2.6 Op de brieven van 22 september 2017 en 11 oktober 2017 is van de zijde van verweersters niet gereageerd.

3. Standpunt Verzoeksters

- 3.1 Verzoeksters stellen zich op het standpunt dat de FG van toepassing zijn op de Transactie en dat de verplichtingen genoemd in artikel 3 en artikel 4 FG jegens hen niet, althans niet behoorlijk, zijn nageleefd door verweersters. Verzoeksters stellen dat zij betrokken verenigingen van werknemers zijn in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Zij erkennen dat zij niet voldoen aan de eisen van artikel 1 lid 1 sub f onder i en ii FG.

- 3.2 Dat verzoeksters betrokken verenigingen van werknemers zijn in de zin van artikel 3 lid 1 sub f onder iii FG volgt volgens verzoeksters uit het feit dat zij in de twee aan de Transactie voorafgaande kalenderjaren als zodanig regelmatig werkzaam zijn geweest ten behoeve van hun leden werkzaam bij verweersters, de bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde ondernemingen. Ter toelichting is in het verzoekschrift een opsomming gegeven van gesprekken, e-mailberichten, brieven en persberichten waaruit een en ander zou blijken.
- 3.3 Het geheel niet informeren van verzoeksters door verweersters over de Transactie kwalificeert als een niet-naleving van de FG met een ernstig karakter dat in ernstige mate verwijtbaar is. Verzoeksters verzoeken de GF in deze procedure te bepalen en te beslissen:
- dat verweersters de FG niet, althans niet naar behoren, tegenover verzoeksters hebben nageleefd;
 - dat de niet-naleving of niet-behoorlijke naleving door verweerders een ernstig karakter draagt en bovendien in ernstige mate verwijtbaar is;
 - de uitspraak van de GF openbaar te maken.

4. Standpunten

Verweer van Sandd

Sandd heeft, samengevat, het volgende formele verweer gevoerd.

- 4.1 Verzoeksters zijn niet ontvankelijk in hun verzoek omdat zij geen verenigingen van werknemers zijn in de zin van de FG. Er is derhalve terecht geen melding aan FNV en/of BVPP gedaan ter zake de Transactie.
- 4.2 Op één gesprek na, dat op 5 december 2016 heeft plaatsgevonden met verzoeksters met algemene onderwerpen op de agenda, waarbij bovendien duidelijk was dat verzoeksters niet de belangen van hun leden werkzaam bij verweersters behartigden, maar opkwamen voor de belangen van leden werkzaam bij andere postbedrijven, in het bijzonder PostNL, c.q. voor de belangen van werknemers en werkzame personen binnen de postmarkt in algemene zin, hebben er geen contacten tussen partijen plaatsgevonden. Bovendien is een groot deel van de door verzoeksters overgelegde e-mailwisselingen, brieven en persberichten niet relevant, hetzij omdat deze vallen buiten de in het door verzoekers ingeroepen artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG genoemde periode van twee jaar, hetzij omdat zij zien op (ontwikkelingen binnen) de postmarkt in algemene zin, of niet zien op de belangenbehartiging van de leden van verzoekster werkzaam bij Sandd maar om belangenbehartiging voor hun leden werkzaam bij concurrerende postbedrijven, in het bijzonder PostNL.
- 4.3 Verweersters wijzen er voorts op dat FNV heeft getracht bezorgers van Sandd te mobiliseren door het organiseren van een bezorgersbijeenkomst op 21 augustus 2017. Daar is slechts één bezorger van Sandd op afgekomen, naast een aantal vertegenwoordigers van de gemeenschappelijke ondernemingsraad van Sandd. Ook hieruit blijkt dat verzoeksters niet beschouwd kunnen worden als de belangenbehartigers van de leden die werkzaam zijn bij Sandd of VSP. Derhalve zijn verzoeksters geen verenigingen van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG.
- 4.4 Sandd betwist niet dat de FG van toepassing zijn op de Transactie. Mocht de GF van oordeel zijn dat verzoeksters wel verenigingen van werknemers zijn in de zin van de FG en mocht het zo zijn dat Sandd de Transactie om die reden aan (één van) hen had moeten melden, dan geldt dat geen sprake is van het opzettelijk negeren van de FG, omdat op zijn minst onduidelijk was voor Sandd of FNV en/of BVPP als verenigingen van werknemers in de zin van de FG hebben te gelden. Het uitbrengen van een persbericht door de GF zou in dat kader een disproportionele maatregel zijn.

- 4.5 Tot slot is Sandd van oordeel dat er zwaarwegende belangen zijn in de zin van artikel 33 lid 3 FG om de namen van partijen te anonimiseren. Deze belangen bestaan uit het beschermen van de goede namen en reputatie van Sandd.
- 4.6 Sandd verzoekt de GF primair verzoeksters niet ontvankelijk te verklaren. Subsidiair wordt verzocht de verzoeken van verzoeksters integraal af te wijzen. Meer subsidiair wordt verzocht vast te stellen dat geen sprake is van een niet-naleving of niet-behoorlijke naleving die een ernstig karakter draagt en/of ernstig verwijtbaar is en mede daarom geen persbericht uit te brengen en/of de namen van partijen in een openbare beslissing te anonimiseren.

Verweer VSP

- 4.7 Het verweer van VSP komt naar de kern genomen goeddeels overeen met dat van Sandd. Verzoeksters zijn (ook) ten aanzien van VSP geen verenigingen van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Volgens VSP is geen van haar werknemers lid van een van verzoeksters en zijn verzoeksters evenmin voor VSP herkenbaar in de twee voorafgaande kalenderjaren regelmatig als belangenbehartiger van haar leden opgetreden. Geen van de documenten overgelegd door verzoeksters verwijst bovendien naar VSP. Verzoeksters zijn daarnaast niet aan te merken als betrokken verenigingen van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder i en ii. Verzoeksters behoeven derhalve niet te worden geïnformeerd over de Transactie ingevolge artikel 3 en lid 4 FG.
- 4.8 VSP verzoekt de GF FNV en BVPP niet ontvankelijk te verklaren.

5. Beoordeling

Ontvankelijkheid van de verzoeken gericht tegen Sandd B.V., Postverspreiders, New Business en VSP.

- 5.1 Uit de fusiemelding d.d. 15 september 2017 en hetgeen tijdens de hoorzitting naar voren is gekomen, blijkt dat Sandd II als kopende partij alle aandelen in VSP heeft verworven van de verkopende partijen, P.W.B. van Straaten Beheer B.V., Harschad B.V. en R.V. Nederlof. Nu niet is gebleken dat Sandd I, Postverspreiders en New Business partij waren bij de Transactie, kunnen zij niet gekwalificeerd worden als fusiepartij in de zin van de FG. Derhalve zijn verzoeksters niet ontvankelijk in hun verzoeken gericht tegen Sandd I, Postverspreiders en New Business.
- 5.2 Ten aanzien van VSP geldt het volgende. Door verzoeksters is gesteld dat VSP partij is bij de Transactie, doch deze stelling is door VSP gemotiveerd betwist. Nu VSP gemotiveerd heeft betwist dat zij partij is bij de Transactie en niet anderszins is gebleken dat VSP wel partij is bij de Transactie, kan VSP niet worden gekwalificeerd als fusiepartij in de zin van de GF. Verzoeksters zijn derhalve evenmin ontvankelijk in hun verzoeken gericht tegen VSP.

De ontvankelijkheid van de verzoeken tegen Sandd II: vereniging van werknemers artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG

- 5.3 Verzoeksters erkennen dat zij niet voldoen aan de eisen van artikel 1 lid 1 sub f onder i en ii FG, maar stellen zich op het standpunt dat zij betrokken verenigingen van werknemers zijn in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii GF. Dat laatste standpunt wordt door verweerders gemotiveerd betwist.
- 5.4 Artikel 18 FG bepaalt dat een geschil over de niet of niet behoorlijke naleving van de FG door een of meer bij de totstandbrenging van de fusie betrokken partijen aanhangig kan worden gemaakt door een vereniging van werknemers. Ingevolge het hier ingeroepen artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG wordt onder 'vereniging van

werknemers' verstaan: "Een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens haar statuten tot doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en waarvan is gebleken dat zij in de twee voorafgaande kalenderjaren als zodanig regelmatig werkzaam is geweest ten behoeve van hun leden in een bij de fusie betrokken in Nederland gevestigde onderneming." Het ligt op de weg van verzoeksters om te stellen en – bij gemotiveerde betwisting – aan te tonen dat zij voldoen aan de criteria genoemd in artikel 1 lid 1 onder f FG.

- 5.5 Op basis van de statuten van verzoeksters staat vast dat zij verenigingen zijn met volledige rechtsbevoegdheid die tot doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen. Vervolgens dient te worden onderzocht of verzoeksters in de twee voorafgaande kalenderjaren als belangenbehartiger regelmatig en voor (het bestuur van) de onderneming herkenbaar werkzaam zijn geweest ten behoeve van hun leden in een bij de Transactie betrokken in Nederland gevestigde onderneming.
- 5.6 In dat kader moet allereerst worden vastgesteld wat moet worden verstaan onder "de twee voorafgaande kalenderjaren" genoemd in artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Noch de ingangsdatum van die periode noch de einddatum daarvan volgen uit de tekst van het desbetreffende artikel. De toelichting op de FG geeft op die punten evenmin uitsluitel.
- 5.7 Naar het oordeel van de GF brengt een redelijke, voor de praktijk zinvolle en hanteerbare uitleg van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG met zich mee dat de toetsingsperiode waarin die bepaling voorziet, eindigt op 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.
- 5.8 De GF is voorts van oordeel dat een redelijke voor de praktijk zinvolle en hanteerbare uitleg er toe leidt dat onder "twee kalenderjaren" moet worden verstaan de periode van 24 maanden direct voorafgaande aan de onder 5.7 bedoelde datum. Een letterlijke uitleg van "twee voorafgaande kalenderjaren" leidt tot het onwenselijke en praktisch onaannemelijke resultaat dat de referteperiode wezenlijk langer of korter zou zijn al naar gelang fusiepartijen net vóór of net na een jaarwisseling een fusiemelding of openbare mededeling doen en dat gebeurtenissen die plaatsvinden in hetzelfde kalenderjaar waarin de fusiemelding of openbare mededeling wordt gedaan, niet meetellen bij het beantwoorden van de vraag of een vereniging van werkgevers aan het criterium van artikel 1 lid 1 sub f onder iii voldoet. De door de GF voorgestane uitleg kent die problemen niet.
- 5.9 Het vorenstaande leidt er in deze zaak toe dat de GF moet beoordelen of verzoeksters in de periode 15 september 2015 tot en met 14 september 2017 regelmatig ten behoeve van hun leden werkzaam bij Sandd werkzaam zijn geweest.
- 5.10 Verzoeksters beroepen zich in dit verband op de volgende bescheiden en gebeurtenissen:
- E-mailwisseling tussen Verzoeksters en Sandd II in de periode mei en juni 2017 over een eventueel gesprek dat zou plaatsvinden over de voorgestelde 80 procent norm waarbinnen postbezorgers werkzaam moeten zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Tevens is in die correspondentie sprake van een mogelijk kennismakingsgesprek met als thema de geëxpireerde cao. Geen van deze besprekingen heeft doorgang gevonden;
 - Brief aan de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") d.d. 12 juni 2017 van FNV over de overtreding van artikel 8 Postwet 2009 door postvervoerbedrijven;
 - Brief aan ACM van 16 mei 2017 van Verzoeksters over de postmarkt, de concurrentiepositie en de 80 procent norm;
 - Persbericht van FNV van 9 februari 2017 over het niet nakomen door Sandd van de 80 procent norm;

- e) Persbericht van FNV van 14 december 2016 over naleving van de 80 procent norm binnen de postmarkt in het algemeen;
 - f) Een bespreking die op 5 december 2016 heeft plaatsgevonden waar Verzoeksters aanwezig waren. Voorwerp van deze bespreking was de dividenduitkering over 2015.
 - g) E-mailwisseling tussen Verzoeksters en Sandd II in de periode van oktober/november 2016 over de brandbrief van onder andere de FNV en CNV die is uitgereikt aan de SER en die mede betrekking heeft op eerlijke concurrentie binnen de postmarkt;
 - h) Persbericht d.d. 14 maart 2016 van Verzoeksters over arbeidsovereenkomsten binnen de postmarkt;
 - i) Brief d.d. 11 maart 2016 van Verzoeksters aan Tweede Kamer over de postmarkt;
 - j) Brief van 1 oktober 2015 van BVPP aan Sandd II over vragen van medewerkers binnen Sandd II en de normeringsystematiek.
 - k) Een op 27 december 2017 door FNV overgelegde spreadsheet met een geanoniseerd overzicht van een tiental dossiers waarin FNV in de periode van 15 september 2015 tot en met 14 september 2017 bij Sandd B.V. en Postverspreiders ten behoeve van individuele werknemers zou zijn opgetreden.
- 5.11 De GF overweegt als volgt. Het ligt op de weg van verzoeksters om te stellen en – bij gemotiveerde betwisting – aan te tonen dat zij voldoen aan de criteria genoemd in artikel 1 lid 1 sub f FG. Daarin zijn verzoeksters in dit geval niet geslaagd.
- 5.12 Uit de overgelegde stukken blijkt weliswaar dat FNV in het algemeen de belangen heeft willen behartigen van binnen de postmarkt werkzame personen door aan te dringen op naleving van de 80 procent norm, maar daaruit blijkt niet dat FNV in de periode van 15 september 2015 tot en met 14 september 2017 *regelmatig* werkzaam is geweest ten behoeve van bij Sandd werkzame leden, zoals artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG voorschrijft. Voor zover de GF heeft kunnen vaststellen op basis van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting, heeft in de toetsingsperiode slechts één inhoudelijk gesprek tussen FNV en Sandd plaatsgevonden, en hebben verzoeksters daarnaast gepoogd medio 2017 een bespreking te entameren over de 80 procent norm en de geëxpireerde cao. Nu dat laatste gesprek kennelijk uitsluitend door toedoen van Sandd niet heeft plaatsgevonden, acht de GF ook die poging tot het aangaan van een gesprek op zichzelf relevant voor de beoordeling of aan de voorwaarden van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG voldaan is. Het op 27 december 2017 door FNV overgelegde spreadsheet legt naar het oordeel van de GF geen gewicht in de schaal, nu de anonimisering en summiere omschrijving van de daarin opgenomen gestelde contacten en het feit dat FNV ter zitting geen nadere informatie over die contacten kon geven, het onmogelijk maken om de aard en inhoud van die contacten met voldoende zekerheid vast te stellen.
- 5.13 Naar opgave van de FNV hadden het in paragraaf 5.12 genoemde (beoogde) gesprek vooral betrekking op de 80 procent norm en, in het verlengde daarvan, over een (vermeende) dividenduitkering bij Sandd, die naar de stellingen van FNV, zo deze zou hebben plaatsgevonden, de mogelijkheden van Sandd om de 80 procent norm na te komen wezenlijk zou hebben bekort, onderwerpen waarvan de FNV – in het licht van Sandd II's gemotiveerde betwisting – onvoldoende duidelijk heeft gemaakt in hoeverre FNV daarbij als belangenbehartiger van haar leden bij Sandd is opgetreden. De werkzaamheden binnen de referteperiode die – buiten het in paragraaf 5.12 genoemde spreadsheet – blijken uit de overige bescheiden waarop FNV zich ten aanzien van Sandd beroept, waren niet toegespitst op de belangenbehartiging van de leden van de FNV bij Sandd, maar had een algemene strekking en waren goeddeels niet tot Sandd gericht. Een eenmalige poging tot contact over een geëxpireerde cao acht de GF onvoldoende om te concluderen dat FNV ten dezen voldoet aan de vereisten van

artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Dat spreekt over een *regelmatige belangenbehartiging*.

- 5.15 Dit laatste geldt ook voor BVPP. BVPP heeft een brief van 1 oktober 2015 overgelegd, waaruit blijkt dat BVPP vragen van leden, werkzaam bij Sandd II, heeft voorgelegd aan Sandd II. Die brief kan niet leiden tot de ontvankelijkheid van BVPP, nu uit deze enkele brief niet kan worden afgeleid dat BVPP in de referteperiode *regelmatig* de belangen van haar leden werkzaam binnen Sandd heeft behartigd.

Conclusie

- 5.16 De GF concludeert dat FNV en BVPP terzake de Transactie niet kunnen worden gekwalificeerd als verenigingen van werknemers in de zin van artikel 1 lid 1 sub f onder iii FG. Nu Verzoeksters in het onderhavige geval niet kunnen worden aangemerkt als verenigingen van werknemers, kunnen zij ten aanzien van Sandd II ook geen verzoek indienen op voet van artikel 18, lid 1 en lid 2 FG. Verzoeksters zullen dan ook in hun verzoek niet ontvankelijk verklaard worden, op de verschillende gronden hierboven aangegeven.

Beslissing

De GF:

verklaart FNV en BVPP niet ontvankelijk in hun verzoek.

Deze beslissing wordt gepubliceerd op de website van de Sociaal-Economische Raad. De GF acht geen termen aanwezig om in deze publicaties de namen van partijen of andere onderdelen van de beslissing weg te laten.

De GF was als volgt samengesteld: mr. A.M.A. Verscheure, mr. A. Rigutto en drs. A.P.C.M. van Holstein.

Den Haag, 21 februari 2018


A.M.A. Verscheure
Voorzitter


G.M.A. de Koning
Secretaris