

openbaar

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

Inzake:

de **Federatie Nederlandse Vakbeweging**, (hierna: **FNV**),
gemachtigde mr. H.C.S van Deijk-Amzand;

hierna: verzoekster,

tegen:

1. Pegasus BidCo B.V., hierna: **Pegasus**;
2. Kohlberg Kravis Roberts & Co, hierna: **KKR**;
3. Okil Holding 2 B.V.;
4. Sunshine Manco B.V., hierna: **Sunshine Manco**;
5. Cubalibre Holdings Inc., hierna: **Cubalibre**;
6. Financière Scheffer S.à.r.l.;
7. Sunshine Equity B.V., hierna: **Sunshine Equity**;
8. Deutschland Holding GmbH,
gemachtigden mr. S. Sikkink, mr. B.A. Rip, en mr. E.J.M. Kluwen;

hierna: verweersters.

1. Procedure

De GF heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- verzoekschrift, ontvangen op 22 maart 2022, met vier bijlagen;
- verweerschrift, ontvangen op 26 april 2022 met twee bijlagen;
- aanvulling op het verzoekschrift, ontvangen 2 november 2022 met zes bijlages met onder meer KvK-uittreksels;
- pleitnota van verzoekster overgelegd tijdens de hoorzitting;
- pleitnota en een tekening van verweersters overgelegd tijdens de hoorzitting.

Op 24 maart 2022 heeft de voorzitter van de GF het verzoek voorlopig ontvankelijk verklaard.

Op 9 november 2022 is er een hoorzitting gehouden nadat deze op verzoek van partijen enige malen was aangehouden. Namens verzoekster waren daarbij aanwezig: mr. H. C.S. van Deijk-Amzand en A. Akdeniz. Namens verweersters waren daarbij aanwezig: mr. M. Zandbergen, mr. C. Roijers, en mr. B.A. Rip.

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:

Refresco Groep B.V. (hierna: Refresco) is een onderneming die zich bezig houdt met het maken van frisdranken, de productie van mineraalwater en overig gebotteld water en het verlenen van aanverwante services. Zij heeft in een persbericht van 22 februari 2022 medegedeeld dat tussen haar en KKR een definitieve overeenkomst is getekend waarbij KKR een meerderheidsbelang in Refresco verwierf en de bestaande investeerders PAI Partners en British Columbia Investment Management Corporation (BCI) een minderheidspositie behielden. Het betreft een aandelentransactie. Koper is Pegasus welke vennootschap met het oog op deze aandelentransactie is opgericht en gelieerd is aan KKR. De transactie betreft de aandelen in Sunshine Equity B.V., houdster van alle aandelen in Refresco.

Refresco heeft de (indirecte) zeggenschap over een groot aantal in Nederland gevestigde besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan een aantal hun activiteiten buiten Nederland uitoefenen. Van de 10.000 bij Refresco wereldwijd werkzame personen werkten er ten tijde van de fusie 818 in Nederland in vestigingen in Maarheeze, Sittard, Hoensbroek en Bodegraven.

Na het persbericht zijn eveneens op 22 februari 2022 de verenigingen van werknemers en de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER) ingelicht.

Tussen partijen staat vast dat voorafgaande aan de openbare mededeling van 22 februari 2022, verweersters geen contact hebben gehad met verzoekster.

Op de stellingen en argumenten van verzoekster en verweersters wordt hieronder slechts ingegaan voor zover dat voor de beoordeling van het geschil noodzakelijk is.

3. Standpunt verzoekster

Verzoekster stelt kort gezegd dat verweersters de artikelen 3 en 4 van de FG2015 hebben geschonden. Zij voert aan dat deze schendingen een ernstig karakter dragen en in ernstige mate verwijtbaar zijn. Verweersters wisten of konden weten dat de FG2015 van toepassing zijn, en zij worden bovendien bijgestaan door een gerenommeerd advocatenbureau.

Over het hierna aan de orde komende verweer dat de FG2015 niet van toepassing zouden zijn omdat de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort, stelt verzoekster dat gelet op de wijziging van de zeggenschap in de Refresco-ondernemingen als gevolg van de overname van een meerderheid van de aandelen door Pegasus (KKR), het feit dat de verkopers, Equity Manco en Okil Holding in Nederland zijn gevestigd en het feit dat circa 820 personen alleen al op de productielocaties van Refresco in Nederland werkzaam zijn, de FG2015 op deze transactie onverkort van toepassing zijn. Uit de uittreksels uit het Handelsregister blijkt dat Pegasus de aandelen van de Refresco Group heeft verkregen via de aankoop van Sunshine Equity B.V. (doelvennootschap), de enige aandeelhouder van de Refresco Group. Sunshine Equity is op haar beurt een dochter, althans een aan Sunshine Manco B.V. gelieerde onderneming. In het uittreksel van Sunshine Manco uit het handelsregister staat vermeld: "het al dan niet voor eigen rekening en risico verkrijgen in haar eigen naam van aandelen van Sunshine Equity B.V. (..) ". Ook is de bestuurder van Sunshine Manco B.V. (verkoper) tevens algemeen bestuursvoorzitter (CEO) van Refresco, waaronder de

Refresco Group. Voorts zijn zowel Sunshine Equity (doelvennootschap) als Sunshine Manco B.V. (verkoper) statutair gevestigd op hetzelfde adres. Ook de andere verkoper, Okil Holding 2 B.V., is op dit adres gevestigd.

Ook de stelling van verweersters dat het hier zou gaan om een transactie tussen twee buitenlandse ondernemingen snijdt naar het oordeel van verzoekster geen hout. Het feit dat Pegasus (KKR) door de aandelentransactie direct of indirect beslissende zeggenschap krijgt over de ondernemingen van Refresco in Nederland, brengt naar analogie van artikel 25 lid 1 onder a WOR, mee dat de fusiepartners de verenigingen van werknemers tijdig, alvorens de fusie tot stand te brengen, hadden dienen te consulteren, ongeacht of de kopers of verkopers buitenlandse ondernemingen zijn en ongeacht volgens welk rechtstelsel de transactie heeft plaatsgevonden. Voorts doet ook niet ter zake dat de in Nederland gevestigde verkopers, Sunshine Manco en Okil Holding, slechts een gering aandeel in een van de doelvennootschappen zouden hebben. Een (gering) percentage aan aandelen wordt in artikel 2 FG2015 niet als voorwaarde genoemd voor het al dan niet van toepassing zijn van de FG2015.

Van belang is of de fusie direct of indirect een of meer in Nederland gevestigde ondernemingen als voorwerp heeft, en dat is hier het geval. Door deze aandelentransactie wijzigt immers de zeggenschap in de betrokken ondernemingen. Het feit dat de verkopers ervoor hebben gekozen om een boom aan vennootschappen op te tuigen laat de toepassing van de FG2015 op deze aandelentransacties dus onverlet.

Dat, zoals verweersters stellen, deze transactie geen belangrijke gevolgen voor de in Nederland werkzame personen zou hebben, hetgeen verzoekster bij gebreke aan de van belang zijnde informatie niet kan beoordelen, doet niet ter zake. Dit argument is niet van belang voor de beoordeling van de zaak en het verwijt dat verweersters treft.

4. Standpunt verweersters

Verweersters stellen voor zover thans van belang samengevat dat:

- (a) de klachttermijn reeds was verlopen ten tijde van het indienen van het schriftelijk verzoek door verzoekster en verzoekster zodoende niet-ontvankelijk dient te worden verklaard;
- (b) de FG2015 niet van toepassing zijn op de transactie (buitenlandexceptie) en de bij de fusie betrokken partijen enkel hebben gemeld uit transparantie-overwegingen;
- (c) de transactie geen (nadelige) gevolgen heeft voor de Nederlandse activiteiten van Refresco en de Nederlandse werkgelegenheid.

Het verweer dat verzoekster niet ontvankelijk zou zijn wegens het te laat indienen van het klaagschrift hebben verweersters ter zitting ingetrokken, nadat hen was voorgehouden dat het klaagschrift tijdig is ingediend.

Ten aanzien van de gestelde schending van de FG2015 stellen verweersters in de eerste plaats dat de FG2015 niet van toepassing zijn op grond van artikel 2 lid 3 onder d van de FG2015 omdat de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort. Volgens de door de SER op de website gepubliceerde richtlijnen en de toelichting op de FG2015 kan er, op hoofdlijnen, in twee gevallen sprake zijn van een fusie die niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort: (i) als er ten minste één buitenlandse partij is betrokken en de overname geen belangrijke gevolgen zal hebben voor de in Nederland werkzame personen van de overnemer; en (ii) als sprake is van een overname met een buitenlandse koper, een buitenlandse verkoper en een Nederlandse doelvennootschap.

In dat laatste geval zijn de FG2015 alleen van toepassing als de fusie alleen of in hoofdzaak één (of meer) in Nederland gevestigde onderneming(en) tot voorwerp heeft.

De onderhavige transactie heeft geen gevolgen voor de in Nederland werkzame werknemers van Refresco, daarom behoort de transactie niet tot de Nederlandse rechtssfeer.

In wezen gaat het hier om een transactie tussen twee buitenlandse ondernemingen. Hoewel onder de verkopers twee Nederlandse entiteiten zijn, hield Sunshine Manco B.V. slechts 2,12 procent van de aandelen in Sunshine Equity B.V. Meer dan 97 procent van de aandelen was handen van de buitenlandse verkopers, Financière Scheffer S.à r.l. en Cubalibre Holdings Inc. Naar het oordeel van verweersters dienen de verkopers zodoende veeleer en in ieder geval materieel als niet-Nederlands te worden beschouwd. Ook de koper is in wezen een buitenlandse onderneming. Immers, Pegasus BidCo B.V. is alleen opgericht voor de transactie door de internationaal opererende, Amerikaanse investeringsmaatschappij KKR.

De transactie is gestructureerd als een aandelentransactie. Als gevolg hiervan zal KKR (indirect) een meerderheidsbelang houden in Refresco. Alle werknemers die in Nederland in dienst zijn bij Refresco zullen in dienst blijven bij hun respectieve werkgevers en hun huidige arbeidsvoorwaarden zullen blijven gelden. Ook worden er geen andere sociale gevolgen voorzien voor de circa 800 werknemers van Refresco die werkzaam zijn in Nederland of de activiteiten die worden uitgeoefend door Refresco in Nederland. Er zullen voor het personeel geen wijzigingen optreden in hun dienstverband, arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid.

Volgens de toelichting zijn de FG2015 op een fusie tussen twee buitenlandse ondernemingen alleen van toepassing wanneer de fusie alleen of in hoofdzaak één of meer in Nederland gevestigde ondernemingen als voorwerp heeft (toelichting FG2015, p. 32). Dit is niet het geval bij de transactie. Hoewel Sunshine Equity B.V. een Nederlandse entiteit is, is dit een holding zonder activiteiten of werknemers. De werknemers van Refresco zijn werkzaam bij en de activiteiten vinden plaats op een lager niveau binnen de groep. Van de werknemers van Refresco is het overgrote deel werkzaam buiten Nederland, slechts 10 procent van alle werknemers is werkzaam in Nederland. Verder wordt ook het grootste deel van de omzet van Refresco buiten Nederland gegenereerd. De in Nederland gerealiseerde omzet is slechts []%¹ van de totale omzet van Refresco.

Op grond van het bovenstaande valt de transactie in feite buiten de Nederlandse rechtssfeer en daarmee buiten de werkingssfeer van de FG2015. Er bestond naar het oordeel van verweersters om die reden geen verplichting voor de fusiepartijen om de fusie te melden.

5. Beoordeling

Op grond van het vorenstaande concludeert de GF als volgt.

De onderhavige transactie is een fusie in de zin van artikel 1 lid 1 sub e FG2015, waarop ingevolge het bepaalde in artikel 2 lid 1 FG2015 de FG van toepassing zijn tenzij zich een van de in artikel 2 lid 3 genoemde gevallen voordoet.

Vervolgens moet worden beoordeeld of de stelling van verweersters juist is dat de FG2015 niet van toepassing zijn omdat de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer

¹ Niet openbaar: betreft commercieel gevoelige informatie

behoort (buitenlandexceptie artikel 2 lid 3 sub d FG2015). Het gevolg daarvan zou zijn dat verzoekster alsnog niet ontvankelijk is.

De GF formuleert als eerste norm dat bij een internationale fusie zoals de onderhavige, de vraag of de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort, van geval tot geval moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden, waarbij de ratio van de FG2015 leidend is. Omdat het hierbij gaat om een uitzondering op de toepasselijkheid van de FG2015, zal door de GF moeten worden beoordeeld of er gevolgen te verwachten zijn voor de werknemers werkzaam in de in Nederland gevestigde onderneming(en), behorende tot Pegasus. Door van geval tot geval te oordelen kan de GF inspelen op ontwikkelingen in de praktijk. De ratio van de FG2015 is hierbij leidend: ter bescherming van de belangen van de in Nederland gevestigde onderneming werkzame personen moet(en) de betrokken vereniging(en) van werknemers tijdig met fusiepartijen kunnen overleggen over een in voorbereiding zijnde transactie. Omstandigheden die daarbij van belang zijn zijn onder meer: het doel van de fusie, de aard van de fusiepartijen, de verhouding tussen de aantallen werkzame personen in bij de fusie betrokken ondernemingen in Nederland en in het buitenland en de plannen van de fusiepartijen voor de in Nederlandse gevestigde onderneming(en).

In concreto betekent dit dat wanneer fusiepartijen stellen dat op grond van artikel 2 lid 3 onder d, de FG2015 niet gelden, zij moeten onderbouwen waarom de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort. Tevens zullen zij moeten onderbouwen dat er geen gevolgen te verwachten zijn voor de in Nederland werkzame werknemers.

De GF wijst op de tweede norm die in dit geschil van belang is. Deze norm houdt in dat verzoeken, verweren en stellingen voldoende onderbouwd moeten zijn. Als daarvan onvoldoende sprake is om het geschil te kunnen beoordelen kan de GF gegevens opvragen bij de daartoe meest gereede partij. In veel fusiegeschillen beschikt uitsluitend verweerster over de informatie die nodig is om het geschil te kunnen beoordelen, en zal dus ook van verweerster worden gevraagd om die informatie te leveren. In de onderhavige casus hebben verweersters hun stellingen slechts ten dele onderbouwd en hebben zij ook overigens weinig informatie verstrekt. De GF is evenwel van oordeel dat zij thans door het tijdsverloop na de fusie en na de zitting, waarbij niet is gebleken van gevolgen voor de werknemers, in dit specifieke geschil naar genoeg is ingelicht.

In de onderhavige casus is voor de fusie door de buitenlandse aandeelhouders een Nederlandse vennootschap opgericht, die feitelijk als koper is opgetreden. Tegen die achtergrond is het enkele feit dat de koper een Nederlandse vennootschap betreft onvoldoende om op voorhand tot toepasselijkheid van de FG2015 te concluderen en dient aan de hand van alle overige omstandigheden beoordeeld te worden of de FG2015 van toepassing zijn, waarbij de ratio van de FG2015 leidend is.

Toegepast op het voorgelegde geschil leidt dat tot de conclusie dat hier geen sprake is van een fusie waarop de FG2015 van toepassing zijn. Daarbij is van belang dat de verkopers grotendeels buitenlands zijn; slechts een klein deel van de aandelen van de verkopers is in handen van een Nederlandse B.V. De koper is weliswaar een Nederlandse B.V. maar haar aandeelhoudster is de buitenlandse investeerder KKR naar wie de uiteindelijke zeggenschap grotendeels is overgegaan en die daardoor na de fusie de belangrijkste investeerder is geworden (de verkopers houden een klein percentage aandelen). Andere relevante feiten en omstandigheden zijn:

- dat inmiddels, door het verstrijken van de tijd na de fusie, de stelling van verweersters dat er met de fusie geen gevolgen zijn beoogd voor de in Nederland werkzame werknemers, aannemelijk is geworden;
- dat meer dan 90 procent van de 10.000 werknemers binnen Refresco niet in Nederland werkzaam is;

- dat het aannemelijk is dat de omzet slechts voor een klein deel in Nederland wordt behaald.

Het feit dat tot de Refresco groep een relatief groot aantal Nederlandse bedrijven behoort acht de GF in het onderhavige geval van onvoldoende betekenis. De GF is op basis van het bovenstaande van oordeel dat de fusie niet in hoofdzaak één of meer in Nederland gevestigde ondernemingen betreft en naar verwachting geen belangrijke gevolgen heeft voor werknemers werkzaam in bij de fusie betrokken Nederlandse ondernemingen en dat de fusie daardoor op grond van artikel 2 lid 3 onder d FG2015 niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort. Het gevolg daarvan is dat deze fusie niet onder de werkingssfeer van de FG2015 valt. Herhaald zij dat bij de beoordeling in casu van groot belang is dat door het tijdsverloop na de zitting thans vastgesteld kan worden dat er als gevolg van de fusie geen sprake is van belangrijke gevolgen voor de in Nederland werkzame werknemers.

Het gevolg is dat verzoekster niet ontvankelijk is. Aan een beoordeling van de aangevoerde schendingen van de FG2015 komt de GF derhalve niet toe.

Beslissing

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels:

Verklaart verzoekster niet-ontvankelijk in haar verzoek jegens verweersters;

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

De Geschillencommissie Fusiegedragsregels was als volgt samengesteld:
mr. A.M.A. Verscheure, mr. J.O. Zuurmond, dr. R.H. van het Kaar, mr. A. van Westrhenen en S.F. Heemskerk LL.M.

Den Haag, 4 juli 2023

w.g.

A.M.A. Verscheure
voorzitter

w.g.

S.W. Geelkerken
secretaris