



Internetconsultatie richtlijnvoorstel van wijziging richtlijn 2017/1132 betreffende grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen

1. Inleiding

In het kader van het gemakkelijker maken voor ondernemingen om zich vrij te bewegen binnen de Europese (digitale) interne markt heeft de Europese Commissie diverse richtlijnen opgesteld en wijzigt bestaande regelgeving. Een van de manieren voor ondernemingen om zich te kunnen bewegen en verplaatsen op de Europese interne markt is door middel van grensoverschrijdende fusies, splitsingen en omzettingen. Een van de richtlijnen die de Europese Commissie wenst aan te passen is Richtlijn 2017/1132.

Volgens de Commissie is er op dit moment onvoldoende duidelijkheid en voorspelbaarheid en dus rechtsonzekerheid op het gebied van grensoverschrijdende fusies etc.. Het doel is dan ook tweeledig: enerzijds de procedures hieromtrent op Europees niveau uitbreiden en harmoniseren zodat het makkelijker wordt voor ondernemingen om de grens over te gaan, maar anderzijds ook om de belanghebbenden bij deze ondernemingen bescherming te bieden (onder meer werknemers, schuldeisers en aandeelhouders).

Voor wat betreft ondernemingen die graag naar het buitenland wensen te gaan middels omzetting is er in een aantal landen niets geregeld. In combinatie met de soms tegenstrijdige regels in andere landen heeft dit ook tot gevolg dat er weinig tot geen bescherming is voor de belanghebbenden, waaronder werknemers. Specifiek voor Nederland kennen we wel *artikel 25 van de WOR* (Wet op de Ondernemingsraden) dat bepaalt dat een ondernemer advies moet inwinnen bij de OR bij belangrijke strategische kwesties van de onderneming. Een grensoverschrijdende omzetting valt onder een belangrijk strategisch besluit en dus onder het adviesrecht van de OR.

In het kader van grensoverschrijdende fusies was er al een richtlijn opgesteld (Richtlijn 2005/56/EU¹). Toch kwamen er problemen aan het licht die met deze wijzigingen opgelost dienen te worden, waaronder meer harmonisatie van de materiële voorwaarden van de bestaande regels.

Voor grensoverschrijdende splitsingen zijn er op dit moment helemaal geen Europese regels, enkel nationale regels, hetgeen het voor veel ondernemingen moeilijk maakt om hiervan gebruik te maken. Dit is volgens de Commissie zowel onwenselijk voor de vrijheden van ondernemingen als voor de beschermingen van belanghebbenden.

2. Korte inhoud van het voorstel

De Commissie wil de bovenstaande doelen verwezenlijken door een zeer specifieke en gestructureerde procedure op te stellen. Hierbij is de eerste stap dat er twee verslagen moeten worden opgesteld voor de aandeelhouders en een voor de werknemers. De inhoud van het verslag gaat voornamelijk over de gevolgen voor de onderneming, waarbij grote en middelgrote bedrijven daarnaast de bevoegde instantie verzoeken een onafhankelijke deskundige aan te laten wijzen voor de controle van deze verslagen. Hierbij oordeelt deze onafhankelijke deskundige voornamelijk op de nauwkeurigheid van het verslag. Dit alles is hoofdzakelijk bedoeld om te oordelen over

¹ Nu ingetrokken en vervangen door Richtlijn (EU) 2017/1132

eventuele schijnconstructies. Het verslag van deze deskundige dient als feitelijke basis. Op het verslag mogen belanghebbenden reageren.

Daarna moet de onderneming in de algemene vergadering een besluit nemen of zij verder gaat met deze grensoverschrijdende splitsing of omzetting. Als zij doorgaat, moet zij vervolgens de diverse documenten inleveren bij de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek die diverse onderdelen controleert (solvabiliteit etc.). Als die instantie akkoord is met de inhoud, wordt er een attest afgegeven door deze instantie en wordt dit onverwijld naar de lidstaat van bestemming toegezonden. Voordat de onderneming werkelijk is omgezet naar de andere lidstaat, wordt er door de lidstaat van bestemming – na het ontvangen van de attest van de lidstaat van vertrek – getoetst of de onderneming conform de nationale wetgeving op de juiste wijze wordt omgezet.

In het licht van de concrete beschrijving van de procedures die de Commissie heeft voorgesteld, is de FNV in eerste instantie blij om te vernemen dat de werknemersbelangen in de bovengenoemde procedure ook duidelijk ter sprake komen. Desondanks heeft de FNV wel een aantal opmerkingen die hierna verduidelijkt zullen worden.

3. Algemene opmerkingen

De voornaamste algemene opmerking is voor de FNV dat de vrijheid van vestiging diverse grote risico's met zich meebrengt voor werknemers en nagenoeg nooit voordelen of mogelijkheden. Doordat er in de Europese Unie veel verschillende soorten rechtstelsels bestaan op het gebied van arbeidsrecht, sociaal zekerheidsrecht, belastingrecht etc. maar ook verschillen in het niveau van welvaart en de mate van regelgeving, acht de FNV de kans groot dat ondernemers gaan 'shoppen' op zoek naar de voordeligste lidstaat. De FNV wenst dan ook te benadrukken dat als het makkelijker wordt voor ondernemers om grensoverschrijdend te kunnen splitsen, fuseren en/of omzetten, het risico aanwezig is dat ondernemers diverse schijnconstructies proberen op te zetten, zoals de bekende brievenbusfirma's. Hoewel dit primair misschien bedoeld is om belasting te omzeilen, kan dit ook gebruikt worden om arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te omzeilen. Indien veel bedrijven vanuit Nederland naar andere landen gaan, kan dit dus ook tot gevolg hebben dat Nederlandse werknemers hun baan verliezen of minder bescherming hebben. Het risico hierop wordt groter naarmate het voor ondernemers makkelijker is om zich elders te vestigen. Tevens zorgen veel splitsingen van bedrijven (versnippering) ervoor dat het uiteindelijke moederbedrijf zich niet meer voor de gehele piramide van bedrijven verantwoordelijk voelt. Hier wenst de FNV echter nader op in te gaan bij paragraaf 4.3 (splitsingen).

Gezien de bovengenoemde (algemene) risico's roept de FNV de regering dan ook op om onder meer deze risico's voor werknemers niet te bagatelliseren en hier serieus rekening mee te houden.

De voorgestelde wijziging van deze richtlijn kan dan ook alleen maar positief worden ontvangen door de FNV als deze effectief misbruik van brievenbusfirma's tegen zal kunnen houden en effectief voor inspraak zorgt bij werknemers, en niet te vrijblijvend. Enige regeling die voor meer vrijheid voor ondernemingen zorgt, zonder de positie van werknemers te vrijwaren tegen nadelige effecten daarvan, is voor de FNV onacceptabel.

4. Inspraak van werknemers

In het voorstel wordt duidelijk uitgelegd hoe de Commissie de procedure voor ogen heeft. Tevens wordt ingegaan op de werknemersbelangen. Omdat er drie verschillende handelingen zijn, en

daarom ook drie verschillende procedures die in dit voorstel worden behandeld, zal de FNV hieronder op elke handeling (met bijbehorende procedure) ingaan.

4.1 Omzettingen

Een omzetting van een onderneming is het wijzigen van de huidige ondernemingsvorm naar een andere ondernemingsvorm (van bijvoorbeeld BV naar NV) zonder dat de huidige ondernemingsvorm wordt ontbonden of dat een nieuwe onderneming wordt opgericht.

In het algemeen is de FNV huiverig voor het makkelijker maken van grensoverschrijdende omzettingen, zonder enige waarde te hechten aan de feitelijke zetel van een onderneming. Hiermee is er een groot risico dat ondernemers hun statutaire zetel in een land plaatsen dat voor hun voordelig is zonder dat de ondernemer enige activiteiten vanuit dat land organiseert. Door het gemakkelijker maken van grensoverschrijdende omzettingen vreest de FNV dan ook dat er door ondernemingen nog meer van deze schijnconstructie gebruik wordt gemaakt dan op dit moment het geval is. Dit heeft dan ook gevolgen voor de arbeidsrechtelijke beschermingen die er op dit moment zijn voor werknemers.

In het licht van de grensoverschrijdende omzettingen is de FNV weliswaar blij om te lezen dat de inspraak van werknemers in de voorgestelde procedures van belang wordt geacht. De FNV is dan ook groot voorstander van onder meer hetgeen voorgesteld wordt in *artikel 86 octies lid 4*. Dat bepaalt dat de onafhankelijke deskundige informatie kan inwinnen bij de (vertegenwoordiging van) werknemers. De FNV betreurt het echter dat het niet verplicht is voor de deskundige om opmerkingen en adviezen in te winnen van de werknemers. Het is dus volledig aan de deskundige of die dit doet, hetgeen de belangen van de werknemers kan schaden.

De FNV stelt dan ook voor om deze bepaling zodanig te wijzigen dat dit wel een verplichting wordt voor de onafhankelijke deskundige. In dit licht wenst de FNV te wijzen op de gebruikelijke praktijk bij collectieve ontslagen. Op het moment dat er namelijk sprake is van een collectief ontslag, is de ondernemer verplicht dit schriftelijk te melden aan een belanghebbende vereniging van werknemers (*artikel 3 lid 1 WMCO*). Om werknemersbelangen in het licht van een omzetting te beschermen is het volgens de FNV een logische stap om op dezelfde wijze de bescherming in te richten als bij een collectief ontslag omdat een omzetting een grote arbeidsrechtelijke impact kan hebben voor de werknemers.

Daarnaast is de FNV van mening dat de termijn van twee maanden – zoals genoemd in *artikel 86 septies lid 3* – te kort is. Een beslissing om de onderneming om te zetten naar een andere lidstaat is immers geen lichtvaardige beslissing. Het is dan ook niet meer dan terecht als werknemers ook langer de tijd krijgen om hier hun belangen in te behartigen. Maar twee maanden hiervoor de tijd hebben is volgens de FNV onvoldoende om de belangen van de werknemers effectief te beschermen.

Voor wat betreft *artikel 86 sexdecies* omtrent de mogelijkheid om in bezwaar en beroep te gaan tegen een beslissing van de bevoegde instantie, wenst de FNV dat er nadrukkelijk wordt opgenomen dat (vertegenwoordigers van) werknemers, aandeelhouders en schuldeisers belanghebbenden zijn in de zin van de Awb en dus ook in bezwaar en beroep kunnen gaan tegen een dergelijke beslissing. Dit om eventuele discussies hieromtrent te voorkomen. In dit licht stelt de FNV ook voor om aan dergelijke procedures wel schorsende werking te verlenen en dat de grensoverschrijdende omzetting pas kan plaatsvinden als er geen proceduremogelijkheden meer zijn. Dit geldt te meer daar *artikel 86 duovicies* bepaalt dat een grensoverschrijdende omzetting die – conform de procedures – van kracht is geworden, niet nietig verklaard kan worden.

4.2 Fusies

Een fusie is het samengaan van twee volledig zelfstandige ondernemingen tot een onderneming.

In het algemeen betreurt de FNV het dat er niet een eenzelfde procedure is opgesteld bij grensoverschrijdende fusies als bij grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen.

Hoewel de FNV het voorstel omtrent grensoverschrijdende omzettingen ook onvoldoende acht, acht de FNV die nog altijd beter dan het voorstel van de grensoverschrijdende fusies.

Daar waar de FNV de termijn van twee maanden bij grensoverschrijdende omzettingen al te kort vindt om opmerkingen te kunnen leveren, is de FNV helemaal verbaasd om te lezen dat de Commissie de termijn bij fusies op één maand heeft gezet in *artikel 124 bis sub 3*. De FNV roept de Nederlandse regering dan ook op om deze termijn te verruimen. Op deze wijze is het wel een prachtig gebaar van de Commissie dat er rekening wordt gehouden met de belangen van werknemers, maar heeft dit in de praktijk geen enkele toegevoegde waarde. Dit is de werknemers informeren zonder hier iets tegen te kunnen doen. Met andere woorden: dit is geen medezeggenschap van werknemers, waardoor de belangen van de werknemers in feite dus nagenoeg niet beschermd kunnen worden.

4.3 Splitsingen

In het juridisch jargon kan een splitsing van een onderneming twee dingen betekenen, namelijk de 'zuivere splitsing' en de 'afsplitsing'. Zuivere splitsing houdt in dat het vermogen van de rechtspersoon wordt verkregen door een of meerdere andere rechtspersonen. De 'gevende' rechtspersoon houdt op te bestaan. Bij afsplitsing wordt een deel van de onderneming overgedragen aan een andere rechtspersoon, maar blijft de afsplitsende rechtspersoon wel bestaan.

Allereerst wenst de FNV op te merken dat het makkelijker maken van splitsingen – en vooral grensoverschrijdend – kan zorgen voor negatieve effecten voor de huidige werknemersvertegenwoordigingen. Enerzijds levert dit namelijk ook een versnippering op van de werknemersvertegenwoordiging en anderzijds werkt dit schimmige en ondoorzichtige constructies in de hand.

Door meer verspreiding/versnippering van de onderneming zal ook de versnippering van de werknemersvertegenwoordiging toenemen. Allereerst is het gevaar aanwezig dat de afzonderlijke ondernemingen niet meer verplicht zijn om een OR is te stellen. Als het wel verplicht is in elke afzonderlijke onderneming is allereerst de taalbarrière een drempel voor de verschillende OR-en. Daarnaast zijn er ook ineens veel meer belangen van verschillende OR-en indien een GOR of een COR wordt ingesteld op internationaal niveau. Een ander groot nadeel is dat de vakbonden op deze wijze ook niet zonder meer voor iedere werknemer binnen de onderneming kunnen onderhandelen. Door het grensoverschrijdende karakter zullen diverse betrokken vakbonden onderling moeten afstemmen op welke wijze de diverse belangen gewaarborgd kunnen worden. De kwaliteit van effectieve werknemersvertegenwoordiging kan op deze wijze dan ook ernstig afnemen.

Splitsingen hebben altijd het risico dat ondernemers schimmige en ondoorzichtige constructies optuigen om de arbeidsrechtelijke beschermingen van werknemers te ontduiken. Indien het

makkelijker gemaakt wordt om grensoverschrijdend te kunnen splitsen, heeft dit tot gevolg dat het voor ondernemers dus nog makkelijker wordt om constructies ondoorzichtiger te maken.

Een ander bezwaar tegen het te makkelijk maken van grensoverschrijdende splitsingen is dat het voor ondernemers gemakkelijker wordt om een 'piramide' van ondernemingen door heel Europa op te zetten. Dergelijke piramides van ondernemingen – zeker grensoverschrijdend – heeft tot gevolg dat de uiteindelijke top van de piramide, het moederbedrijf, uiteindelijk geen verantwoordelijkheid en gebondenheid voelt met de onderste ondernemingen. Meerdere malen is in dergelijke gevallen al gebleken dat dit rechtstreeks tot uitholling van de arbeidsvoorwaarden heeft geleid.

Zoals de Commissie al heeft aangegeven komen de artikelen van grensoverschrijdende splitsingen sterk overeen met de artikelen omtrent de grensoverschrijdende omzettingen. In ieder geval moet de procedure gelijklopend klinken. Het is de FNV evenwel opgevallen dat het voorgestelde *artikel 160 sexties* het voorstel van de ondernemer om de onderneming te splitsen zeer uitgebreid moet zijn. Doordat ook met de effecten van werkgelegenheid en medezeggenschap rekening gehouden moet worden, acht de FNV dit positief maar desondanks onvoldoende.

Net zoals eerder genoemd in de grensoverschrijdende omzettingen acht de FNV het te kort dat werknemers uiterlijk twee maanden van te voren pas wat te horen krijgen over de plannen van de ondernemer omtrent een splitsing (*artikel 160 nonies lid 3*). Ook wenst de FNV wederom aan te geven dat ze betreurt dat de onafhankelijke deskundige niet verplicht wordt om advies in te winnen van de werknemersvertegenwoordiging.

5. Conclusie

Kort samengevat is de FNV niet zonder meer tegen een voorstel van de Europese Commissie om het een en ander omtrent grensoverschrijdende fusie, omzettingen en splitsingen te harmoniseren op Europees niveau. Wel wenst de FNV hier de grote kanttekening bij te plaatsen dat dergelijke regelingen op geen enkele wijze tot gevolg mogen hebben dat de bescherming van werknemers verder wordt afgebroken. Zo hebben werknemers wel enige medezeggenschap, maar is dit naar de mening van de FNV onvoldoende om de belangen van de werknemers adequaat te kunnen beschermen. Ook hebben de deskundigen teveel vrijheid als het gaat om het horen van werknemers. De FNV stelt daarom ook voor om deskundigen te verplichten dat zij de (vertegenwoordigers van) werknemers moeten horen in een dergelijke procedure.

Al met al acht de FNV de voorgestelde richtlijn dan ook onvoldoende om de werknemersbelangen bij een grensoverschrijdende fusie, omzetting of splitsing te beschermen waarbij de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers wordt uitgehold en de race naar beneden gewoon door gaat.