
Het fusiebegrip in het SER- besluit Fusiegedragsregels 2000

Het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 (hierna: Besluit 2000) is op 5 september 2001 in werking getreden onder gelijktijdige intrekking van het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975 (hierna: Besluit 1975). Hoofdstuk II van het Besluit 1975, betreffende de regels ter bescherming van de belangen van de werknemers, is thans opgenomen in het Besluit 2000. Met de invoering van het Besluit 2000 is een aantal wijzigingen opgetreden. Op een daarvan zal ik in deze bijdrage ingaan, te weten het fusiebegrip.

In het Besluit 1975 werd het begrip 'fusie' gedefinieerd als volgt: 'verkrijging van de zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van een onderneming of een gedeelte daarvan'. Fusie wordt thans gedefinieerd als 'verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen'. De ratio is de belangen van de werknemers van alle bij een fusie betrokken ondernemingen te beschermen. Twee wijzigingen zijn er waar te nemen.

In de eerste plaats zijn ten opzichte van het Besluit 1975 de woorden 'of overdracht' toegevoegd. De toevoeging betreffende 'overdracht' is volgens de toelichting ingegeven om tot uitdrukking te brengen dat een fusie in het algemeen een tweezijdig karakter heeft. Volgens de toelichting staat tegenover de verkrijging aan de ene kant een overdracht aan de andere kant.

Gewezen wordt op situaties waarin fusie geen tweezijdig karakter draagt, bijvoorbeeld een eenzijdige verkrijging bij een openbaar bod. Daarnaast is te denken aan juridische fusie of juridische splitsing. Belangrijk is dat met de toevoeging 'of overdracht' geen materiële wijziging doch slechts een verduidelijking is bedoeld.

De tweede wijziging is gelegen in toevoeging van de woorden 'alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen'. Dit begrip werd reeds gehanteerd bij het Besluit 1975, maar is nu uitgebreid tot situaties waarin door twee of meer ondernemers op basis van een onderlinge samenwerking twee of meer ondernemingen in stand worden gehouden. Het gaat hier om een zuiver contractuele joint venture, die niet via een gezamenlijke dochter of personenvennootschap vormgegeven wordt.

In de fusiegedragsregels was en is niet opgenomen wanneer er sprake is van verkrijging (of overdracht) van de zeggenschap. Dit volgt uit de toelichting. Onder het Besluit 1975 was sprake van een fusie indien een belang van 50% werd verworven. Dit werd beschouwd als verwerving van de zeggenschap en aangemerkt als fusie in de zin van het Besluit 1975. Thans is, in het Besluit 2000, sprake van een fusie bij verwerving van een belang van méér dan 50%, alsmede bij een uitbreiding van een minderheidsbelang of een belang van 50% tot een meerderheidsbelang. Daarnaast zorgt de verwijzing naar het samenstel van ondernemingen ervoor dat veel 50%-gevallen rechtstreeks onder het fusie-begrip vallen.

Bij verwerving van méér dan 50% is het Besluit 2000 van toepassing. Er zijn situaties denkbaar waarin een aandeelhouder die meer dan 50% houdt, niet de zeggenschap heeft, bijvoorbeeld op grond van de structuurregeling of op grond van statutaire bepalingen. Dat doet aan de toepasselijkheid van het Besluit 2000 echter geen afbreuk. Aan de andere kant wordt de toepasselijkheid van het Besluit 2000 opgerecht voor bepaalde situaties waarin een aandeelhouder die beschikt over een minderheidsaandelenpakket toch onder de toepasselijkheid van het Besluit 2000 valt op grond van aanvullende statutaire en/of contractuele bepalingen.

Zeggenschap kan op een aantal manieren worden verkregen, die alle gemeen hebben dat de (potentiële) zeggenschap over de onderneming geheel of ten dele wordt verplaatst. In de eerste plaats valt onder

het begrip 'fusie' de bedrijfsfusie (activa/passiva-transactie) en de juridische fusie. Daarnaast kan zeggenschap worden verkregen door oprichting van een vennootschap welke de meerderheid verkrijgt van de aandelen van twee of meer andere kapitaalvennootschappen. In de derde plaats kan zeggenschap ontstaan na overdracht van aandelen in een kapitaalvennootschap waarbij een 50%-belang verhoogd wordt of een meerderheidsbelang verkregen wordt. De toelichting merkt in dit verband het volgende op:

'Een 50%- of een minderheidsdeelneming daarentegen stelt de verkrijger daarvan op zichzelf niet in staat tot duurzame uitoefening van de zeggenschap, maar verkrijgt de houder daarvan op grond van aanvullende statutaire en/of contractuele rechten de zeggenschap, dan is sprake van een fusie en zijn de gedragsregels van toepassing.'

Hieruit volgt dat een aandeelhouder op grond van statutaire of contractuele rechten de zeggenschap kan verkrijgen en er sprake kan zijn van een fusie in de zin van het Besluit 2000. Dit is een belangrijke uitbreiding ten opzichte van het Besluit 1975. Hoefde voor de toepasselijkheid van het Besluit 1975 geen rekening gehouden te worden met optierechten, nu kan het van groot belang zijn eventuele optierechten te bestuderen bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een fusie in de zin van het Besluit 2000. Dit kan tot lastige problemen aanleiding geven betreffende de al dan niet toepasselijkheid van het Besluit 2000.

Voorbeeld 1

A, B en C richten een BV op waarbij A en B elk deelnemen voor 40% van de aandelen (elk veertig aandelen) en C voor 20% (20 aandelen). Besluit 2000 mist toepassing, ervan uitgaande dat deze ondernemers niet met elkaar zijn verbonden in een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Indien dat wel het geval is, is het Besluit 2000 van toepassing (art. 1 lid 1 sub d jo. sub c Besluit 2000).

In de volgende voorbeelden wordt voorbeeld 1 als uitgangssituatie genomen.

Voorbeeld 2

A verkoopt zijn pakket aandelen aan B. Besluit 2000 is van toepassing aangezien B daardoor meer dan 50%, te weten 80%, van de aandelen in BV verkrijgt.

Voorbeeld 3

A verkrijgt een optie op aandelen waardoor hij 40% van het, op het moment van het verlenen van het optierecht, maatschappelijk kapitaal kan verwerven. Na uitoefening van het optierecht houdt A 80 aandelen van de totale 140 aandelen. Het toekennen van het optierecht impliceert derhalve een fusie in de zin van het Besluit 2000, aangezien A een optierecht heeft dat in acht genomen moet worden bij de berekening van de (potentiële) zeggenschap.

Voorbeeld 4

A en B hebben beiden een optie op aandelen waardoor zowel A als B 40% van het, op het moment van het verlenen van het optierecht, maatschappelijk kapitaal kan verwerven. Indien A zijn optierecht uitoefent en B niet of andersom, zal er sprake zijn van een belang van meer dan 50% bij A of B (zie voorbeeld 3). Indien beiden tegelijk hun optierecht uitoefenen, is er geen sprake van een belang van meer dan 50%. A en B houden dan elk tachtig aandelen en C houdt twintig aandelen. De vraag is of het Besluit 2000 (1) van toepassing is, (2) toepassing mist of (3) of alleen van toepassing is als A of B (en niet beiden) het optierecht uitoefent. Ik zou menen dat het Besluit 2000 van toepassing is, aangezien A en B, die beiden beschikken over een minderheidspakket, op grond van het aan ieder van hen verleende optierecht, meer dan 50% kunnen verwerven. Er is slechts één uitzondering denkbaar, te weten indien het optierecht van A en B alleen tegelijkertijd uitgeoefend kan worden waardoor er geen situatie kan ontstaan waarin A of B de meerderheid van de aandelen in BV kan verkrijgen.

Het vorenstaande is slechts een voorbeeld van de problematiek die volgt uit wijziging van zeggenschaps-criteria door invoering van het Besluit 2000. Gewezen dient nog te worden op het feit dat er ook sprake kan zijn van zeggenschap in de zin van het Besluit 2000 zonder dat er sprake is van kapitaal deelneming. Zeggenschap kan eveneens worden verkregen uitsluitend via statutaire bevoegdheden en/of aanvullende contractuele regelingen van structurele aard. Dit geldt zowel voor kapitaalvennootschappen als voor andere rechtspersonen.

*Mr. B. Snijder-Kuipers
De Brauw Blackstone Westbroek,
Linklaters & Alliance,
tevens Rijksuniversiteit Groningen*