

RECHTSPRAAK

OR De Friesland Zorgverzekeraar/DFZ Tussenholding N.V. c.s.

De ondernemer kon in redelijkheid komen tot het bestreden (fusie)besluit. De omstandigheid dat advies is gevraagd nadat reeds een keuze was gemaakt uit alternatieven impliceert niet dat het advies niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit.

Feiten

Per 31 december 2011 zijn Coöperatie De Friesland U.A. en Vereniging Achmea gefuseerd als gevolg waarvan de onderneming van Coöperatie De Friesland U.A. onderdeel werd van de Achmea Groep. Bij de fusie is FBTO Zorg onderdeel geworden van de divisie De Friesland. De ondernemingsraad is een gemeenschappelijke ondernemingsraad ingesteld voor De Friesland (inclusief FBTO Zorg). De ondernemingsraad is vertegenwoordigd in de COR van de Achmea Groep (COR Achmea). De Friesland en Achmea hebben op 16 januari 2017 een overeenkomst gesloten inhoudende dat vanaf 1 januari 2017 een 'Voortgezette Periode van relatieve autonomie' zal gelden waarin onder meer is bepaald dat De Friesland een separate divisie binnen de Achmea Groep zal blijven. Op 28 april 2017 heeft De Friesland aan DNB gemeld dat de Solvency II-ratio van FBTO Zorg tot onder 100 procent is gedaald. Met het oog hierop heeft Achmea besloten FBTO Zorg per 31 december 2017 onder te brengen bij de divisie Zilveren Kruis. Een fusie tussen de divisie De Friesland en de divisie Zilveren Kruis heeft de voorkeur. Op 16 oktober 2017 heeft Achmea de COR Achmea advies gevraagd over het voornemen tot onderbrenging van De Friesland inclusief FBTO Zorg bij Zilveren Kruis. Een dag later heeft De Friesland een vrijwel gelijklopende adviesaanvraag voorgelegd aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft op 20 november 2017 definitief advies uitgebracht. Het advies strekt ertoe FBTO Zorg onder te brengen bij Zilveren Kruis en vooralsnog geen besluit te nemen over de fusie van De Friesland met Zilveren Kruis en alles in het werk te stellen om De Friesland te behouden als zelfstandige onderneming en zorgverzekeraar. De Friesland heeft de ondernemingsraad bij brief van 26 november 2017 medegedeeld in het advies geen reden te zien af te wijken van de voorgenomen besluitvorming en dat is besloten om uiterlijk per 31 december 2017 door middel van een fusie De Friesland en FBTO Zorg bij Zilveren Kruis onder aansturing te brengen. De juridische fusie is conform het genomen besluit vóór 1 januari 2018 gerealiseerd. De organisatorische samenvoeging van De Friesland en Zilveren Kruis is opgeschort in afwachting van de uitspraak van de Ondernemingskamer. Volgens de

ondernemingsraad hebben De Friesland en Achmea bij afweging van alle belangen in redelijkheid niet tot het fusiebesluit van 26 november 2017 kunnen komen. De ondernemingsraad heeft voorts aangevoerd dat het aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017 een adviesplichtig besluit is tot wijziging van de relatieve autonomie van De Friesland en dat daarover ten onrechte geen advies is gevraagd. Ten slotte heeft de ondernemingsraad aangevoerd dat het fusiebesluit van 26 november 2017 tevens omvat een besluit tot beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland, zonder dat daarvoor een goede grond bestaat.

Oordeel

Het besluit tot aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017

Nu geen advies is gevraagd voorafgaand aan het besluit van De Friesland tot het aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017, ving de beroepstermijn aan op het moment waarop de ondernemingsraad de reikwijdte van het besluit heeft onderkend of redelijkerwijs kon onderkennen. Uit de geschetste omstandigheden volgt dat de ondernemingsraad vóór 19 november 2017 bekend was met de inhoud en strekking van de overeenkomst van 16 januari 2017. Voor zover het beroep van de ondernemingsraad is gericht tegen het besluit tot aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017 is het beroep dus niet-ontvankelijk omdat het niet tijdig is ingesteld.

Het fusiebesluit van 26 november 2017

De ondernemingsraad heeft er bezwaar tegen dat FBTO Zorg niet afzonderlijk wordt verhangen, maar in plaats daarvan De Friesland als geheel (inclusief FBTO Zorg) wordt ondergebracht bij Zilveren Kruis. De Ondernemingskamer zal de bezwaren van de ondernemingsraad tegen het fusiebesluit hieronder bespreken aan de hand van een aantal deelonderwerpen.

Bespreking deelonderwerpen (slechts gedeeltelijk)

De zeggenschap die De Friesland vanaf 2011 had met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van FBTO Zorg (besturen vormen een personele unie), betekent dat De Friesland zich niet kan onttrekken aan haar verantwoordelijkheid voor de oplossing van het solvabiliteitsprobleem van FBTO Zorg. Het standpunt van de ondernemingsraad dat het besluit onvoldoende rekening houdt met de omstandigheid dat de oorzaak van het solvabiliteitsprobleem van FBTO Zorg aan Achmea (en niet aan De Friesland) te wijten zou zijn, miskent die verantwoordelijkheid van De Friesland voor FBTO Zorg. De ondernemingsraad verwijt De Friesland en Achmea voorts dat zij de ondernemingsraad hebben voorgehouden dat de fusie een door DNB opgelegde verplichting was, terwijl dat niet zo is. De Ondernemingskamer oordeelt dat dit niet aangenomen kan worden. Uit hetgeen wordt besproken volgt juist dat het voor de ondernemingsraad steeds voldoende duidelijk moet zijn geweest dat DNB dit niet heeft voorgeschreven. De ondernemingsraad heeft voorts aangevoerd dat ten onrechte is nagelaten om de risico's verbonden aan een verhangen van

FBTO Zorg op basis van een waarde nihil of tegen boekwaarde nader te onderzoeken. De Ondernemingskamer oordeelt dat deze alternatieven zijn verworpen op grond van argumenten die bij gebreke van nader onderzoek niet overtuigen. Zo had het op de weg van Achmea en De Friesland gelegen om in overleg te treden met *rating agencies* om meer duidelijkheid te krijgen over de consequenties. Ook had het voor de hand gelegen dat Achmea en De Friesland extern advies zouden hebben ingewonnen over de fiscale consequenties van een overdracht tegen boekwaarde. Het bovenstaande leidt evenwel niet tot het oordeel dat De Friesland en Achmea om deze reden niet in redelijkheid tot het fusiebesluit hadden kunnen komen. De Ondernemingskamer overweegt over de beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland als volgt. In de adviesaanvraag heeft De Friesland het belang van het Friese karakter van De Friesland onderstreept. De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat, zoals De Friesland en Achmea hebben benadrukt, het besluit van 26 november 2017 strekt tot het tot stand brengen van een juridische fusie en tot de organisatorische samenvoeging van de organisaties van De Friesland en Zilveren Kruis door een centrale aansturing op directie- en managersniveau en dat het besluit geen betrekking heeft op (verdere) integratie van De Friesland en Zilveren Kruis. In het licht van het bovenstaande kan niet gezegd worden dat De Friesland en Achmea het belang van het behoud van de eigenheid van De Friesland zozeer hebben miskend dat zij daarom niet in redelijkheid tot de fusie tussen De Friesland en Achmea hebben kunnen besluiten. De omstandigheid dat advies is gevraagd nadat De Friesland en Achmea in de vorm van een voorgenomen besluit een keuze hadden gemaakt uit de alternatieven impliceert niet dat het advies niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit.

Slotsom

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de bezwaren van de ondernemingsraad tegen de wijze van totstandkoming, de inhoud en de gevolgen van het fusiebesluit van onvoldoende gewicht zijn om te oordelen dat De Friesland en Achmea niet in redelijkheid tot dit besluit hadden kunnen komen. Het verzoek van de ondernemingsraad ten aanzien van het fusiebesluit en het besluit tot beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland zal daarom worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:422

Zaaknummer: 200.229.697/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer en A.J. Wolfs

Advocaten: P.L.J. Bosch, B. Kloppert en D. van Gerven

Wetsartikelen: 25 WOR en 26 WOR