



Het fusieboek

Katern 9: De juridische aspecten

december 2008
auteur: mr. J.B.H. Thiel

Eindredactie: Theo Stubbé en Wilma van der Veen

Het fusieboek

Katern 9: De juridische aspecten

INHOUD

LEESWIJZER	2
JURIDISCHE FUSIE.....	4
DE FORMELE POSITIE VAN VROM BIJ EEN CORPORATIEFUSIE.....	8
NEDERLANDSE MEDEDINGINGSAUTORITEIT	13
FUSIE EN DE GOVERNANCE CODE	14
SAMENSTELLING BESTUUR NA DE FUSIE.....	16
LINKS	18

Over de auteur

Hans Thiel werkt sinds 1976 als juridisch adviseur binnen de corporatiesector. Aanvankelijk bij de Nationale Woningraad, sinds 2001 als zelfstandig adviseur. Hij heeft zich voornamelijk toegelegd op het rechtspersonen- en ondernemingsrecht en op de bijzondere positie die woningcorporaties als privaatrechtelijke instellingen hebben binnen het kader van de Woningwet.

Leeswijzer

Het fusieboek bestaat uit 12 katernen, ingedeeld naar de verschillende doelgroepen en aspecten van een fusie tussen woningcorporaties. De onderstaande matrix probeert de indeling van de onderwerpen naar de diverse doelgroepen helder te maken. De auteurs willen in het fusieboek een beeld schetsen van handvatten en (algemeen geldende) regels voor goed verlopende fusietrajecten. Een fusietraject zal eerder een succes worden als de organisaties zo goed mogelijk voorbereid zijn op wat er gaat gebeuren. Niet iedereen hoeft alle aspecten te doorgronden, zodat in de matrix een overzicht gegeven wordt van de meest relevante onderdelen per doelgroep.

Alle katernen van het fusieboek zijn eenvoudig te downloaden van www.quintis.nl, zonder drempels of kosten, want wij zijn overtuigd van de voordelen van een open en horizontale wijze van communiceren. Naar onze mening behoor je zo kennis en visie te delen anno 2009. Als wederdienst vragen wij de lezers van het fusieboek dan ook te reageren op de inhoud. Aanvullingen, verbeteringen, klachten of complimenten: het is allemaal welkom op onze website. De eindredacteuren zullen het commentaar graag gebruiken voor aanvullingen.

Katernen van het fusieboek	Dir./man.	RvC	OR	Huurders	Gemeente
1. De inleiding, visie en mythes op fusies	x	x	x	x	x
2. De maatschappelijke onderneming	x	x			x
3. De huurderorganisaties	x	x		x	
4. De ondernemingsraden	x	x	x		
5. Het toezicht	x	x			x
6. De belanghebbenden - participatie	x	x		x	x
7. De juiste partner - de meerwaarde	x	x	x		x
8. Het fusietraject zelf	x		x	x	
9. De juridische aspecten	x				
10. De communicatie	x		x		
11. De integratie	x		x		
12. De effecten van fusies	x	x	x	x	x

P

roloog

In dit katern van het fusieboek behandelen wij de stof van grof naar fijn. Eerst krijgt u een overzicht van de begrippen en de waarom-vraag naar verschillende soorten fusies. Daarna een uitwerking met meer juridisch vuurwerk. Ten slotte een paar bijzonderheden zoals de positie van VROM en van de NMA. Als sluitstuk besteden wij aandacht aan de Governance Code en de positie van het bestuur. Kortom, in 19 pagina's proberen wij eenvoudig te maken wat voor de meeste lezers geen dagelijkse kost is.

Anders dan bij een 'gewone' samenwerking geven de corporaties bij een fusie geheel of gedeeltelijk hun zelfstandigheid op. 'Fusie' in algemene zin betekent het samengaan van organisaties of ondernemingen. De gefuseerde organisaties verliezen geheel of gedeeltelijk hun zelfstandigheid en vormen in economisch opzicht één geheel. De meest vergaande vorm is de juridische fusie. Hierbij gaan de betrokken corporaties op in één rechtspersoon. Er is dan in feite geen sprake meer van samenwerking. De juridische fusie is de samenwerking voorbij.

Bij fusies tussen verenigingen of stichtingen kunnen wij drie methoden onderscheiden:

- a) Concentratie van zeggenschap (Bestuurlijke fusie);
- b) Samenvoeging van vermogens (vermogensrechtelijke of bedrijfsfusie; activa-passiva transactie);
- c) Juridische fusie.

- a) Bij deze methode blijven de fuserende verenigingen of stichtingen bestaan. Zij krijgen echter een centrale leiding. Bij stichtingen kan de centrale leiding (onder andere) worden gerealiseerd doordat er een nieuwe stichting (de moeder) wordt opgericht, speciaal met het doel de andere stichtingen (de dochters) in stand te houden en te besturen. In de statuten van de dochters worden bepalingen opgenomen waardoor de moeder belangrijke zeggenschap krijgt in de dochters, bijvoorbeeld om de bestuurders van de dochters te benoemen en te ontslaan en om belangrijke besluiten van het bestuur van de dochters goed te keuren. Deze constructie wordt vaak een concern of een groep genoemd.

Een bestuurlijke fusie komt veel voor bij zorgorganisaties, die na de oprichting van de moederstichting rustig de tijd nemen om de integratie te organiseren. Een zorgorganisatie heeft geen toestemming nodig van het ministerie voor de statutenwijziging die daar bij komt kijken. Corporaties krijgen voor zo'n statutenwijziging van de minister geen toestemming. De corporaties (de dochters) worden dan immers geregeerd door een stichting die niet is toegelaten. Dat is voor het ministerie van VROM onbespreekbaar. De toezichtsketen wordt dan doorbroken.

Een andere manier om zeggenschap te concentreren is door ervoor te zorgen dat de zeggenschap binnen de stichtingen in handen van dezelfde personen komt te liggen. De benoemingen van bestuurders worden zó georganiseerd dat de stichtingen elk een gelijk samengesteld bestuur hebben. Er ontstaat zo een personele unie. De statuten van de (beide) stichtingen behoeven hiervoor meestal niet gewijzigd te worden. VROM heeft met deze concentratie van zeggenschap dan doorgaans geen bemoeienis.

- b) De bedrijfsfusie is een vorm van fusie die nauwelijks nog voorkomt. Zij is namelijk erg complex. Het vermogen van de ene corporatie moet worden overgeheveld naar de andere. En dat is juridisch zó ingewikkeld dat de wetgever in plaats daarvan toentertijd de juridische fusie heeft uitgevonden.
- c) De juridische fusie is de meest vergaande vorm van samenwerken. Immers, de ene stichting versmelt met de andere stichting, ook al noemt men de ene partij de verkrijgende stichting en de andere partij de verdwijnende stichting (maar dat is alleen juridisch taalgebruik). In zo'n geval wordt met een notariële akte in één keer alles overgezet. Men noemt dit een 'verkrijging onder algemene titel'. Het voordeel van deze vorm van fuseren is dat alle zaken juridisch waterdicht geregeld zijn. Er blijven geen aparte stichtingen over, zodat er geen aparte jaarrekeningen behoeven te worden opgesteld, de fiscus en ook alle andere partijen waarmee zaken worden gedaan weten precies waar zij aan toe zijn. In feite wordt de rechtsvorm geheel overgezet als ware er geen verschil met het verleden.

Het grootste deel van dit katern beschrijft de juridische fusie omdat dit de meest voorkomende vorm van fuseren is bij corporaties.

NB: Er wordt geschreven over stichtingen waar ook verenigingen bedoeld wordt, tenzij dit specifiek omschreven wordt. Het voert voor dit katern te ver om de speciale bijzonderheden voor verenigingen uit de doeken te doen.



Juridische fusie

De wet (het Burgerlijk Wetboek) voorziet in de mogelijkheid dat twee of meer rechtspersonen 'juridisch' fuseren.

Het gevolg van een juridische fusie is dat er één rechtspersoon overblijft die het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel verkrijgt. Dat betekent dat de verkrijgende rechtspersoon door de fusie door één 'pennestreek' eigenaar wordt van alle baten en lasten, van alle registergoederen en van alle vorderingen en schulden, zonder dat die vermogensbestanddelen nog afzonderlijk behoeven te worden overgedragen.

Rechtspersonen kunnen alleen juridisch fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben. Een vereniging kan dus niet fuseren met een stichting of andersom. Alvorens de fusie een feit is moeten er eerst de nodige formaliteiten worden vervuld. De belangrijkste daarvan is dat de besturen een voorstel tot fusie moeten opmaken. Dit voorstel tot fusie moet worden gedeponereerd bij het handelsregister.



Het voorstel tot fusie met toelichting:

De besturen van de te fuseren rechtspersonen stellen een voorstel tot fusie op voor het ministerie. In dit voorstel moet ten minste aandacht aan de volgende zaken worden besteed:

- a) de rechtsvorm, naam en zetel van de te fuseren rechtspersonen;*
- b) de statuten van de verkrijgende rechtspersoon;*
- c) welke rechten of vergoedingen ten laste van de verkrijgende rechtspersoon worden toegekend;*
- d) welke voordelen in verband met de fusie worden toegekend aan een bestuurder of commissaris van een te fuseren rechtspersoon;*
- e) de voornemens over de samenstelling na de fusie van het bestuur en van de Raad van Commissarissen;*
- f) voor de verdwijnende rechtspersoon het tijdstip met ingang waarvan financiële gegevens zullen worden verantwoord in de jaarrekening;*
- g) de voorgenomen maatregelen in verband met de overgang van het lidmaatschap van de verdwijnende rechtspersonen;*
- h) de voornemens omtrent voortzetting of beëindiging van werkzaamheden;*
- i) wie in voorkomend geval het besluit tot fusie moeten goedkeuren.*

Het voorstel tot fusie is een gezamenlijk stuk van de besturen van de rechtspersonen die een fusie aangaan. Onder dit stuk moeten dan ook de handtekeningen van alle bestuurders komen te staan.

Bij het voorstel moet een schriftelijke toelichting worden gemaakt, waarin door elk van de besturen wordt aangegeven wat de redenen voor de fusie zijn, wat de gevolgen zijn voor de werkzaamheden en waarin een nadere toelichting wordt gegeven uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt.

De toelichting is in principe geen gezamenlijk stuk. De redenen voor de fusie en de gevolgen daarvan kunnen voor ieder van de betrokken rechtspersoon anders zijn. De wet gaat er dan ook van uit dat de besturen van elk van de rechtspersonen een eigen toelichting geven. Een gezamenlijke toelichting mag echter ook. Dit wordt in de praktijk dan ook het meest gedaan.

NB: VROM wil een 'eigen' toelichting. De hiervoor bedoelde toelichting vormt daarvan de basis. Zie verder hieronder "De formele positie van VROM".

Hoewel bij een fusie tussen stichtingen de goedkeuring van de Raden van Commissarissen/Toezicht van het voorstel tot fusie wettelijk niet is vereist, is het wel verstandig en gebruikelijk dat zij het voorstel en de toelichting goedkeuren. Daarmee keuren zij impliciet op voorhand de fusie goed, mits uiteraard het besluit tot fusie wordt genomen conform dit goedgekeurde voorstel. Het besluit tot fusie moet meestal wél worden goedgekeurd door de Raad van Commissarissen.

Terinzagelegging

Het fusievoorstel moet door elk van de te fuseren stichtingen bij het handelsregister worden gedeponereerd. De toelichting behoeft niet ter inzage te worden gelegd.

In een landelijk verspreid dagblad moet worden aangekondigd dat en waar de stukken zijn neergelegd. Deze terinzagelegging dient er mede toe om schuldeisers de gelegenheid te geven bij de rechtbank in verzet te komen tegen de fusie. Dit laatste kan met name spelen als de solvabiliteit van hun debiteur door de fusie minder wordt. In dat geval kan de rechtbank bepalen dat er voor die schuldeiser een extra zekerheid wordt gecreëerd.

Behalve het voorstel moeten er nog recente jaarstukken worden gedeponereerd.

Wij willen nog even de aandacht vestigen op het feit dat de statuten van de verkrijgende rechtspersoon, zoals zij zullen luiden vanaf het moment van de fusie, onderdeel uitmaken van het voorstel tot fusie. De besturen van de fuserende rechtspersonen moeten overeenstemming hebben over het fusievoorstel, dus ook over de (eventueel gewijzigde) statuten van de verkrijgende rechtspersoon. Als de Raden van Commissarissen (het voorstel tot) de fusie goedkeuren, keuren zij dus ook die statuten goed.

Het besluit tot fusie

Het besluit tot fusie wordt bij een vereniging genomen door de algemene vergadering en bij een stichting door het orgaan dat bevoegd is de statuten te wijzigen (meestal het bestuur) en wel met inachtneming van de statutaire voorschriften die voor een statutenwijziging gelden. Dit betekent onder andere dat de minister van VROM vooraf moet instemmen met de fusie.

Als de statuten voorschrijven dat het besluit tot wijziging van de statuten moet worden goedgekeurd door de Raad van Commissarissen, moet deze raad ook het besluit tot fusie goedkeuren.

Het besluit tot fusie kan worden genomen een maand na de dag waarop de stichtingen de terinzagelegging van het voorstel tot fusie in een landelijk dagblad hebben aangekondigd. Het besluit mag niet afwijken van het voorstel.

NB: De terinzagelegging mag best gebeuren voordat de minister zijn goedkeuring heeft gegeven. Er is echter een (overigens kleine) kans dat de minister alleen dan zijn goedkeuring geeft als er nog iets aan de statuten en daarmee aan het fusievoorstel wordt gewijzigd. De terinzagelegging moet dan opnieuw gedaan worden want de wet schrijft voor dat het besluit tot fusie niet mag afwijken van het voorstel tot fusie zoals dat bij het handelsregister is neergelegd.

Notariële akte

De fusie komt uiteindelijk tot stand bij notariële akte. Deze moet binnen zes maanden na de aankondiging van de terinzagelegging worden gemaakt. De notaris heeft een controlerende taak bij de fusie.

Hij moet nagaan of alle vormvoorschriften in acht zijn genomen. Onderaan de akte moet hij verklaren dat dit het geval is.

Daarom wil de notaris ook graag zelf de regie in handen houden vanaf het moment dat het juridische fusietraject formeel start: bij het opstellen van het fusievoorstel en het deponeren daarvan bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Zowel het deponeren als het zetten van de advertentie waarin wordt meegedeeld dat de stukken ter inzage liggen, gebeurt doorgaans door de notaris. Dit geldt ook voor de contacten met de fiscus.

Van kracht worden fusie

De fusie wordt van kracht met ingang van de dag na die van de notariële akte. Op dat moment gaat het vermogen over op de verkrijgende stichting en houdt de verdwijnende stichting op te bestaan. Als men per se wil dat de fusie op een bepaalde datum (bijvoorbeeld 1 januari) van kracht wordt, dan moet de akte de dag daarvoor worden gepasseerd, ook al is het oudjaar of valt die dag in een weekend.

Inschrijven (gevolgen van) fusie

Binnen acht dagen moet de verkrijgende rechtspersoon de fusie laten inschrijven in het handelsregister waar hijzelf en de andere gefuseerde rechtspersoon staan ingeschreven.

Binnen een maand moet ook opgave van de fusie aan het kadaster worden gedaan.

Gebruikelijk is dat de notaris hiervoor zorg draagt.

De formele positie van VROM bij een corporatiefusie

In de statuten van elke toegelaten instelling staat een bepaling die inhoudt dat de instelling voor wijziging van de statuten de voorafgaande instemming (goedkeuring) van de minister van VROM behoeft.

Een besluit tot fusie wordt op dezelfde wijze genomen als een besluit tot wijziging van de statuten.

Een besluit van een toegelaten instelling tot fusie moet dus goedgekeurd worden door de minister van VROM.

De minister stemt alleen in met een voorgenomen fusie indien ".. naar zijn oordeel het belang van de volkshuisvesting zich niet daartegen verzet".

In de MG 2002-18 van 11 juli 2002 (de zogenaamde 'fusiecirculaire') heeft de toenmalige staatssecretaris aangegeven wat zijn beleid zal zijn bij het vaststellen van zijn oordeel of het belang van de volkshuisvesting zich niet tegen de fusie verzet.



Het verzoek om in te stemmen met de fusie wordt met name aan de volgende punten getoetst:

- Wat zijn de gevolgen van de fusie voor de huurontwikkeling?
- Blijft de lokale binding behouden? Daaronder wordt in ieder geval verstaan de aanwezigheid van een lokaal aanspreekpunt in die gemeenten waar de gefuseerde woningcorporatie 100 of meer huurwoningen heeft. Dit aanspreekpunt heeft minimaal de zelfstandige bevoegdheid om klachten van huurders af te handelen en als aanspreekpunt voor de gemeente te fungeren.
- Wordt de investeringscapaciteit van de gefuseerde corporaties, in termen van meetbare jaarlijkse prestaties, ingezet ten behoeve van de lokale en/of regionale behoeften? Dit zodanig, dat de huurderorganisaties en de gemeenten de corporatie daarop - ook in de jaren na de fusie - kunnen aanspreken?
- Verbeteren de professionaliteit en de doelmatigheid van de organisatie en de kwaliteit van de dienstverlening aan de huurders?
- Is er sprake van matching van middelen tussen 'rijke' en 'arme' corporaties?

Het oordeel van de minister of het belang van de volkshuisvesting zich niet tegen de fusie verzet, wordt mede beïnvloed door wat de betrokken huurderorganisaties (zie verder in dit katern) en gemeenten van de fusie vinden. Wanneer er sprake is van enig (al dan niet op onderdelen) negatief advies, wordt ook een onderbouwde reactie van de corporaties meegewogen.

Termijnen

Het BBSH stelt termijnen waarbinnen de minister en het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) moeten reageren. Eenvoudig gezegd heeft het ministerie/CFV 20 weken als je alle termijnen bij elkaar optelt. De termijnen zijn maximum-termijnen. Voor het CFV geldt een fatale termijn, voor de minister niet. Dit laatste betekent dat het overschrijden van de termijn door de minister niet automatisch een rechtsgevolg heeft. Heeft de minister binnen 'zijn' termijn geen beslissing genomen, dan handelt hij in strijd met het BBSH.

De rechter zal er echter aan te pas moeten komen om hem te 'dwingen' alsnog zijn beslissing te nemen.

De praktijk tot nu toe leert dat de toestemming ruim binnen het totaal van de termijnen (20 weken) wordt afgegeven.



De Tweede Kamer heeft in mei 2006 een motie aangenomen die was ingediend door de Kamerleden Depla, Gerkens en Hermans, waarin de regering wordt verzocht bij het toestaan van fusies, die leiden tot woningcorporaties met meer dan 10.000 woningen een, "nee, tenzij-principe" te hanteren. Op 29 augustus 2006 heeft de toenmalig minister van VROM in een brief aan de Tweede Kamer laten weten op welke wijze zij van plan was aan de motie invulling te geven.

Zij zal in de 'fusie-circulaire'(de MG 2002-18) regelen (is trouwens niet gebeurd) dat bij ieder fusieverzoek, ongeacht de omvang van de fusiecorporatie, van de Raad van Toezicht/Raad van Commissarissen gevraagd wordt dat hij een paragraaf toevoegt waarin hij aangeeft hoe de efficiency tijdens en na het fusieproces bewaakt en beheerst gaat worden. In deze paragraaf moeten dan verschillende componenten van de bedrijfslasten c.q. efficiency worden belicht. Daarbij moet er met name worden gedacht aan inkomensontwikkelingen bij bestuurders, directeuren en toezichthouders, inkomenscompensaties of afkoopsommen, overige personeelslasten, bureaunkosten en de overhead. Daarbij moet dan nog onderscheid worden gemaakt tussen incidentele kosten die met de fusie samenhangen en structurele kosten. Deze nieuwe 'eis' beoogt zeker te stellen dat er voldoende gerichte aandacht is van de Raad van Toezicht/Commissarissen voor de efficiency tijdens en na de fusie. Het is de bedoeling dat de betrokken gemeentes en huurderorganisaties zich in hun zienswijzen ook hierover uitspreken.

Procedure

In de fusiecirculaire worden corporaties geadviseerd om teneinde tijd te besparen, eerst zelf de mening te vragen van de betrokken huurder(organisaties). Als er sprake is van negatieve adviezen, kunnen de corporaties daarop een onderbouwde reactie geven, voordat zij de plannen om te fuseren ter goedkeuring aan de minister voorleggen.

Als de betrokken corporaties geen advies aan huurders(organisaties) hebben gevraagd, dan zal de minister dit zelf doen. De huurder-organisaties krijgen acht weken de tijd om hun 'zienswijze' te formuleren. Eventuele negatieve adviezen zal de minister aan de corporaties voorleggen met het verzoek daar binnen tien dagen op te reageren.

Niet duidelijk is hoe de termijn van acht weken, die de huurderorganisatie(s) krijgt/krijgen om hun zienswijze te formuleren, zich verhoudt tot de termijn van acht weken die de minister heeft om tot zijn oordeel te komen of hij al dan niet zal instemmen met de fusie.

Gemeente(n)

De minister zal bij een fusie, waarbij een wijziging komt in het werkgebied van de verkrijgende rechtspersoon, aan de gemeenten waar de corporatie na de fusie werkzaam zal zijn, om hun zienswijze vragen 'over de gevolgen van die wijziging voor de volkshuisvesting ter plaatse'.

In de praktijk zullen de corporaties zelf om de zienswijze van de gemeente(n) vragen. De minister gaat daar ook van uit.

Die zienswijze van de gemeente(n) kan volgens het BBSH alleen van belang zijn bij wijziging van het werkgebied. In de fusiecirculaire wordt er bedoeld dat bij elke fusie, ook die waarbij

het werkgebied niet verandert, de zienswijze van de gemeente(n) nodig is. Dit laatste is feitelijk in strijd met het BBSH.

Voor corporaties met een (zeer) groot werkgebied doet de fusiecirculaire de suggestie de zienswijze alleen te vragen van die gemeente(n) waar de corporatie haar hoofdactiviteiten uitvoert.

Contractanten

Zoals al gezegd voorziet het fusieproces in de bescherming van crediteuren die menen door de fusie in hun belangen te worden geschaad. Zij kunnen bij de rechtbank verzet tegen de fusie aantekenen. Vindt de rechtbank de bezwaren terecht, dan kan de fusie alleen doorgaan als aan die crediteuren een (extra) zekerheid wordt geboden. De wet eist niet dat crediteuren individueel op de hoogte worden gesteld van de voorgenomen fusie. Daarvoor dient de aankondiging in de krant.

Niettemin kunnen contractpartners bij het sluiten van de overeenkomst hebben bedongen dat zij worden geïnformeerd over, of zelfs hun goedkeuring moeten geven aan, een voorgenomen fusie. Geldgevers doen dat nog wel eens. U zult daar dus de overeenkomsten op moeten (laten) nalezen. Ditzelfde geldt voor instanties die zich garant hebben gesteld voor uw schulden.

Ik noem met name het WSW, dat in het reglement van deelneming heeft bedongen dat het moet instemmen met een fusie. Het bestuur moet een voornemen tot fusie dan ook melden bij het WSW.

Werknemers

Doordat alle rechten en verplichtingen van de verdwijnende stichting overgaan op de verkrijgende stichting, gaan ook de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten over op de verkrijgende stichting. De werknemers van de verdwijnende stichting komen dus door de fusie van rechtswege in dienst van de verkrijgende. In de (juridische) positie van die werknemers verandert dus nagenoeg niets. Zij krijgen alleen een andere werkgever.

Uiteraard zal er een aantal administratieve handelingen moeten worden verricht. Zo zullen het Pensioenfonds en diverse andere instanties op de hoogte moeten worden gesteld.

In dit verband wil ik ook nog artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) noemen.

Een **voorgenomen besluit** tot fusie als zodanig is geen besluit waarvoor de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd. Het **besluit tot** overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan is wél adviesplichtig.

Een juridische fusie zal doorgaans verder ook gepaard gaan met één of meer andere besluiten als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een 'belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming of in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming'.

Ook de benoeming van een nieuwe bestuurder (artikel 30 WOR) kan daarbij aan de orde zijn (zie hieronder).

Over het voornemen om een adviesplichtig besluit te nemen zal de betrokken ondernemingsraad advies worden gevraagd op de door de WOR voorgeschreven wijze. Dat betekent onder andere dat het advies op een

zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Wanneer dat tijdstip is, is niet altijd gemakkelijk te zeggen. Een beleidsvoornemen is geen voorgenomen besluit. Van een beleidsvoornemen is sprake als het voorstel nog onvoldoende geconcretiseerd is. Intentieverklaringen of principebesluiten kunnen adviesplichtig zijn. Bij voorgenomen samenwerking of fusie zal een principebesluit adviesplichtig zijn als uit de feiten blijkt dat over de samenwerking of fusie al in vergaande mate overeenstemming bestaat.



Ook artikel 2.14 van de CAO Woondiensten is nog van belang. Op grond van dit artikel mag de corporatie 'geen maatregel of beslissing' nemen voordat er overleg met de werknemersorganisaties heeft plaatsgevonden, tenminste als door de fusie ontslag of wijziging van functie aan de orde is.

Huurder(organisaties)

Met ingang van 1 januari 2009 is een voorstel tot een fusie (als bedoeld in de artikelen 312 en 313 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek) een onderwerp waarover krachtens de Wet 'op het overleg huurders verhuurder' de verhuurder "de huurder, de betrokken bewonerscommissie en de betrokken huurderorganisatie op verzoek" moet informeren. Wil de huurderorganisatie daarover overleg, dan moet de verhuurder daarin meegaan.

De verhuurder moet de betrokken huurderorganisatie (en de betrokken bewonerscommissie) eigener beweging (dus ongevraagd) schriftelijk informeren over zijn voornemens tot wijzigingen in het door hem gevoerde beleid of beheer. In het licht van een fusie is dit een merkwaardige en eigenlijk onbegrijpelijke bepaling. Kun je spreken van 'beleid' of 'beheer' bij een 'voorstel tot fusie'? En kan er dan sprake zijn van 'wijziging' daarin? Ergo: moet de corporatie de huurderorganisatie nu wel of niet 'eigener beweging' informeren over 'het voorstel tot fusie'? Ervan uitgaande dat de huurderorganisatie hoe dan ook wordt geïnformeerd, kan zij vervolgens de verhuurder te kennen geven dat zij met hem over de verstrekte informatie overleg wil voeren. De verhuurder moet op dat verzoek ingaan. Het recht om over de kwestie een advies uit te brengen heeft de huurderorganisatie echter alleen als de verhuurder voornemens is het **voorstel tot fusie te wijzigen**. De huurderorganisatie heeft dan ook geen adviesrecht bij een 'gewone' (lees ongewijzigde) fusie. Verwarrend is dat in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wel degelijk de indruk is gewekt dat de huurderorganisaties het recht van advies hebben bij een voorgenomen fusie.

In principe vallen corporaties onder de werking van de Mededingingswet.

Dit betekent onder andere dat een aanstaande fusie moet worden aangemeld indien er aan twee omzeldrempels wordt voldaan: gezamenlijk moet de omzet in het voorafgaande jaar € 113.450.000,- of meer zijn geweest en minstens twee van de betrokken partijen moeten een omzet van € 30.000.000,- of meer hebben gehad.

Volgens artikel 30 van de Mededingingswet is de netto omzet (zie artikel 2:377 lid 6 BW) hierbij het uitgangspunt. Hieronder moet worden verstaan de opbrengst uit de levering van goederen en diensten uit de gewone uitoefening van het bedrijf van de rechtspersoon.

Wordt er niet aan de omzeldrempels voldaan dan hoeft de fusie niet te worden aangemeld.

Aanmelding gebeurt door middel van het 'Formulier melding concentratie'.

Om de administratieve belasting voor het bedrijfsleven zo laag mogelijk te houden, is in de meldingsfase de verplichte informatieverstrekking zo beperkt mogelijk gehouden.

Indien de NMa beslist dat voor een aangemelde concentratie een vergunning is vereist, moet uitgebreidere informatie worden verstrekt. Het 'Formulier aanvraag vergunning' geeft aan welke inlichtingen ondernemingen moeten verstrekken om een vergunning aan te vragen in de zin van artikel 41 e.v. Mededingingswet.



Is de fusie aangemeld dan is het verboden de fusie tot stand te brengen zolang de NMa niet heeft beslist, hetzij dat er geen vergunning is vereist, hetzij dat de vergunning wordt verleend.

Voor verdere informatie zie de website van de NMa: www.nmanet.nl.

Fusie en de Governance Code

In de Governance Code wordt geen bijzondere aandacht besteed aan de fusie. Alleen in een voetnoot bij uitwerking III.3.5 ("Een lid van de Raad van Commissarissen kan maximaal drie maal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de Raad van Commissarissen.") komt het begrip 'fusie' voor: "Voor de duidelijkheid merkt de commissie op dat de maximale zittingstermijn van een commissaris van drie keer vier jaar niet kunstmatig kan worden verlengd door na een fusie of andere vorm van herstructurering van de woningcorporatie uit te gaan van een nieuwe maximale zittingstermijn van drie keer vier jaar. De zittingstermijn van een commissaris voorafgaande aan de fusie of herstructurering moet worden meegerekend bij de bepaling van de resterende maximale zittingstermijn na de fusie of herstructurering."

Goochelen met termijnen

Het probleem zit hem in de commissarissen van de bij de fusie verdwijnende rechtspersonen die opnieuw als commissaris worden benoemd bij de verkrijgende rechtspersoon. Zij worden bij de verkrijgende rechtspersoon voor de eerste keer tot commissaris benoemd. Hun termijnen als commissaris bij een andere (lees: de verdwenen) rechtspersoon tellen statutair niet mee. Als de Raad van Commissarissen zegt de Governance Code op dit punt onverkort te willen volgen, tellen de termijnen wél mee.

Na drie termijnen als commissaris te hebben volgemaakt bij de verdwenen respectievelijk verkrijgende rechtspersoon, mag de Raad van Commissarissen betrokkenen niet opnieuw benoemen. Doet de Raad van Commissarissen dat toch dan is dat besluit weliswaar in strijd met de code maar niet in strijd met de statuten. Het is dan een geldig besluit. Het besluit is mogelijk wél vernietigbaar wegens strijd met de redelijkheid en de billijkheid. Het kan dan door de rechter worden vernietigd op vordering van iemand die een redelijk belang heeft bij naleving van de verplichting die niet is nagekomen. Zo iemand zou, ter beoordeling van de rechter, de minister kunnen zijn. Deze stap zou logischer zijn dan het geven van een aanwijzing waarmee de minister Stichting Wonen Zuid in 2008 heeft bedreigd. Niet de minister maar de rechter moet beoordelen of een besluit van een orgaan van een rechtspersoon rechtens houdbaar is.

Door de uitspraak van de Commissie AedesCode van 29 oktober 2007 in de zaak van Vereniging Huurdersplatform Op het Zuiden te Roermond tegen Stichting Wonen Zuid te Roermond en de correspondentie tussen Wonen Zuid en het ministerie van VROM over diezelfde zaak, is er wat onduidelijkheid ontstaan over de vraag wat nu de juridische consequenties zijn van de Governance Code op dit punt. Als de code wordt gevolgd moet (bij een fusie) in de statuten van de verkrijgende rechtspersoon in elk geval een bepaling komen te staan inhoudende dat commissarissen ten hoogste drie termijnen van vier jaar deel kunnen uitmaken van de Raad van Commissarissen. Deze bepaling geldt dus voor alle commissarissen van de verkrijgende rechtspersoon. Zou zo'n commissaris voor een vierde termijn van vier jaar worden benoemd, dan is het benoemingsbesluit in strijd met de statuten. Dat besluit is nietig. Betrokkene is derhalve niet benoemd en is dus geen commissaris. Heroverwegen van het (nietige) besluit is zinloos. Zie verder in katern 5.



Samenstelling bestuur na de fusie

Het samenvoegen van twee (of meer) organisaties betekent soms ook dat er een meerhoofdig bestuur (directie) komt. Daarbij wordt vaak de vraag gesteld hoe de besluitvorming in zo'n meerhoofdig bestuur geregeld kan worden, zeker als dat bestuur uit twee personen bestaat.

Uit hoeveel leden het bestuur moet bestaan regelt de wet niet; dat moet de rechtspersoon in zijn statuten zelf regelen. De wet kent aan individuele leden van het bestuur geen bevoegdheden toe. Bestaat het bestuur uit één persoon dan vallen bestuurder en bestuur samen. Zijn er meer bestuurders dan is die samenvaal er niet. Een individuele bestuurder is in dat geval niet gelijk te stellen met het bestuur. Het bestuur is in dat geval een college, met een collegiale taak en collegiale bevoegdheid. Dat betekent onder andere dat het bestuur als geheel verantwoordelijk is voor het goed uitvoeren van zijn taak. Wel kunnen er binnen het bestuur afspraken worden gemaakt over de verdeling van de werkzaamheden. Het gevolg daarvan is echter niet dat elke bestuurder alleen zelf verantwoordelijk is voor het goed uitvoeren van de aan hem toebedeelde portie van de bestuurstaak. Voor de effecten en resultaten van elk onderdeel van die taak is het bestuur als geheel (en daardoor ook alle bestuursleden afzonderlijk) verantwoordelijk.

Het collegiale karakter van het bestuur brengt met zich mee dat elk van de bestuurders zijn inbreng heeft, althans moet kunnen hebben, bij de besluitvorming binnen het bestuur en bij het nemen van de besluiten. In principe weegt de stem van elke bestuurder even zwaar.

Afwijking van dit principe is wel mogelijk, zij het dat het niet zo kan zijn dat één bestuurder meer stemmen heeft dan de andere samen. Die bestuurder heeft dan de andere bestuurders niet nodig om bestuursbesluiten te nemen en dat verdraagt zich niet met het collegiale karakter van het bestuur. Een bestuurder (in de praktijk zal dat de voorzitter wel zijn) kan wel evenveel stemmen krijgen als de andere bestuurders samen. Hij heeft dan een vetorecht.

De voorzitter

Het besturen van een rechtspersoon door een meerhoofdig bestuur is, zoals gezegd, een collegiale bezigheid én verantwoordelijkheid. Dat brengt met zich mee dat degenen die met elkaar het bestuur vormen elkaars gelijken zijn. Om praktische redenen is het gebruik dat een college, zoals een bestuur, een voorzitter heeft. Dat betekent niet dat die voorzitter in de hiërarchie binnen het bestuur een trapje hoger staat dan zijn collega's. Binnen een collegiaal college als een bestuur van een rechtspersoon, met een gelijke verantwoordelijkheid voor elk van de leden van dat college, bestaat geen hiërarchie. De voorzitter is dan ook (hoogstens) de primus inter pares, de eerste onder zijns (haars) gelijken.

Twee bestuurders – één kapitein?

Bestaat het bestuur uit twee personen dan kunnen er aan de ene bestuurder niet meer stemmen worden gegeven dan aan de ander. Zou het ene bestuurslid meer stemmen hebben dan de ander, dan heeft hij altijd de meerderheid. Die conclusie leidt dan vaak tot de reactie dat 'dus' een tweehoofdige leiding niet wenselijk is omdat de stemmen dan kunnen staken. Los van het feit dat ook in een meerhoofdige bestuur de stemmen kunnen staken is dat een verkeerde conclusie. Waarom?

Unanimiteit

Zoals gezegd is besturen een collegiale en collectieve bezigheid. Dat houdt ook in dat de bestuurders gezamenlijk verantwoordelijkheid dragen voor het gevoerde beleid. In beginsel betekent dit dat bestuursbesluiten door alle bestuurders gedragen moeten worden. Een consequente uitwerking van dit beginsel zou betekenen dat steeds unanimiteit vereist is. In de meeste gevallen zal dat ook zo zijn.

Om praktische redenen aanvaarden wij dat de meerderheid beslist. Daarbij geldt dan weer wel dat de minderheid door de meerderheid wordt gebonden. Een bestuursbesluit dat niet unaniem is genomen, en dat betekent dus dat een minderheid niet vóór was, is toch een besluit van het bestuur en dus ook van de minderheid. De bestuurders die tot de minderheid behoorden zijn dan ook (mede)verantwoordelijk voor het besluit.

De bestuurder die onoverkomelijke bezwaren heeft tegen een genomen besluit, en daarvoor de verantwoordelijkheid niet wil dragen, rest in feite maar één weg: aftreden.

Worden door een bestuur bij herhaling besluiten niet unaniem genomen, dan is er binnen het bestuur kennelijk een (fundamenteel) verschil van inzicht over een aantal zaken. Bestuurders kunnen elkaar niet meer overtuigen of laten zich niet meer overtuigen. Dat doet ernstige afbreuk aan de eenheid die een bestuur moet zijn en uitstralen. Een Raad van Commissarissen die dat merkt (en een goede Raad van Commissarissen merkt dat), dient hard in te grijpen en de eenheid te herstellen.

Een tweehoofdige leiding nu heeft juist als voordeel dat de ene bestuurder niet zonder de ander kan en dat besluiten dus altijd unaniem moeten worden genomen. Zouden de twee elkaar niet (meer) kunnen overtuigen, dan leidt dat tot besluiteloosheid. Het bestuur is dan niet (meer) op de juiste wijze samengesteld. Ook in dat geval moet de Raad van Commissarissen snel en hard ingrijpen. Niet door dan in de plaats van het bestuur de knoop door te hakken - dat is niet de taak van de raad en daartoe is hij ook niet bevoegd - maar door zich te kwijten van misschien wel zijn belangrijkste taak: er voor te zorgen dat er een (nieuw) adequaat functionerend bestuur komt.

L inks

- www.quintis.nl
- www.mr-jbh-thiel.nl
- www.nmanet.nl
- www.overheid.nl (zie wet- en regelgeving)
- www.minvrom.nl