

MR. E.J. STUMPHIUS

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

Do's and don'ts alsmede de precontractuele fase

DOSSIER

20

Nr. 43 / oktober 2000

Een joint venture is in de regel geen eenvoudige vorm van transactie. Er kunnen diverse redenen zijn voor een onderneming om een joint venture aan te gaan. Daarbij valt te denken aan het verwerven van toegang tot een nieuwe markt en/of nieuwe technologie en kennis, het verkrijgen van toegang tot nieuwe klanten, en het delen van risico en kosten bij de ontwikkeling van een nieuwe activiteit. Een onderneming zal niet steeds in staat zijn om op eigen kracht en binnen korte tijd een nieuw product of nieuwe dienst te ontwikkelen om de concurrentie voor te blijven. In dat geval is het vormen van een joint venture soms cruciaal in het voortbestaan van de onderneming.

Tegelijkertijd betekent het aangaan van een joint venture dat het management van, de zeggenschap over, en de waarde van de (nieuwe) onderneming gedeeld moeten worden. Logische vragen daarbij zijn of een van de partijen een groter belang in de onderneming dient te krijgen dan de ander, of een van de partijen uiteindelijk de beslissende stem in de joint venture dient te hebben, en de mate van autonomie die de nieuwe joint venture-onderneming zal krijgen. Maar ook minder juridische vragen spelen, bijvoorbeeld bij internationale joint ventures, een zeer belangrijke rol: wie levert de 'chief executive officer', welke nationaliteit heeft hij, waar zal het hoofdkantoor gevestigd zijn, wat wordt de naam van de nieuwe onderneming, wat wordt de voertaal, naar welke 'accounting principles' worden de boeken bijgehouden, en in welke valuta? Indien een partij de reeds zelf ontwikkelde technologie, kennis en knowhow, en toegang tot markten inbrengt, zal het een punt van zorg zijn in hoeverre die kennis en markttoegang niet

door de andere partij wordt gebruikt om in een latere fase de eigen concurrentiepositie te versterken. Ten slotte spelen cultuurverschillen (internationale cultuurverschillen, maar ook bedrijfscultuurverschillen tussen ondernemingen onderling) een rol.

Uit het voorgaande volgt dat er bij joint ventures sterk uiteenlopende belangen kunnen spelen, terwijl er niettemin voor de betrokken ondernemingen een dringende noodzaak kan zijn om tot een joint venture te komen. Wellicht ook om die reden is (volgens onderzoek) de gemiddelde levensduur van een joint venture (maar) ongeveer zeven jaar en zijn joint ventures in ongeveer de helft van de gevallen een succes.

In de onderhandelingsfase kunnen dergelijke inherente spanningen tussen de beide partijen niet worden weggenomen, maar wel worden onderkend. Er zijn een aantal technieken om het onderhandelingsproces zodanig te structureren dat partijen zich, voordat de definitieve documentatie wordt getekend en de nieuwe joint venture van start gaat, goed reken-schap geven van de mogelijke punten waarop de belangen uiteen lopen. Uiteraard zullen voor iedere onderneming en voor iedere joint venture de accenten anders liggen, maar hierna worden enkele *do's and don'ts* genoemd die gelden voor veel van de onderhandelingen bij het aangaan van joint ventures. Ik ga daarbij uit van twee relatief grote ondernemingen die een wezenlijke joint venture aangaan. Voor kleinschaliger projecten kan uiteraard een minder zware aanpak worden gekozen. Ten slotte ga ik ervan uit dat de betrokken ondernemingen kiezen voor een joint venture in de vorm van een nieuw op te richten vennootschap, waarvan zij beiden de helft van het aandelenkapitaal zullen bezitten. Er zijn velerlei varianten

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

op die structuur denkbaar; daar gaan andere bijdragen in dit *Dossier* op in. Zoals het begrip 'joint venture' een Engels begrip is zullen hierna ook andere Engelstalige begrippen worden gebruikt.

Do's and don'ts bij joint venture-onderhandelingen

Transactiemanagement

Omdat joint ventures relatief ingewikkelde transacties zijn die vaak geruime tijd vergen om tot stand gebracht te worden, is een goede planning van het proces van groot belang. De minimale periode waarbinnen de joint venture van start zou moeten gaan (gelet op marktontwikkelingen en activiteiten van concurrenten) moet worden afgestemd op een realistische inschatting van de doorlooptijd van het onderhandelingsproces.

De ondernemingen die de joint venture aan wens te gaan, zullen ervoor zorg moeten dragen dat aan beide zijden een adequaat team wordt samengesteld, dat gedurende het onderhandelingsproces niet wezenlijk gewijzigd wordt. De geselecteerde personen dienen beschikbaar te zijn voor het gehele traject (en dienen dus weinig tijdrovende andere taken toebedeeld te krijgen binnen de onderneming).

In samenstelling dienen beide teams in die zin overeen te komen, dat niet één partij wel, en de andere niet, vertegenwoordigd is door personen die definitieve besluiten kunnen nemen. De partij die zijn besluitvormers laat onderhandelen, maar bij de andere partij niet een vergelijkbaar beslissingsniveau aanwezig weet, mist de mogelijkheid om punten van geschil naar een 'hoger echelon' te tillen.

Tussen het onderhandelingsteam en de leiding van de betreffende onderneming zal frequent contact moeten worden onderhouden, zodat de beleidsbepalers op de hoogte blijven van de ontwikkelingen en van de keuze die door de teams gemaakt worden. Goede communicatie is onontbeerlijk.

Uiteraard dient een goede communicatie tussen de beide ondernemingen te worden gewaarborgd op het niveau van de onderhandelingsteams. Daartoe kan een lid van ieder team primair verantwoordelijk worden gesteld.

Als onderdeel van de interne projectorganisatie van iedere onderneming wordt naast het onderhandelingsteam tevens een projectteam ingesteld. Daarin zijn alle relevante disciplines binnen de onderneming vertegenwoordigd (fiscaal, treasury, control, juridische zaken, externe publiciteit, en dergelijke), zo nodig aangevuld met externe adviseurs. De leden van het onderhandelingsteam maken deel uit van het pro-

jectteam en verzorgen de feedback aan dat team. Binnen het projectteam wordt een persoon aangewezen die ervoor zorg draagt dat alle betrokkenen (intern en extern) de toegewezen taken tijdig uitvoeren. Via het projectteam worden relevante nieuwe vragen en inzichten aan het onderhandelingsteam doorgegeven, en vice versa.

Onderhandelingen

Onderhandelen is geen juridisch gedefinieerd begrip. Onderhandelingen over een joint venture beginnen eigenlijk al bij de initiële, verkennende, gesprekken tussen ondernemingen over mogelijke vormen van samenwerking. Idealiter heeft de onderneming al bij die gesprekken een (duidelijk) beeld over de hoofdlijnen waarlangs de samenwerking naar haar inzicht vorm gegeven zou moeten worden. In zijn algemeenheid geldt voor onderhandelingsprocessen dat een partij er steeds goed aan doet om, onder meer, helder voor ogen te hebben wat men minimaal als onderhandelingsresultaat wenst te behalen.

Zodra de verkennende gesprekken ertoe leiden dat beide ondernemingen de joint venture-gedachte verder willen uitwerken, is het een goed moment om de interne projectorganisatie zoals hiervoor omschreven op te zetten. Over de juridische status van gesprekken en onderhandelingen in de diverse stadia van het proces volgt hierna meer.

Het onderhandelingsteam bestaat niet noodzakelijkerwijs uit de toekomstige leden van het management van de nieuwe joint venture-onderneming. De toekomstige aandeelhouder zal er immers belang bij hebben dat de onderhandelingen leiden tot een transactie die voldoende rekening houdt met haar belangen als aandeelhouder. Ook is het minder wenselijk dat personen die wel in het toekomstige management zitting moeten nemen en moeten samenwerken met vertegenwoordigers van de andere onderneming tijdens de onderhandelingen op onderdelen te scherpe posities ten opzichte van de andere partij moeten innemen. Wel is het wenselijk dat ten minste één lid van het onderhandelingsteam zeer goed op de hoogte is van het door de nieuwe onderneming te hanteren 'business model' en ook werkelijk de 'commerciële' kant van de nieuwe onderneming goed begrijpt.

Geheimhouding

Tijdens onderhandelingen zullen partijen gegevens uitwisselen, onder meer met betrekking tot ieders financiële positie en de in te brengen activiteiten, knowhow en dergelijke. Ten minste een deel van

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

die informatie zal vertrouwelijke informatie betreffen. Het verdient daarom aanbeveling om in een vroegtijdig stadium van de gesprekken een geheimhoudingsovereenkomst te ondertekenen, met een zekere looptijd, zodat vertrouwelijke gegevens niet gebruikt (misbruikt) kunnen worden door de andere onderneming voor andere doeleinden, en ook teruggegeven worden bij het afbreken van onderhandelingen. Tevens kan in een dergelijke geheimhoudingsovereenkomst worden opgenomen dat geen der ondernemingen aan 'key'-personeel van de andere onderneming een aanbod zal doen om in dienst te treden ('non-solicitation'). Ten slotte is van belang dat beide ondernemingen afspreken dat over het feit dat gesprekken en onderhandelingen gevoerd worden geen mededelingen aan derden worden gedaan, behoudens voorzover beide ondernemingen het daarover eens zijn.

Exclusiviteit van besprekingen

De betrokken ondernemingen kunnen er belang bij hebben dat afgesproken wordt dat geen van beiden tegelijkertijd met andere partijen zal onderhandelen over eenzelfde soort transactie. Een rechtvaardiging voor het verzoek om exclusiviteit wordt bijvoorbeeld gevonden in de te investeren tijd en koten; daartoe is men niet bereid indien niet zeker is dat die investeringen niet nutteloos blijken te zijn gemaakt.

Het 'business model' en due diligence

Het komt zelden voor dat het 'business model' van de joint venture al geheel is uitgewerkt voordat de onderhandelingen beginnen. Wel zal er in de regel een wederzijds begrip zijn van de te verwachten investeringen, de producten en markten, en de strategie. Vanaf het begin van de besprekingen zou eigenlijk duidelijk voor ogen moeten staan op welke punten het samenvoegen van activiteiten tot meerwaarde leidt, en waarom de joint venture voor beide ondernemingen (en voor de joint venture-entiteit zelf) in de gegeven situatie de beste keus is.

Zodra de betrokken ondernemingen hebben vastgesteld dat er voldoende reden is om teams te vormen en de joint venture serieus uit te werken, zal aandacht moeten worden gegeven aan de uitwerking van een concreet 'business plan' voor de eerste drie jaar (bijvoorbeeld) met bijbehorende budgetten. Voordat definitieve documentatie kan worden overeengekomen zal er overeenstemming moeten zijn over dat business plan, dat nadien zal kunnen worden gebruikt als het 'spoorboekje' voor de joint venture. Een haalbaarheidsstudie met betrekking tot het business plan is evenzeer gewenst.

Gedurende dezelfde periode zal er ruimte zijn voor 'due diligence', zowel ten aanzien van de andere onderneming (toekomstig medeaandeelhouder van de joint venture), als ten aanzien van de door de andere onderneming in te brengen 'assets', waaronder knowhow, intellectuele eigendomsrechten, toegang tot markten, personeel en dergelijke. Tevens kan het due diligence-onderzoek benut worden om te bezien of de gekozen partner de juiste (althans een passende) ondernemingscultuur heeft en of deze partij de juiste mensen voor de joint venture heeft vrijgemaakt. Due diligence in uitgebreide vorm omvat ten minste onderwerpen van juridische, fiscale, commerciële en financiële aard.

Het verdient aanbeveling om zoveel mogelijk te verzekeren dat over en weer informatie met een vergelijkbare mate van detail en over vergelijkbare onderwerpen wordt vrijgegeven, zo mogelijk gelijktijdig, zodat geen der partijen op een informatieachterstand komt. Tevens is het nuttig om steeds specifiek bij te houden welke informatie op enig moment aan de andere onderneming is verstrekt.

In overnames wordt due diligence mede gebruikt in relatie tot de mate van 'dekking' die de kopende partij in het kader van garanties kan krijgen met betrekking tot mogelijke risico's die zijn verbonden aan de onderneming. In joint venture-situaties is het instellen van vorderingen tegen de partner in de joint venture niet erg gewenst; daarom verdient het aanbeveling om, voordat de joint venture-onderneming van start gaat, terdege onderzoek te doen naar de andere partij en diens inbreng in de joint venture. Onder omstandigheden kan er uiteraard reden zijn van dit uitgangspunt af te wijken, bijvoorbeeld indien beide ondernemingen elkaar uit anderen hoofde reeds goed kennen.

Juridische aandachtspunten bij het vormgeven van de joint venture

De zakelijke (commerciële) doelen van beide ondernemingen staan uiteraard voorop bij het vormgeven van de joint venture. Toch is er een heel scala aan juridische onderwerpen dat aandacht behoeft alvorens de joint venture op de juiste wijze vorm gegeven kan worden. Dat betreft onderwerpen die de verhouding tussen de partijen betreffen, zoals de omvang van ieders belang in de joint venture, zeggenschap in het management, de reikwijdte van de door de joint venture te ondernemen activiteiten, toekomstige contractuele relaties tussen de joint venture en de aandeelhouders, bijvoorbeeld voor de levering van producten en diensten, en dergelijke. Daarnaast dient onderzocht te worden in hoeverre de

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

joint venture onderworpen zal zijn aan specifieke regelgeving op grond waarvan vergunningen dienen te worden verkregen. Er kunnen belemmeringen bestaan die de onderneming verhinderen om bepaalde 'assets' in te brengen of ter beschikking te stellen aan de joint venture. Onder omstandigheden zal de joint venture moeten worden aangemeld bij de betreffende mededingingsrechtelijke autoriteit. Derden met wie de oprichters commerciële relaties onderhouden of waarmee door de oprichters joint ventures of andere samenwerkingsovereenkomsten zijn gevormd hebben wellicht 'oudere' rechten om de gewenste activiteiten in samenwerkingsverband met de betreffende onderneming te ontwikkelen. Ten slotte kan het noodzakelijk zijn dat binnen de groep van de onderneming die een joint venture aangaat voorafgaande herstructurering noodzakelijk is.

Inventarisatie van benodigde documentatie; actielijst

De rol van de juridisch adviseur bij de joint venture zal er mede uit bestaan om, bij het vormgeven van de joint venture, vroegtijdig een lijst op te stellen van de diverse overeenkomsten en andere documentatie die voor de joint venture noodzakelijk zullen zijn. Aan de hand daarvan kan het proces worden begeleid. Daarbij kunnen taken tussen beide ondernemingen die de joint venture wensen aan te gaan worden verdeeld. Daarnaast zal een lijst van actiepunten nuttig zijn, waarop per relevant onderwerp (ook niet-juridische onderwerpen) de aandachtspunten worden gespecificeerd en de voortgang kan worden gecontroleerd. Het is denkbaar dat er meerdere lijsten worden aangehouden, een voor beide ondernemingen gezamenlijk en een voor ieder van de ondernemingen zelf (met onderwerpen die uitsluitend die onderneming betreffen).

Structuur van de joint venture en waardering van inbreng

Voor een goede voortgang is het gewenst dat reeds vroegtijdig wordt gesproken over de gewenste structuur van de joint venture. Zeker in internationale verhoudingen zijn fiscale overwegingen daarbij van groot belang. Afhankelijk daarvan wordt de rechtsvorm van de joint venture gekozen (NV, BV, personenvennootschap of contractuele samenwerking) en zal het land waar de joint venture wordt opgericht worden bepaald. De documentatie zal dienovereenkomstig kunnen verschillen; om die reden is nuttig indien fiscalisten deel uitmaken van het projectteam en ruim voordat de definitieve overeenkomsten en documentatie worden opgesteld hun visie hebben kunnen geven.

Evenals vraagstukken met betrekking tot de struc-

tuur is het gewenst om vroegtijdig inzicht te hebben in de waardering die aan de inbreng van ieder der partijen moet worden toegekend, en de wijze waarop tussen beide oprichters eventuele verschillen tussen die inbreng enerzijds en de gekozen aandelenverhouding anderzijds gecompenseerd kunnen worden.

Structuur en waardering zijn daarmee belangrijke onderwerpen die al (vroeg) tijdens het onderhandelingsproces aan de orde moeten komen.

Precontractuele fase

Letter of intent / memorandum of understanding / heads of agreement

Het onderhandelingsproces met betrekking tot een joint venture kan geruime tijd in beslag nemen. Daarom kan het wenselijk zijn om, op enig moment gedurende die onderhandelingen, de status van de besprekingen vast te leggen. Daartoe wordt veelal een stuk opgesteld dat uiteenlopende benamingen kan dragen, zoals in het kopje weergegeven, maar in essentie eenzelfde soort document behelst.

Naast de vastlegging van het onderhandelingsresultaat tot op dat moment, kunnen in een dergelijk stuk procedureafspraken worden opgenomen (bijvoorbeeld, wie doet wanneer due diligence, welke personen gaan het eerste business plan opstellen, welke partij levert de eerste concepten van de definitieve documentatie), afspraken over verdeling van de kosten, afspraken over publiciteit (in samenhang met de geheimhoudingsovereenkomst), alsmede een opsomming van die onderwerpen waarover partijen nog nader moeten onderhandelen alvorens een definitieve overeenkomst gesloten kan worden.

Het tekenen van een dergelijk document kan ook een belangrijke fase in het onderhandelingsproces markeren, daar waar de belangrijkste 'commerciële' principes van de samenwerking over en weer worden vastgelegd. Ook wordt daarmee duidelijk dat er voortgang wordt gemaakt, hetgeen in verband met de vaak langere looptijd van de onderhandelingen een nuttig wederzijds signaal kan zijn.

Ook kan er behoefte zijn om op enig moment tijdens de onderhandelingen de beoogde joint venture al publiek bekend te maken, bijvoorbeeld om de partijen in staat te stellen om een transactie aan te kondigen voordat de concurrenten vergelijkbare initiatieven bekendmaken. Dat zal alleen kunnen indien er ten minste een voorlopig stuk wordt ondertekend waarin de beoogde samenwerking wordt beschreven.

De benaming van het stuk is niet bepalend voor het rechtskarakter ervan. Wel doet men er goed aan een benaming te kiezen die zoveel mogelijk past bij

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

de inhoud van het stuk. Zo kan een zeer voorlopige bevestiging van wederzijdse voornemens om constructief verder te onderhandelen een letter of intent worden genoemd en een vastlegging van afspraken over de belangrijkste principes en hoofdlijnen van een transactie een heads of agreement.

Centraal hierbij staat steeds de vraag welke mate van juridische binding partijen nastreven en in hoeverre partijen behoefte hebben aan het kunnen afbreken van de besprekingen of onderhandelingen zonder dat daarvan nadelige consequenties te duchten zijn.

Onderhandelingen en de drie precontractuele stadia

Over dit onderwerp is al veel geschreven, en de jurisprudentie ontwikkelt zich langs betrekkelijk constante lijnen.

Het Nederlands recht is tamelijk uniek met de omarming van de hiernavolgende principes (dat op zich is overigens iets om rekening mee te houden indien over internationale joint ventures wordt onderhandeld).

Partijen die met elkaar in onderhandeling treden komen jegens elkaar in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding te staan, welke met zich meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris – Riezenkamp)). Naarmate de onderhandelingen zich verder verdichten, komen partijen minder vrijblijvend tegenover elkaar te staan. Daarbij doet zich een drietal stadia voor, die ieder verschillende consequenties hebben voor de partij die de onderhandelingen afbreekt (HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas – Valburg)).

In een eerste stadium zijn partijen geheel vrij om de onderhandelingen te beëindigen, op ieder ogenblik en zonder gehouden te zijn om kosten aan de andere partij te vergoeden. In een tweede stadium kunnen de onderhandelingen alleen worden afgebroken indien de afbrekende partij de kosten die door de andere partij zijn gemaakt geheel of gedeeltelijk voor haar rekening neemt. In een derde stadium staat het partijen niet meer vrij om de onderhandelingen af te breken; gebeurt dat toch, dan kan de afbrekende partij gehouden zijn om zelfs gederfde winst van de andere partij te vergoeden, naast de door die partij gemaakte kosten. Deze fase doet zich voor indien de andere partij er op mocht vertrouwen dat een dergelijke overeenkomst als die waarover onderhandeld werd tot stand zou komen, en de schadevergoeding terzake is toewijsbaar indien dat aannemelijk is (HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH – Shell) en

HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar – Skil)). Ook kan een plicht tot 'dooronderhandelen' worden opgelegd in die derde fase.

Bepalend is in grote mate of op enig moment overeenstemming wordt bereikt over de hoofdpunten van de transactie. Vaak zal zich een situatie voordoen dat tijdens het onderhandelingsproces op een aantal wezenlijke punten tussen partijen overeenstemming wordt bereikt, maar niet op alle. In beginsel staat het een partij dan vrij om zich uit onderhandelingen terug te trekken, zolang niet op alle wezenlijke punten tot overeenstemming is gekomen, althans door de andere partij niet te verwachten viel dat zodanige overeenstemming zou worden bereikt (Hof 's-Gravenhage 28 oktober 1997, JOR 1998, 67 (Reestland – Delcave)). In die casus ging het om de onderhandelingen over een joint venture-onderneming. Hoewel partijen al geruime tijd hadden onderhandeld, was op een aantal hoofdpunten nog geen overeenstemming bereikt. Dat betrof onder meer de waarde van de wederzijdse inbreng en de zeggenschapsverhoudingen binnen de raad van commissarissen van de joint venture-entiteit.

Rekening dient te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van het vertrouwen bij de andere partij (dat een overeenkomst tot stand zou komen) heeft bijgedragen, en in hoeverre zich in de loop van de onderhandelingen onvoorzien omstandigheden hebben voorgedaan (HR 14 juni 1996, JOR 1996, 92 (De Ruitertij – MBO)). In die zaak waren de onderhandelingen vergevorderd, maar had De Ruitertij het voorbehoud gemaakt dat goedkeuring van haar aandeelhouder moest worden verkregen. Die goedkeuring bleek uiteindelijk niet te worden gegeven. Een dergelijk voorbehoud is vergelijkbaar met het voorbehoud van goedkeuring door de raad van commissarissen van een onderneming (zie in dat verband VSH – Shell, hiervóór genoemd, en HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen – Mirror Group)).

In de jurisprudentie wordt aan dergelijke voorwaarden de werking toegekend dat de andere partij er niet gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen. De afbrekende partij kan dus een beroep doen op een dergelijke clause, zij het niet in alle omstandigheden. Latere verklaringen en gedragingen, bijvoorbeeld over de mate van informatie die aan de raad van commissarissen inmiddels is verstrekt en de voorlopige reactie van die raad op de voorliggende transactie, kunnen aan een beroep op een dergelijke clause in de weg staan. Ook ontslaat een dergelijk voorbehoud de

De onderhandelingen die tot de joint venture-overeenkomst leiden

betreffende partij niet van de verplichting om de onderhandelingen naar redelijkheid en billijkheid te voeren (zie de literatuur genoemd in de conclusie van A-G Hartkamp bij *De Ruiter – MBO*). Het principe van contractvrijheid wordt door de eisen van redelijkheid en billijkheid beperkt en aangevuld.

Bescherming tegen onbedoelde gebondenheid

De onderneming die over een joint venture onderhandelt dient zich bewust te zijn van de juridische consequenties van het aangaan van onderhandelingen. Steeds zal die onderneming zich rekenschap moeten geven van de vraag (i) in hoeverre men op enig moment juridische binding aan de andere partij wenselijk acht, en (ii) wat de juridische consequenties zijn indien de onderhandelingen onverhoopt moeten worden afgebroken.

In een letter of intent, memorandum of understanding, of vergelijkbaar document, kunnen over deze aspecten afspraken worden gemaakt. Alleen al om die reden verdient het aanbeveling om een dergelijk stuk te ondertekenen, bijvoorbeeld als afronding van een eerste fase van besprekingen voordat intensieve onderhandelingen beginnen.

Een aantal bepalingen die in dat stuk kunnen worden opgenomen ter bescherming tegen een onbedoeld vergaande mate van juridische binding in een te vroeg stadium zijn de volgende: (i) beide partijen beogen geen juridische binding vast te leggen (behoudens voorzover het een aantal specifieke bepalingen betreft, bijvoorbeeld over geheimhouding en over de kostenafpraak), (ii) beide partijen kunnen op ieder moment zonder aansprakelijkheid jegens de andere partij de onderhandelingen beëindigen, (iii) definitieve overeenstemming is onderworpen aan overeenstemming over de definitieve tekst van de volledige transactiedocumentatie, (iv) definitieve overeenstemming is onderworpen aan goedkeuring van de raad van commissarissen, (v) definitieve overeenstemming is onderworpen aan nadere overeenstemming over het business plan, bevredigende uitkomsten van de wederzijdse due diligence-onderzoeken en de haalbaarheidsstudie met betrekking tot het business plan, en (vi) opsomming van de belangrijke onderwerpen waarover partijen nog geen overeenstemming hebben bereikt. Zoals gezegd zal de feitelijke situatie wel steeds bepalend zijn voor de mate waarin partijen in redelijkheid een beroep op dergelijke voorbehouden kunnen doen.

Medezeggenschap en overleg met de vakorganisaties

Volgens de Wet op de Ondernemingsraden dient in voorkomend geval dusdanig tijdig advies te wor-

den gevraagd over het aangaan van een joint venture, dat het advies van invloed kan zijn op de beslissing. Daaruit volgt dat het ondertekenen van een document waaruit een te vergaande mate van binding blijkt zonder dat de adviesprocedure is doorlopen ongewenst kan zijn. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om op deze problematiek verder in te gaan.

Onder omstandigheden kunnen de SER Fusiegedragsregels van toepassing zijn (of vrijwillig gevolgd worden). Zodra 'de verwachting gewettigd is dat overeenstemming bereikt kan worden' is overleg met de betrokken vakorganisaties noodzakelijk. Wanneer dat moment is aangebroken moet steeds opnieuw van geval tot geval worden beoordeeld. De bewoording van het door de onderhandelende partijen te ondertekenen voorlopige document is weliswaar niet beslissend maar kan een belangrijke indicatie geven over de vraag of het betreffende moment reeds is aangebroken. Het vorenstaande geldt ook wanneer – naar verwachting eind 200 – het criterium van de 'gewettigde verwachting' wordt gewijzigd bij invoering van de herziene Fusiegedragsregels. Vanaf dat moment geldt dat overleg met de vakorganisaties moet plaatsvinden voordat overeenstemming wordt bereikt (artikel 4 lid 1 van de herziene Fusiegedragsregels), en wel op een zodanig moment dat het oordeel van de vakorganisaties (nog) van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet totstandkomen van de fusie (en de toepasselijke voorwaarden).

Afsluitend

Het opzetten van joint ventures is maatwerk. Dat blijkt uit de veelheid van commerciële, juridische en andere aspecten die daarbij een wezenlijke rol spelen, steeds voor andere partijen en steeds in zich ontwikkelende markten. Joint ventures zijn in de regel de resultante van een zeer bewuste strategische keuze van de onderneming en kunnen vergaande effecten op die onderneming hebben. Daarbij neemt het opzetten van een joint venture vaak geruime tijd in beslag. Een goede planning van een dergelijke transactie kan aan het slagen ervan veel bijdragen. Daarbij dienen partijen zich bewust te zijn van de juridische consequenties van het feit dat men, vaak langdurig, in onderhandeling is. Een goede juridische vormgeving van het onderhandelingsproces behoeft daarbij de nodige aandacht.

Mr. E.J. Stumphius is partner bij de sectie Ondernemingsrecht van Loyens & Loeff te Rotterdam.