

Wat maakt een intentieverklaring adviesplichtig?

*Mr. drs. M. van der Veen **

Inleiding: het adviesrecht van de ondernemingsraad in de transactiepraktijk

Is het ondertekenen van een intentieverklaring een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR)? Op 20 januari 2011 heeft de Ondernemingskamer een beschikking afgegeven waarin is geoordeeld dat de ondernemer de ondernemingsraad (hierna: OR) advies had moeten vragen voorafgaand aan de ondertekening van een intentieverklaring tot samenwerking met een mogelijke fusiepartner. In deze bijdrage wordt de betekenis van de intentieverklaring voor het adviesrecht ex artikel 25 WOR besproken. Tevens ga ik in op de gevolgen van deze beschikking voor de fusie- en overnamepraktijk.

Het adviesrecht van de OR

Artikel 25 WOR verplicht de ondernemer over bepaalde voorgenomen besluiten advies te vragen aan de OR. Het gaat dan om belangrijke beslissingen van financieel-economische en bedrijfseconomische aard. Adviesplichtig is bijvoorbeeld het voorgenomen besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (art. 25 lid 1 sub a WOR), zoals dit zich voordoet in het geval van een fusie. Ook het voorgenomen besluit tot het aangaan van een duurzame samenwerking met een andere onderneming is adviesplichtig (art. 25 lid 1 sub b WOR).

Belangrijk uitgangspunt van de regeling is dat het advies op een zodanig moment moet worden gevraagd, dat dit advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (art. 25 lid 2 WOR). Tegelijkertijd dient de adviesaanvraag ook de beweegredenen voor het besluit te bevatten, alsmede de verwachte gevolgen van het besluit voor de werknemers en de naar aanleiding daarvan te nemen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). Tussen deze twee vereisten bestaat een spanning die het niet eenvoudig maakt om in de aanloop naar een (mogelijke) fusie, splitsing of overname het juiste moment voor een adviesaanvraag vast te stellen. Op het moment dat het advies moet worden gevraagd, zijn de gevolgen en de te treffen maatregelen nog niet altijd goed te duiden.

De vraag doet zich voor op welke wijze een intentieverklaring, die in veel gevallen voorafgaat aan het (eventuele) formele adviesplichtige besluit over de transactie, dient te worden

gekwaliceerd. Betreft een intentieverklaring een zelfstandig adviesplichtig besluit of is het slechts een beleidsvoornemen waarover geen advies hoeft te worden gevraagd? In de afgelopen jaren hebben de Ondernemingskamer en de Hoge Raad zich een aantal maal uitgelaten over deze vraag. Recent was deze vraag opnieuw aan de orde in de procedure die heeft geleid tot de beschikking van 20 januari 2011.

Beschikking Ondernemingskamer 20 januari 2011 (Vereniging Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie)

De vereniging Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (hierna: de NPCF) is een samenwerkingsverband van verschillende patiëntenorganisaties. De NPCF werkte sinds enige tijd samen met de vereniging Chronisch Zieken en Gehandicapten Raad Nederland (hierna: de CG-Raad). De verenigingen overwogen te fuseren. In dit verband was op 10 november 2010 een discussienota opgesteld. Op 15 november 2010 hebben de OR's van beide verenigingen hun per brief laten weten het overleg over een mogelijke meer intensieve samenwerking te ondersteunen; daarbij verwezen de verenigingen naar hun 'verantwoordelijkheid' binnen de WOR. Op 22 november 2010 is aan de OR van de NPCF meegedeeld dat het advies-traject met betrekking tot de mogelijke fusie in twee fasen zou worden uitgesplitst.

Op 23 november 2010 hebben de verenigingen een 'intentieverklaring tot samenwerking' ondertekend. Deze intentieverklaring bepaalde (onder meer) het volgende:

'Partijen spreken de intentie uit de voorgenomen fusie en de daaraan voorafgaande samenwerking in deze fase vast te leggen in onderhavige overeenkomst. De overeenkomst heeft tot doel voortgang in het fusieproces te borgen (...). Partijen streven er naar per 1 januari 2012 een juridische fusie aan te gaan (...).'

Voorts bepaalde de intentieverklaring dat de verenigingen vanaf begin 2011 de samenwerking zouden intensiveren en dat begin 2011 een *due diligence*-onderzoek zou plaatsvinden. De overeenkomst 'eindigt op de datum waarop de fusie tussen partijen van kracht is, te weten 1 januari 2012'. De overeenkomst kon echter ook door beide partijen tussentijds worden beëindigd.

* Mr. drs. M. van der Veen is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Ten slotte bepaalde de intentieverklaring dat 'op alle bepalingen uit deze samenwerkingsovereenkomst het adviesrecht conform de Wet op de ondernemingsraden (WOR) van toepassing' is. De intentieverklaring sloot af met een geschillenregeling, een boetebepaling voor het geval van niet-nakoming en een rechts- en forumkeuze.

Op 23 november 2010 (de dag van ondertekening) hebben de verenigingen hun leden en de overige werknemers geïnformeerd over de ondertekening van de intentieverklaring. Op 25 november 2010 heeft de NPCF de OR meegedeeld dat zo spoedig mogelijk twee (deel)adviesaanvragen zullen worden voorgelegd aan de OR. Op 8 december 2010 heeft de algemene ledenvergadering van de NPCF ingestemd met het voorstellen tot fusie.

De OR van de NPCF heeft zich tot de Ondernemingskamer gewend, omdat naar het oordeel van de OR van de NPCF ten onrechte geen advies was gevraagd over het ondertekenen van de intentieverklaring. De OR heeft de Ondernemingskamer verzocht (1) te verklaren voor recht dat het besluit tot ondertekening van de intentieverklaring kennelijk onredelijk was, (2) de NPCF te verplichten dit besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken en (3) de NPCF te verbieden (verdere) uitvoering te geven aan het besluit.

De Ondernemingskamer was van oordeel dat de intentieverklaring ten minste een duurzame samenwerking als bedoeld in artikel 25 lid 1 sub b WOR voor de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 december 2011 met de CG-raad ten gevolge had en om die reden adviesplichtig was. Relevante factoren voor dat oordeel waren dat de intentieverklaring de daarin beschreven samenwerking beoogde te verwezenlijken (dus onafhankelijk van een latere uitwerking), dat de bepalingen in de intentieverklaring – zo lang niet is opgezegd – bindend waren en dat er een boetebeding was opgenomen dat dit kracht bijzette. Bovendien achtte de Ondernemingskamer het van belang dat de samenwerking zich uit zou strekken tot de gehele organisatie en niet slechts tot een enkel onderdeel daarvan. De verenigingen hadden zich dan ook tegenover elkaar verbonden om, 'met inachtneming van de eisen van de redelijkheid en billijkheid, te streven naar de verwezenlijking van het samenwerkingsverband als aanzet tot de beoogde fusie, zodat zij niet (geheel) vrijblijvend tegenover elkaar staan', aldus de Ondernemingskamer onder verwijzing naar het NSR-arrest van 7 oktober 1998.¹ De Ondernemingskamer verplichtte de NPCF om het besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken en verbood de NPCF verdere handelingen te verrichten ter (verdere) uitvoering van het besluit.

Rechtspraak: welke elementen maken een intentieverklaring adviesplichtig?

De Ondernemingskamer verwees bij de motivering van haar oordeel onder meer naar het NSR-arrest van 7 oktober 1998, waarin de Hoge Raad antwoord heeft gegeven op de vraag of een intentieverklaring adviesplichtig is. Volgens de Hoge Raad hangt dat antwoord af van de tekst van de intentieverklaring en van de omstandigheden van het specifieke geval.² Volgens de Hoge Raad lag in het destijds in cassatie bestreden oordeel van de Ondernemingskamer besloten dat de in de intentieverklaring neergelegde overeenstemming inhield dat partijen 'zich tegenover elkaar hebben verbonden, met inachtneming van de eisen van de redelijkheid en billijkheid, te streven naar de verwezenlijking van het beoogde samenwerkingsverband, zodat zij niet vrijblijvend tegenover elkaar staan'.³ De feiten in de NSR-zaak waren als volgt.

NS Reizigers B.V. (hierna: NSR) en NZH Vervoermaatschappij NV (hierna: NZH) hadden een intentieverklaring getekend waarin was opgenomen dat partijen voornemens waren te onderzoeken of een samenwerkingsverband te realiseren zou zijn en daarbij te kijken of het aanbieden van gezamenlijke dienstverlening mogelijk was. Op de datum dat de intentieverklaring was ondertekend, hadden partijen ook een persbericht uitgegeven waarin onder meer was vermeld dat partij een businessplan zouden opstellen.

Volgens de Ondernemingskamer liet de tekst van de intentieverklaring op zichzelf ruimte voor de uitleg dat er slechts sprake was van een beleidsvoornemen van NSR. Tegen de achtergrond van de feiten – de specifieke omstandigheden van het geval – kwam de Ondernemingskamer hier echter tot een ander oordeel. Naast de bewoordingen van de intentieverklaring hechtte de OK belang aan het uitgegeven persbericht. Daaruit bleek volgens de Ondernemingskamer duidelijk dat over het 'beginsel van samenwerking' tussen NSR en NZH 'verregaande overeenstemming' bestond. Het persbericht bevatte geen enkel voorbehoud. De voorzitter van de groepsdirectie van NZH had dit bevestigd door tegenover *NRC Handelsblad* (onder meer) te verklaren dat de samenwerking in juni 1998 (pas) zichtbaar zou worden, waarbij hij een aantal concrete voorbeelden noemt waaruit de samenwerking zou blijken (gezamenlijke loketten, gezamenlijke informatieverstrekking enzovoort). Ook nam de Ondernemingskamer in aanmerking dat het beleid van NSR in algemene zin was gericht op het tot stand brengen van samenwerkingsverbanden met andere aanbieders van openbaar vervoer. Bovendien lag het niet voor de hand om aan te nemen dat er wat betreft de vormen en mogelijkheden van samenwerking andere opties voorhanden waren. Aan de intentieverklaring kon dan ook niet het vrijblijvende karakter worden toegekend als NSR wilde doen voorkomen. Nu NSR geen advies had gevraagd over

1. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251 (NSR).

2. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251 (NSR).

3. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251, r.o. 3.1.3 (NSR).

de intentieverklaring, was het besluit reeds daarom kennelijk onredelijk, aldus de Ondernemingskamer.⁴

Dat het niet altijd eenvoudig is om, aan de hand van de tekst en de omstandigheden, vast te stellen of een intentieverklaring adviesplichtig is of niet, wordt in de beschikking van 20 januari 2011 bevestigd. 'De' intentieverklaring bestaat namelijk niet, zo concludeert Knipschild in haar noot bij de beschikking.⁵ Er bestaan allerlei verschillende vormen van intentieverklaringen. Soms geeft een intentieverklaring slechts een intentie om te onderhandelen weer, soms is zij in feite al een 'gave koopovereenkomst', zoals de OR had aangevoerd in de zaak die aanleiding gaf tot de beschikking van de Ondernemingskamer van 15 april 1999 en die hierna zal worden besproken.⁶ De hiervoor besproken intentieverklaring die centraal stond in de beschikking van de Ondernemingskamer van 20 januari 2011 betreft een tussenvorm. Partijen hadden ten aanzien van de fusie (slechts) een intentie uitgesproken. Tegelijkertijd hadden partijen echter concrete, gedetailleerde afspraken gemaakt over de samenwerking in de aanloop naar deze mogelijke fusie.

Welke elementen in de tekst en welke omstandigheden zijn nu bepalend voor de vraag of een intentieverklaring wel of niet adviesplichtig is? Ten aanzien van de tekst van de intentieverklaring maakt Knipschild in haar noot bij de beschikking van 20 januari 2011 onderscheid tussen de inhoudelijke en de procedurele bepalingen in een intentieverklaring.⁷ Tevens zijn de feitelijke omstandigheden voorafgaand aan de intentieverklaring en bij de wijze van uitvoering van belang.

Relevante inhoudelijke aspecten

Om te bepalen of een intentieverklaring kwalificeert als adviesplichtig is van belang (1) hoe concreet en hoe gedetailleerd de intentieverklaring is en (2) wat de rechtsgevolgen zijn van de intentieverklaring.⁸ Indien het enkel om een samenvatting of een evaluatie van de samenwerking gaat met een andere onderneming tot dan toe, hoeft nog geen sprake te zijn van een adviesplichtig besluit, aldus de Ondernemingskamer over een passage in een strategienota van het Instituut Zorgverzekering Ambtenaren Nederland (hierna: IZA), waarover hierna meer.⁹ Als in de intentieverklaring daarentegen de belangrijkste (materiële) voorwaarden van de transactie zijn opgenomen, zoals de koopprijs, en alleen nog wordt onderhandeld over de uitwerking, dan zal een intentieverklaring al snel adviesplichtig zijn. Daarnaast is ook de mate waarin de intentieverklaring ruimte laat voor andere vormen en mogelijkheden van samenwerking een element dat mee moet worden gewogen bij de

vaststelling of een intentieverklaring adviesplichtig is, zo volgt uit het NSR-arrest.¹⁰

In de beschikking van 20 januari 2011 oordeelde de Ondernemingskamer – in lijn met de jurisprudentie – dat de intentieverklaring ten minste een duurzame samenwerking inhield. Wanneer sprake is van een duurzame samenwerking, is niet gemakkelijk vast te stellen. Van een duurzame samenwerking is in elk geval géén sprake indien er geen gemeenschappelijke activiteit is aan te wijzen, zoals het geval is bij de uitbesteding van werkzaamheden.¹¹ De duur van de samenwerking in combinatie met de intensiviteit van de samenwerking zal in dit verband van belang zijn. In de besproken zaak ging het om een samenwerking van (ten minste) één jaar die zich uitstrekte tot de gehele organisatie van de ondernemer.

Relevante procedurele aspecten

Om te bepalen wat de rechtsgevolgen zijn van een intentieverklaring, dient te worden beoordeeld of, en zo ja, in welke mate voor partijen van vrijblijvendheid sprake is, zo volgt uit het NSR-arrest.¹² Dat hangt af van de inhoudelijke afspraken. Tevens kan de mate van vrijblijvendheid worden afgeleid uit afspraken die zijn gemaakt over de procedure.

Hiervoor werd al verwezen naar de zaak waarin de intentieverklaring in feite een 'gave koopovereenkomst' was. In die zaak had de OR gesteld dat de intentieverklaring geen enkele ontbindende voorwaarde bevatte, ook niet ten aanzien van het adviesrecht van de OR.¹³ Dit werd door de ondernemer erkend, althans onvoldoende bestreden. Daarmee kwam volgens de Ondernemingskamer vast te staan dat de ondernemer zich door ondertekening van de 'intentieverklaring' definitief tot overdracht van de onderneming had verbonden zonder het advies van de OR te hebben gevraagd.

Als ten tijde van de intentieverklaring sprake is van exclusieve onderhandelingen, dan staan partijen waarschijnlijk minder vrijblijvend tegenover elkaar dan wanneer er met meerdere potentiële kopers of verkopers wordt gesproken. Een opzeggingsbepaling of een voorbehoud in de intentieverklaring suggereert dat partijen zich een zekere mate van vrijblijvendheid hebben willen voorbehouden. Indien de intentieverklaring echter (al dan niet in combinatie met een opzeggingsbepaling) een boetebeding bevat voor het geval een partij haar verplichtingen niet nakomt, benadrukt dit juist dat de bepalingen in de intentieverklaring bindend zijn voor partijen.

Omstandigheden voorafgaand aan de intentieverklaring

Om de betekenis van de intentieverklaring vast te stellen kunnen ook feiten en omstandigheden die zich voorafgaand aan de intentieverklaring voordeden een rol spelen, zo volgt mijns inziens uit het NSR-arrest. Indien de ondernemer bijvoor-

4. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251, r.o. 4.4 (NSR).

5. Noot van E. Knipschild bij Hof Amsterdam 20 januari 2011, JAR 2011, 69, LJN BP3004.

6. Hof Amsterdam 15 april 1999, JAR 1999, 101.

7. Noot van E. Knipschild bij Hof Amsterdam 20 januari 2011, JAR 2011, 69, LJN BP3004.

8. Zie ook de noot van E. Knipschild bij Hof Amsterdam 20 januari 2011, JAR 2011, 69, LJN BP3004.

9. Hof Amsterdam 26 maart 1998, JAR 1998, 110 (IZA).

10. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251 (NSR), r.o. 4.4.

11. Hof Amsterdam 19 april 1990, NJ 1992, 125.

12. HR 7 oktober 1998, JAR 1998, 251 (NSR).

13. Hof Amsterdam 15 april 1999, JAR 1999, 101.

beeld vanuit een bepaald algemeen beleid steeds bepaalde min of meer gelijke transacties aangaat, kan dit een aanwijzing zijn dat de betreffende intentieverklaring adviesplichtig is, omdat het traject na de intentieverklaring reeds bekend is.

Dat de procedure voorafgaand aan de intentieverklaring van belang is, volgt eveneens uit de hiervoor reeds aangehaalde IZA-beschikking.¹⁴ In deze zaak had IZA een strategienota gezonden aan de OR, waarin was vermeld dat zij met VGZ zou gaan zoeken naar een (juridische) constructie waarbij het publiekrechtelijke instrumentarium en beide organisaties intact zouden blijven, maar met als uitgangspunt dat partijen een dwingende en onverbreekelijke samenwerking zouden aangaan.

Daarmee was volgens de OR in feite sprake van een fusie en dus van een adviesplichtig besluit. De Ondernemingskamer oordeelde echter dat de intentieverklaring in de strategienota niet adviesplichtig was. De Ondernemingskamer overwoog daarbij dat er tussen IZA en VGZ reeds een samenwerking bestond die was neergelegd in verschillende overeenkomsten. Van belang achtte de Ondernemingskamer dat de overeenkomsten voorzagen in een uitgebreide evaluatie van de samenwerking, waarbij ook de OR zou worden betrokken vóórdat een besluit over het al dan niet voortzetten van de samenwerking zou worden genomen.

Ook in een beschikking van 24 juni 1999 betrok de Ondernemingskamer de aanloop naar de intentieverklaring bij haar oordeel.¹⁵ De ondernemer in deze zaak, een woningstichting, had in een eerder stadium aan de OR de vraag voorgelegd of hij kon instemmen met het doen van een onderzoek naar de mogelijkheden van samenwerking met een andere woningstichting en de opstelling van een intentieverklaring daartoe, waarin het streven om tot samenwerking te komen met de betreffende woningstichting in duidelijke en gedetailleerde bewoordingen zou worden neergelegd. De OR stemde daarmee in. Vervolgens beperkte de ondernemer zijn onderzoek en eventuele besluitvorming tot de mogelijke samenwerking met de betreffende woningstichting en liet daarmee de andere opties voor wat ze waren. Volgens de OR was de intentieverklaring daarmee in feite een (voorgenomen) besluit, maar de Ondernemingskamer was het daarmee oneens. Nu de OR instemde met het onderzoek en de opstelling van een intentieverklaring, was de intentieverklaring niet adviesplichtig, zo concludeerde de Ondernemingskamer (de intentieverklaring betrof geen voorgenomen besluit).

Mijns inziens kan en mag uit deze beschikking echter niet de conclusie worden getrokken dat het feit dat de OR instemt met het opstellen van een intentieverklaring meebrengt dat hij vervolgens in de regel geen recht meer heeft om advies te geven over de *inhoud* van die intentieverklaring. Enkel akkoord gaan met het opstellen van een intentieverklaring is immers iets

anders dan (bij voorbaat) instemmen met de (op dat moment nog onbekende) inhoud daarvan.

Conclusie

Tot op heden is de vraag of een intentieverklaring adviesplichtig is niet zonder meer bevestigend te beantwoorden. Het antwoord op die vraag hangt af van de inhoud ervan en van de omstandigheden waarbinnen de intentieverklaring wordt opgesteld. Uit de aangehaalde rechtspraak blijkt dat in ieder geval de volgende bepalingen en omstandigheden relevant zijn: het feit dat de bepalingen in de intentieverklaring – zo lang niet is opgezegd – bindend zijn voor de onderneming, dit met een boetebeding kracht is bijgezet en het gegeven dat de beoogde samenwerking zich uitstrekt tot de gehele organisatie.

Met het oog op het voorgaande is het voor de fusie- en overnamepraktijk van belang om in een vroeg stadium te beoordelen of een intentieverklaring adviesplichtig is. Indien de intentieverklaring achteraf adviesplichtig blijkt terwijl aan het adviesrecht van de OR is voorbijgegaan, kan de Ondernemingskamer immers vergaande voorzieningen treffen. In het ergste geval wordt het besluit door de Ondernemingskamer teruggedraaid en dienen alle gevolgen van het besluit ongedaan gemaakt te worden. Het adviestraject ex artikel 25 WOR zal in een dergelijk geval bovendien alsnog moeten worden doorlopen.

14. Hof Amsterdam 15 april 1999, JAR 1999, 101.

15. Hof Amsterdam 24 juni 1999, JAR 1999, 192.