

Intentieverklaring kan meer zijn dan een intentie alleen

Adviesplichtigheid van een intentieverklaring

De or heeft in beginsel adviesrecht als een onderneming wordt overgenomen. De vraag is echter wanneer de or dit recht kan uitoefenen. Het proces beslaat immers vele maanden. Een aanknopingspunt is de intentieverklaring. Deze bevat soms slechts de intentie tot onderhandeling, terwijl het in andere gevallen de overname in grote mate bewerkstelligt. In bepaalde gevallen is het besluit tot aangaan van een intentieverklaring al adviesplichtig.

Door Eva Knipschild en Pascal van Schaik

- Wat is een intentieverklaring?
- Wanneer is er sprake van adviesrecht?
- Handig hulpmiddel

De intentieverklaring (in het Engels *letter of intent*) is een belangrijk peilpunt in de overname van een onderneming. Het is een overeenkomst tussen de over te nemen en de overnemende partij.

De inhoud wisselt echter nogal sterk van geval tot geval. De ene keer bevat zij de vrijblijvende intentie de onderhandelingen tot overname voort te zetten, de andere keer wordt in de intentieverklaring de overname al grotendeels vastgelegd. In sommige gevallen heeft de ondernemingsraad al een adviesrecht bij het aangaan van de intentieverklaring.

Dit is het geval als de intentieverklaring dusdanig concreet is dat van een voorgenomen besluit tot overname kan worden gesproken. Om te bepalen of dat het geval is, moeten twee factoren worden onderscheiden:

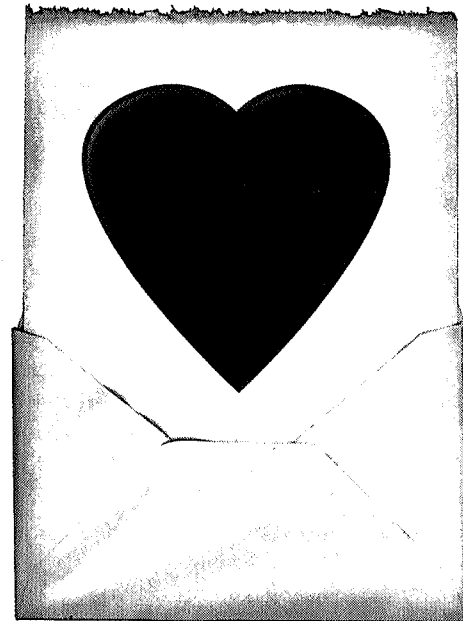
1. inhoud van de intentieverklaring
2. achtergrondomstandigheden van de verklaring

De intentieverklaring is een belangrijk peilpunt in het overnameproces

Inhoud van de intentieverklaring

Allereerst moet worden vastgesteld welke rechtsgevolgen de intentieverklaring zelf in het leven roept. Met andere woorden, er moet worden bepaald in hoeverre de intentieverklaring de ondernemer verplicht tot de daadwerkelijke overname. De inhoud bevat vaak twee soorten bepalingen. Allereerst zijn er bepalingen die de regels van de onderhandelingen vastleggen. Er zijn verschillende opties mogelijk:

- een exclusiviteitsbeding (partijen bepalen dat zij zich gedurende een bepaalde periode binden om enkel met de partij te onderhandelen);
- een opzegbeding (waarin een aantal omstandigheden gegeven wordt waarin de onderhandelingen kunnen worden beëindigd);
- een kostenbeding (waarin partijen regelen hoe de kosten van het onderhandelingstraject worden verdeeld);
- een tijdspad (waarin is vastgelegd hoe het onderhandelingsproces gaat verlopen).



Deze bepalingen kunnen van invloed zijn op de mate waarin de ondernemer gebonden is aan de intentieverklaring. Naast de processuele bepalingen zijn er ook de inhoudelijke bepalingen. Hoe meer de intentieverklaring elementen van de daadwerkelijke overnameovereenkomst bevat, des te eerder sprake is van een adviesrecht voor de ondernemingsraad. In de meeste gevallen zullen slechts enkele aspecten van de overnameovereenkomst zijn vastgelegd in de intentieverklaring. Denk aan de intentieverklaring die de koopprijs en het object al grotendeels heeft vastgelegd. Zal het vervolg van het onderhandelingsproces gaan over niet wettelijke onderdelen van de overname, dan heeft de ondernemingsraad een adviesrecht voor het aangaan van een dergelijke intentieverklaring.

Achtergrondomstandigheden

Een tweede relevante factor zijn de achtergrondomstandigheden. Deze moeten in samenhang met de inhoud van de intentieverklaring worden gezien. Men kan denken aan:

- De wijze waarop de ondernemer de publiciteit zoekt naar aanleiding van de intentieverklaring. Hierbij kan gedacht worden aan een persbericht waarin de ondernemer bekendmaakt dat de overname zo goed als rond is.
- De handelswijze van de ondernemer in vergelijkbare (recente) gevallen. Wanneer een (vergelijkbare) intentieverklaring in eerdere gevallen relatief snel tot een overname leidde, kan dit betekenen dat eerder wordt aangenomen dat voor het besluit tot het aangaan van een nieuwe intentieverklaring al advies aan de ondernemingsraad dient te worden gevraagd.
- Het beleid van de ondernemer in algemene zin en in hoeverre dat gericht is op de totstandkoming van de overname.
- De marktomstandigheden. Wanneer de overnamegesprekken met de enige andere partij in de markt plaatsvinden, kan een intentieverklaring met deze partij al een grote stap in het onderhandelingsproces zijn. Bovenstaande omstandigheden leiden samen met de inhoud tot de conclusie of de ondernemingsraad een adviesrecht heeft ten aanzien van de intentieverklaring.

Schematisch weergave

Om in korte tijd een indruk te krijgen van de adviesplichtigheid van een intentieverklaring kan een schema (zie kader) worden gebruikt. Zoals hieruit blijkt hebben som-

mige bepalingen een grotere invloed op de adviesplichtigheid dan andere. Houd hierbij in de gaten dat de achtergrondomstandigheden een adviesplichtige intentieverklaring alsnog niet-adviesplichtig kunnen maken en vice versa. Er wordt gewerkt met een puntentelling zodat snel kan worden achterhaald of een intentieverklaring wel of niet adviesplichtig is.

1. (totaal aantal punten: 0-2)

Intentieverklaring is niet adviesplichtig.

Bij een totaal van maximaal twee punten zal de intentieverklaring hoogstwaarschijnlijk niet adviesplichtig zijn. Het gaat in deze categorie vaak om intentieverklaringen waarbij partijen afspraken maken met betrekking tot het onderhandelingsproces, maar geen dwingende bepalingen overeenkomen die in zekere mate de overname regelen.

2. (totaal aantal punten: 2-8)

Intentieverklaring mogelijk adviesplichtig.

In deze categorie vallen met name intentieverklaringen waarin weliswaar de overname enigszins vastgelegd is, maar partijen voldoende ruimte hebben om de onderhandelingen af te breken. In sommige gevallen zal echter het besluit tot het aangaan van der-

gelijke intentieverklaringen adviesplichtig zijn. Een intentieverklaring blijkt in die gevallen toch de overname in voldoende mate te bewerkstelligen. Om te bepalen of dit daadwerkelijk het geval is, zullen de achtergrondomstandigheden een grote rol spelen.

3. (totaal aantal punten: 9 of meer)

Intentieverklaring is adviesplichtig.

Komt men tot een totaal van negen punten of meer, dan is het aannemelijk dat sprake is van een voorgenomen besluit tot overname. Het besluit tot aangaan van een dergelijke intentieverklaring zal adviesplichtig zijn. In deze gevallen zal de ondernemer advies moeten vragen aan de ondernemingsraad betreffende het besluit tot aangaan van de intentieverkla-

ring. Alleen in uitzonderlijke gevallen zullen omstandigheden en de achtergrond van het geval ertoe leiden dat toch geen sprake is van adviesplichtigheid.

Aandachtspunten

Hoewel de naam anders doet vermoeden, kan een intentieverklaring de overname van een onderneming in grote mate vastleggen. In die gevallen heeft de ondernemingsraad een adviesrecht. Kort en goed komt het erop neer goed te letten op de volgende punten:

- Houd rekening met het feit dat een intentieverklaring, ondanks haar benaming, een overname al grotendeels kan bewerkstelligen.
- Let bij de beoordeling van een intentieverklaring op zowel de inhoud van het document, als de omstandigheden en achtergrond voor de vraag of de intentieverklaring adviesplichtig is.
- Schakel eventueel juridische bijstand in ten einde te beoordelen of een voorgenomen intentieverklaring inderdaad adviesplichtig is.

Eva Knipschild is advocaat bij **Kennedy Van der Laan**. **Pascal van Schaik** is advocaat bij **AKD advocaten & notarissen**

Procedurele bepalingen	Bijdrage aan adviesplichtigheid (schaal 0 tot 3)
Exclusiviteitsbeding →	2
Kostenbeding	
1. Dragen partijen de eigen kosten?	
Ja →	0
Nee ↓	
2. Zijn de kosten dusdanig hoog voor de ondernemer dat deze zich niet eenvoudig kan terugtrekken uit de onderhandelingen?	
Ja →	2
Nee →	0
Opzegbeding	
1. Worden de opzegmogelijkheden door het beding verruimd?	
Ja →	0
Nee ↓	
2. Is sprake van een lichte beperking van de opzegmogelijkheden?	
Ja →	1
Nee → Er is vermoedelijk sprake van een aanzienlijke beperking van de opzegmogelijkheden zodat de ondernemer niet eenvoudig de onderhandelingen kan beëindigen. →	2
Tijdspad →	1
Inhoudelijke bepalingen	
Koopprijs →	3