

UW CHECKLIST BIJ DE OVERNAME VAN EEN ANDERE ONDERNEMING

Overnamekoorts!

Een eerste stap bij een overname is vaak het opstellen van een Letter of Intent (LOI). De juridische betekenis van zo'n intentieverklaring kan erg uiteenlopen. Soms is sprake van volstrekt vrijblijvende ideeën die bij wijze van spreken op de achterkant van een bierviltje zijn neergepend. Maar in een intentieverklaring kunnen ook vergaande verplichtingen zijn opgenomen. Laat u in dat geval niet misleiden door de vrijblijvende titel, het kan gaan om veel meer dan een intentie.

Uit strategisch oogpunt is het verstandig om al in een vroeg stadium de controle naar u toe te trekken. De uiteindelijke overeenkomst wordt bijna altijd gebaseerd op de structuur en de hoofdlijnen van de intentieverklaring. In de LOI wordt vaak ook al een tijdpad geschetst en indicatie gegeven van de prijs. De partij die de LOI opstelt, bepaalt dus in hoge mate de vorm van de uiteindelijke transactie. Soms wordt de LOI zelf nog voorafgegaan door een geheimhoudingsovereenkomst. Ook dat is een mogelijkheid om plaats te nemen in de 'driver's seat'. Zorg ervoor dat u degene bent die de regie heeft over het opstellen van de overeenkomsten.

Due diligence-onderzoek

Een tweede serieuze stap is de due diligence (letterlijk: gepaste zorgvuldigheid). Met het due diligence-onderzoek wordt gedoeld op het (boeken)onderzoek dat u doet naar de over te nemen onderneming. U krijgt inzage in de volledige jaarrekeningen, de belangrijkste overeenkomsten, een overzicht van het personeel en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden etc. Om goed zicht te krijgen op de onderneming moet er

veel documentatie op tafel komen. In het kader leest u waarom te veel informatie weer nadelen met zich mee kan brengen.

Garanties

Het is onverstandig om de due diligence over te slaan en genoeg te nemen met een zinnetje in het koopcontract waarmee de verkoper garandeert dat hij alle belangrijke informatie heeft gegeven. De verkoper heeft weliswaar de plicht om informatie te geven, maar u als koper hebt ook een onderzoeksplicht. De verkoper mag erop vertrouwen dat de koper zich ook zelf verdiept in de onderneming

die hij koopt en de daaraan verbonden risico's. Doet de koper dat niet of onvoldoende, dan loopt hij de kans dat hij geen volledig beroep kan doen op de gegeven garanties. Ook om praktische redenen is het beter om zelf onderzoek te doen dan om te vertrouwen op garanties. Vaak gaat er enige tijd overheen voordat de koper ontdekt dat het gekochte bedrijf niet is wat hij ervan mocht verwachten. Mogelijk heeft hij goudgerande garanties afgesproken, maar die zijn niets waard als de verkoper geen verhaal meer biedt omdat hij de koopsom aan andere zaken besteed heeft. Het is voor de koper beter als hij nooit een beroep hoeft te doen op garanties omdat hij zelf al ontdekt heeft wat de minder fraaie kanten zijn van het bedrijf dat hij wil kopen. Het is bovendien verstandig om de koopsom niet in één keer te betalen, maar in tranches. De koper kan dan een deel van de koopsom achterhouden als het nodig is.

Vrijwaringen

Met de garanties hangen de vrijwaringen samen. Bij een vrijwaring gaat het om een vergoeding van schade of

U wilt toch geen poepchampignon zijn?

Tijdens een due diligence-onderzoek moet u er alert op zijn dat u geen slachtoffer wordt van het 'mushroom principle'. De strekking van dit principe? 'Keep them in the dark and feed them shit'. De kopende partij wordt daarbij overstelpt met (veelal nutteloze) informatie, zodat deze door de bomen het bos niet meer ziet en niet meer alert is op risico's in de informatie die hem verschaft is. U kunt

dit voorkomen door gebruik te maken van een lijst met onderwerpen waarover u informatie wilt hebben en verkregen informatie daarop afvinken. Vraag gericht naar kredietregelingen, lopende of dreigende juridische procedures, geschillen met de Belastingdienst en conflicten met (oud-) werknemers, maar doe bijvoorbeeld ook onderzoek naar praktische zaken als het IT-systeem van de over te nemen bv.



kosten waarvan verwacht wordt dat die zullen ontstaan. Als de verkochte bv bijvoorbeeld verwickeld is in een juridische procedure of een boete dreigt te krijgen, kan de verkoper de koper vrijwaren voor de schade die daaruit voortvloeit. De koper van een bv heeft meestal meer aan een vrijwaring dan aan een garantie. In een vrijwaring is concreet geregeld welke schade voor rekening van de verkoper komt. Een garantie is vaak wat algemener en dus is het risico daarbij groter dat discussie ontstaat over de omvang van de garantie. Bovendien is de garantie meestal beperkt tot een bepaalde periode na de verkoop en tot een bepaald maximumbedrag.

Activa/passivatransactie

Een eerste principiële afweging bij een overname is de keuze voor een activa/passivatransactie (het kopen van de spullen) of het kopen van de aandelen. Wie activa koopt, weet waar hij aan toe is. De goederen en overeenkomsten die worden overgenomen staan dan

opgesomd in een bijlage bij de overeenkomst. Dat biedt zekerheid, maar ook beperkingen. U weet op die manier nooit zeker of u alle onderdelen van het bedrijf overneemt. De overeenkomsten die het bedrijf heeft met klanten, gaan bovendien niet automatisch over naar u. U moet dus per klant en leverancier inventariseren wat de overeenkomst is en hoe die kan worden overgenomen.

Aandelen

Wie de aandelen van een bv overneemt, weet zeker dat hij de hele onderneming in handen krijgt. Dat is dus inclusief de nog onbekende lijken in de kast: claims van ontevreden afnemers bijvoorbeeld, of van de Belastingdienst. Ook bij een activatransactie moet u overigens zorgvuldig inventariseren wat u precies koopt. Sommige assets zijn onbewust geen eigendom van de bv, maar van de dga persoonlijk of zelfs nog van diens voorganger. Auteursrechten of kwekersrechten zijn soms onbedoeld in handen van de dga zelf gebleven. Die onderdelen moeten dan met

een aparte overeenkomst worden overgedragen. Vaak wordt een voorziening in de overeenkomst opgenomen waarin staat dat de verkoper dit soort belangrijke onderdelen alsnog moet leveren als blijkt dat deze per ongeluk ontbraken. In beide varianten voor de overname krijgt u het hele personeelsbestand erbij. Het is een misverstand om te denken dat u bij een activa/passivatransactie kunt kiezen welke werknemers u overneemt. Als u de belangrijkste activa van een onderneming overneemt, is sprake van overgang van onderneming. Het voltallige personeel gaat dan automatisch mee over. Wat u wel kunt doen om te snijden in het personeelsbestand is met de verkoper afspreken dat hij op zijn kosten een deel van de werknemers laat afvloeien als voorwaarde voor de overname.

403-verklaring

Voor de verkoper van een bv gelden andere aandachtspunten. Voor een verkoper is het in ieder geval van groot belang om te letten op de intrekking van de 403-verklaring. Het getal 403 verwijst naar het wetsartikel dat het mogelijk maakt een geconsolideerde jaarrekening te publiceren. U mag de jaarrekening van uw werkmaatschappij integreren in die van uw holding. Voorwaarde daarvoor is dat de holding verklaart aansprakelijk te zijn voor alle schulden van de werkmaatschappij die voortvloeien uit een rechtshandeling. Als u de aandelen van de werkmaatschappij verkoopt, eindigt de aansprakelijkheid van uw holding niet vanzelf. Die eindigt pas door een intrekkingverklaring in te dienen bij de KvK. De holding is niet aansprakelijk voor rechtshandelingen van de dochtervennootschap van na die datum. De aansprakelijkheid voor reeds lopende verplichtingen is daarmee nog niet beëindigd. Daar is een aparte procedure voor nodig. Zorg ervoor dat ook de aansprakelijkheid voor die eerdere periode zo goed mogelijk is afgedekt en maak daarover afspraken met de koper.

Bert van Mieghem, advocaat bij Wybenga Advocaten, e-mail: vanmieghem@wybenga-advocaten.nl