

Bedrijfsovername: de juridische kaders

In de huidige sterke economie proberen ondernemers hun goede positie in de markt waarin zij opereren te behouden of zelfs te versterken door gericht bedrijven over te nemen. In dit nummer van Loonzaken staan bedrijfsovernames en de verschillende aspecten die daarbij spelen centraal. Denk bijvoorbeeld aan de gevolgen van een overname voor de loonheffing of de sociale zekerheid. Ook mogen de pensioen- en arbeidsrechtelijke aspecten niet worden vergeten. Al deze zaken vragen om een zorgvuldig onderzoek. Is er sprake van een grensoverschrijdende situatie, dan wordt dit onderzoek een stuk gecompliceerder. In deze eerste bijdrage gaan we in op de belangrijkste ondernemingsrechtelijke aspecten van bedrijfsovername. Tegelijk worden enkele arbeidsrechtelijke zaken meegenomen.

Een bedrijfsovername kan op verschillende juridische wijzen plaatsvinden, zoals door middel van een juridische fusie, een activa-passiva transactie of een aandelentransactie. Zoals hierna ook aan de orde zal komen, is de wijze waarop de bedrijfsovername plaatsvindt ook van belang voor de rechten van het personeel dat betrokken is in de overname.

Juridische varianten bedrijfsovername

In geval de bedrijfsovername plaatsvindt door een juridische fusie, vindt er een juridische samensmelting plaats van twee bedrijven. Hierbij houdt één bedrijf op te bestaan, waarbij het vermogen van het verdwijnende bedrijf onder algemene titel overgaat op het bedrijf dat na de fusie overblijft. De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap worden aandeelhouders van de overblijvende vennootschap. De verdwijnende vennootschap houdt op te bestaan zonder dat er een uitgebreid liquidatie- en vereffeningsproces hoeft te worden doorlopen. Een andere juridische mogelijkheid van bedrijfsovername betreft de activa-passiva transactie. Hierbij blijven de aandelen in het bedrijf en worden alleen bepaalde vermogensbestanddelen en contracten overgedragen aan de koper. Een reden voor het op deze wijze realiseren van de bedrijfsovername is dat er selectief kan worden gekeken welke zaken wel respectievelijk niet mee over zullen gaan naar de koper. Dit kunnen bijvoorbeeld activa zijn zoals voorraden of de inventaris. Daarom is het van groot belang dat zorgvuldig in de overname-overeenkomst wordt beschreven welke activa en passiva in de overname zijn betrokken. Een vaak voorkomend misverstand is dat wordt gedacht dat personeel niet mee over gaat indien de bedrijfsovername wordt gerealiseerd door middel van een activa-passiva transactie. Verderop in deze bijdrage zullen we zien dat het overnemen van bepaalde activa (en passiva) kan leiden tot het oordeel dat sprake is van overgang van onderneming, waardoor ook het personeel mee overgaat naar

de koper.

De aandelentransactie komt nog weer wat vaker voor dan een activa-passiva transactie. In dit geval krijgt de overnemende partij door de overname van de aandelen alles wat toebehoort aan het verkopende bedrijf. Dit ziet onder meer op alle bezittingen, rechten en verplichtingen, maar dus ook het personeel en eventuele schulden. In feite verandert er niets aan de betreffende vennootschap, alleen de eigenaar verandert na de overdracht van de aandelen van de verkoper naar de koper.

Voorbereidende fase

In veel gevallen zal een bedrijfsovername worden gedaan om de marktpositie te verbeteren. De koper en de verkoper zullen daarom veelal in dezelfde markt actief zijn, of op aanpalende terreinen. De verkoper heeft er belang bij dat niet alle vertrouwelijke bedrijfsinformatie op straat komt te liggen, indien er door een aspirant-koper interesse wordt getoond in de vennootschap. Daarom is het gebruikelijk dat er een geheimhoudings-overeenkomst wordt gesloten. Hierin is opgenomen welke informatie zal worden gedeeld door de verkoper aan de aspirant-koper, op welke wijze, hoe zal worden gemonitord wie kennis neemt van de vertrouwelijke stukken en op welke ter beschikking gestelde informatie strikte geheimhouding van toepassing is. Om te voorkomen dat de aspirant-koper te lichtzinnig omgaat met de vertrouwelijke informatie, zullen doorgaans hoge boetes worden afgesproken indien de geheimhoudingsafspraken worden geschonden.

Due diligence

De aspirant-koper doet er verstandig aan om goed onderzoek te doen naar de bedrijfsvoering van de verkoper. Hiertoe zal in veel gevallen een boekenonderzoek (due diligence) plaatsvinden, op basis waarvan de aspirant-koper zicht wil krijgen op bestaande rechten en

verplichtingen, en uiteraard de bedrijfsrisico's. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan mogelijke milieuclaims, lopende of dreigende juridische procedures, en eventuele aansprakelijkheden tegenover derden of personeel. Wat betreft personeel zal in het boekenonderzoek onder meer aandacht zijn voor zieke werknemers, het bestaan van bepalingen die de kernactiviteiten van de werkgever moeten beschermen (zoals een non-concurrentiebeding, of intellectuele eigendomsbepalingen), en de correcte naleving van een – mogelijk verplicht gestelde – cao of bedrijfstakpensioenregeling.

Het is raadzaam om heldere afspraken te maken over welke documenten in de dataroom door de verkoper ter inzage worden gegeven. Vooral voor de aspirant-koper is dit van belang, nu de aspirant-koper het resultaat van het boekenonderzoek graag zal willen gebruiken om een verlaging te krijgen van de koopprijs. Maar ook zal de aspirant-koper helderheid over de beschikbaar gestelde informatie willen hebben, om erop te kunnen wijzen dat de verkoper mogelijk informatie heeft achtergehouden. Immers, indien er eventueel later documenten opduiken die een ongunstig effect hebben op de bedrijfsvoering of de waarde van de vennootschap, dan zal de aspirant-koper graag willen aantonen dat deze informatie niet in het kader van het boekenonderzoek is gedeeld, en verkoper aansprakelijk willen stellen voor opgetreden schade.

Intentieovereenkomst

Voor aanvang van de onderhandelingen over de overname sluiten de verkoper en de aspirant-koper doorgaans een intentieovereenkomst. Hierin staan de kaders beschreven waarover de aspirant-koper en verkoper gaan onderhandelen. Daarnaast kunnen in de intentieovereenkomst afspraken worden gemaakt over de mate van exclusiviteit, en voor welke periode dit exclusieve onderhandelingsrecht voor de koper geldt. Op overtreding van de intentieovereenkomst kan weer een (hoge) boete worden gesteld. In de praktijk blijkt dat de scheidslijn tussen de intentieovereenkomst en de (uiteindelijke) koopovereenkomst niet altijd even duidelijk wordt getrokken. Hierdoor bestaat het risico dat de intentieovereenkomst kan worden aangemerkt als een koopovereenkomst, omdat er over belangrijke zaken (zoals koopprijs en financiering) al afspraken zijn gemaakt. Het is verstandig om ook in de intentieovereenkomst duidelijk te maken tot welk moment de onderhandelingen door één van de partijen kan worden afgebroken, en of er dan voor de desbetreffende partij financiële verplichtingen (boete) tegenover staan.

Garanties

De aspirant-koper heeft er belang bij om in het kader van de overnameovereenkomst zogeheten garanties af te spreken met de verkoper over onderwerpen die voor hem van groot belang zijn. Deze garanties kunnen betrekking hebben op verschillende onderwerpen, waarbij de verkoper garandeert dat bijvoorbeeld bepaalde bedrijfsvergunningen zijn verleend of dat cao- of pensioenverplichtingen op correcte wijze door de verkoper



Advies OR

Een algemeen voorbehoud in de (concept) overnameovereenkomst dat de overname plaatsvindt onder voorbehoud van een positief advies van de ondernemingsraad is doorgaans niet voldoende: de ondernemingsraad zal in geval van fusie en overname vroegtijdig moeten worden betrokken om invloed uit te kunnen oefenen op het besluitvormingsproces. De ondernemingsraad moet om advies worden gevraagd.

zijn nagekomen. Indien een verkoper niet bereid is dergelijke garanties te verstrekken, zal dit bij de aspirant-koper de wenkbrauwen moeten doen fronsen. Om de reikwijdte van de garanties helder te hebben, is het van groot belang dat deze op zorgvuldige wijze worden geformuleerd.

De positie van werknemers

De positie van werknemers in geval van een overgang van onderneming wordt wettelijk geregeld in de artikelen 7:662 e.v. BW. Deze artikelen zijn gebaseerd op de Europese richtlijn 2001/23. Het doel van de regeling is de werknemers bij overgang van onderneming zekerheid te bieden omtrent het behoud van hun baan, arbeidsvoorwaarden en rechten.

Op grond van de wet is sprake van 'overgang van onderneming' indien een *economische eenheid* op basis van een overeenkomst (tussen koper en verkoper) overgaat waarbij de *identiteit* van die economische eenheid *bewaren blijft*.

Economische eenheid

Het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat het ondernemingsbegrip (eenheid die identiteit behoudt) ruim moet worden uitgelegd, zodat al snel sprake zal

Bestel nu! Juridische fusies van kapitaalvennootschappen



Dit fiscaal geschrift besteedt aandacht aan de civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten van juridische fusies. Het accent ligt daarbij op kapitaalvennootschappen. Behandeld worden de wettelijke regeling, de jurisprudentie, de stappen die gezet moeten worden om tot een fusie te komen inclusief post-fusieacties en aandachtspunten op basis van in de praktijk opgedane ervaringen. Naast de nationale fusie komt ook de grensoverschrijdende fusie aan bod.

Bestel direct via sdu.nl/juridischefusies

Sdu

oprecht
de beste
keuze

zijn van een overgang van onderneming. Zo is het niet van belang of het onderdeel dat wordt verkocht zelfstandig deelneemt aan het maatschappelijk verkeer of een kernactiviteit van de gehele onderneming uitoefent. Ook een interne ICT-afdeling, bewakings- of schoonmaakdienst kan een economische eenheid zijn. Het moet gaan om een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Het begrip 'economische eenheid' is ook niet gebonden aan een bepaalde rechtsvorm.

Behouden van identiteit

Wil er sprake zijn van een overgang van onderneming, dan moet de economische eenheid haar identiteit behouden na de overgang. De vraag hierbij is of een 'lopend bedrijf' is overgegaan, wat met name kan blijken doordat de exploitatie daarvan in feite wordt voortgezet of hervat. Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden. Factoren die kunnen illustreren dat de identiteit is overgedragen, zijn bijvoorbeeld:

- dat een aanzienlijk deel van de materiële activa (zoals gebouwen) en roerende goederen (zoals voertuigen) wordt overgedragen;
- dat een aanzienlijk deel van het personeel door de koper wordt overgenomen;
- dat de klantenkring (opdrachten/omzet) wordt overgedragen;
- dat de activiteiten die worden verricht voor en na de overdracht grotendeels met elkaar overeenkomen; en
- de beperkte duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

De weging van bovenstaande factoren hangt af van de aard van de betrokken onderneming. Met andere woorden: met welke factoren is de identiteit van de onderneming het meest verbonden? Bij een onderneming waar de materiële activa (machines, materieel) van groot belang zijn, zoals een openbaarvervoersbedrijf, zal pas sprake zijn van overgang van die onderneming indien de betreffende materiële activa (bijvoorbeeld bussen en treinen) zijn overgedragen. In arbeidsintensieve sectoren zoals de schoonmaakbranche, waar materiële activa geen of een ondergeschikte rol spelen, zal de overdracht van een aanzienlijk deel van het personeel een overgang van onderneming tot gevolg hebben. De paradox bij overgang van onderneming is dat een koper die zich inspent om zoveel mogelijk werknemers van de verkoper mee over te laten gaan, in een arbeidsintensieve sector ook eerder krijgt tegengeworpen dat sprake is van overgang van onderneming. Het gevolg zal dan kunnen zijn dat niet alleen een deel van de werknemers mee over gaan, maar alle personeelsleden die toebehoren aan het bedrijfsonderdeel dat overgaat op de koper.

Welke werknemers gaan mee over?

In het verlengde van het voorgaande rijst de vraag welke werknemers mee over gaan indien sprake is van overgang van onderneming. Indien de gehele onderneming wordt

overgedragen aan een derde is doorgaans helder dat hiermee ook alle personeelsleden overgaan. Dit ligt anders indien slechts een deel van de onderneming, bijvoorbeeld een bepaalde divisie, wordt overgedragen. In dat geval dient bepaald te worden welke werknemers 'behoren' tot het over te dragen onderdeel van de onderneming. Dit zal steeds afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden van het geval en niet altijd eenvoudig zijn om te bepalen. Het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat een arbeidsverhouding in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging waarbij hij voor zijn taak is aangesteld. Hierbij wordt een meer feitelijke benadering toegepast. Is de werknemer werkzaam binnen een bepaald onderdeel van een onderneming (bijvoorbeeld een stafafdeling) die niet wordt overgedragen, maar verricht hij feitelijk ook werkzaamheden voor een ander deel van de onderneming dat wel wordt overgedragen, dan zal deze werknemer doorgaans niet bij de overgang 'betrokken' zijn. Indien het merendeel van de onderdelen waarvoor die werknemer werkzaamheden verricht echter wordt overgedragen, is het op basis van de feitelijke benadering goed verdedigbaar dat de desbetreffende werknemer wel degelijk mee overgaat.

Gevolgen overgang van onderneming

Zodra een onderneming - of een onderdeel daarvan (zoals een vestiging) - overgaat op grond van de regeling inzake overgang van onderneming, gaan alle daaraan verbonden werknemers automatisch over naar de nieuwe ondernemer, met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de (collectieve of individuele) arbeidsovereenkomst. Bovendien mogen werknemers niet wegens de overgang door de verkoper of de koper worden ontslagen.

Een werknemer kan echter niet gedwongen worden om bij de nieuwe ondernemer in dienst te treden. Indien een werknemer kenbaar maakt dat hij niet mee over wil - terwijl hij op grond van de wet wel van rechtswege overgaat - dan eindigt zijn arbeidsovereenkomst met de 'oude' werkgever (verkoper) op het moment van de overgang van onderneming. De werknemer heeft dus niet het recht om bij de 'oude' werkgever in dienst te blijven.

Ten slotte

Er komt heel wat bij kijken om een fusie- of overnametraject in goede banen te leiden. Naast verschillende ondernemingsrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten dient er aandacht te zijn voor een zorgvuldige communicatie naar de betrokkenen, zoals leveranciers en personeelsleden. Op basis van de wet, alsook de algemene beginsel van goed werkgeverschap, dient de werkgever de werknemers die betrokken zijn in een fusie of overname tijdig en zorgvuldig te informeren over onder meer de precieze gevolgen voor hun arbeidsovereenkomst. Een niet goed voorbereid en onzorgvuldig doorlopen fusie- of overnametraject zal de continuïteit van de bedrijfsvoering ernstig in gevaar kunnen brengen. ■

mr. M.A. de Vries, *Pallas Advocaten*,
www.pallasadvocaten.nl

Wet: 7:610, 7:662-666 BW; Richtlijn 2001/23/EG

Jurisprudentie: HvJ EG 18-03-1986, C-24/85 (ECLI:EU:C:1986:127); HvJ EG 11-03-1997, C-13/95 (ECLI:EU:C:1997:141); HvJ EG 2401-2002, C-51/00 (ECLI:EU:C:2002:48)

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl