***JURIDISCHE STAPPEN OM TE KOMEN TOT EEN OVERNAMECONTRACT***

In een situatie van een bedrijfsovername komen de betrokken partijen een aantal onderwerpen/fases tegen die benoemd dienen te worden en die in deze bijdrage nader besproken zullen worden.

Het traject van een overname wordt veelal gekenmerkt doordat partijen bij elkaar komen of worden gebracht (denk aan de positie van *Investment Bankers*) en beginnen te kijken of men over en weer iets voor elkaar kunnen betekenen. Gesteund door de adviseurs wordt het speelveld ingekleurd waarbij de adviseurs de in acht te nemen regels en procedures schetsen en de (financiële en overige) risico’s zoveel mogelijk worden geminimaliseerd.

De basis voor de overname wordt gevormd door een Due Diligence (boekenonderzoek). Voor de koper van belang om een inschatting te kunnen maken van de aan te kopen onderneming. Voor de verkoper soms vervelend, aangezien de informatie die beschikbaar komt een koper wel eens ten dienste kan staan. Sterker, het gerucht wat in de markt kan leven dat een onderneming wordt overgenomen kan soms al schadelijke gevolgen hebben. Daarom komen partijen vaak een vertrouwelijkheidsverklaring overeen (*confidentiality agreement).*  Punt van discussie is dan altijd wat er wel en wat er niet onder vertrouwelijke informatie dient te worden gebracht. Een verkoper beschouwt alle informatie vaak als vertrouwelijk terwijl een koper alleen als vertrouwelijk beschouwd die informatie die niet uit een andere bron (jaarverslagen, dagbladen etc) zou kunnen worden verkregen. In het verlengde speelt de vraag wie van de betrokkenen over de vertrouwelijke informatie mag beschikken. Slotstuk vormt dan altijd de vraag betreffende de sanctionering van de vertrouwelijkheidsverklaring. Aangezien de schade die optreedt bij schending van de vertrouwelijkheidsverklaring vaak moeilijk te bepalen is, verdient het voorkeur een vast bedrag als boetebepaling overeen te komen.

De vraag rijst of partijen een Letter of Intent (hierna: LOI) dienen op te maken. Immers, vaak wordt direct overgegaan tot de onderhandelingen teneinde een koopovereenkomst aan te kunnen gaan. Dit laatste zal in de MKB-praktijk vaak het geval zijn, aangezien het hier vaak gaat om een één op één overeenkomst, waarbij de verkoper 100% aandeelhouder is en aan tafel gaat met 1 koper.

Bij vruchtbare onderhandelingen volgt dan uiteindelijk het overnamecontract. Zo’n contract wordt gekenmerkt door een uitputtende opsomming van allerlei gedefiniëerde begrippen die in het contract zullen worden gebruikt. De overdracht wordt gekenmerkt door de overdracht van activa en passiva (*asset purchase agreement*) dan wel de overdracht van aandelen (*share purchase agreement*).

Nadat de koopsom is bepaald komen vaak bepalingen aan bod die de betaling van de koopsom tot onderwerp hebben. Te denken valt aan een aanpassingsclausule die beoogt de koopsom in overeenstemming te brengen met de waarde van de onderneming op het moment van de overdracht van de onderneming. Mutaties in het Eigen Vermogen die zijn ontstaan in de periode gelegen tussen het tekenen van de overeenkomst en de uiteindelijke overdracht worden zo verrekend, doordat de koper bijbetaald dan wel de verkoper terugbetaald. Ik verwijs naar een van mijn eerdere redactionele bijdragen in dit blad.

Een volgende aspect betreft de betaling van de koopprijs. Normaliter vindt de betaling plaats in contanten, in sommige gevallen middels aandelen en soms middels ruil van goederen. Naast de vraag hoe men betaalt, is een andere vraag *wanneer* men betaald. Normaliter geldt het begrip: “boter bij de vis” oftewel op het moment van de overdracht van de onderneming (in het jargon nog wel eens aangeduid als: *closing*). Wordt niet direct betaald, doch in fases, dan behoeven de volgende punten zeker aandacht; wordt er een rente bedongen, duur van de aflosperiode, welke zekerheden krijgt de verkoper voor de restant koopsom etc.

Een bijzondere vorm van betaling vormt de zogenaamde *earn-out*. In zo’n situatie wordt de koopsom voldaan (geheel of gedeeltelijk) uit de toekomstige resultaten van de onderneming. Deze structuur wordt nogal eens gebruikt door een koper om te bewerkstelligen dat het management betrokken blijft bij de onderneming teneinde zo optimaal te kunnen presteren.

Een vaak voorkomende discussie die zich dan voordoet betreft het “sturen” van de winst. De koper zal willen voorkomen dat de winst die valt in de jaren die voor de earn-out van belang zijn kunstmatig wordt verhoogd (bijv door investeringen uit te stellen, afschrijvingen te beperken dan wel andere creatieve boekhoudtrucs op de winstbepaling los te laten). Het vaststellen/overeenkomen van een methode ter bepaling van de gemiddelde winst over een aantal boekjaren is dan geen overbodige luxe.

Veel overeenkomsten worden gesloten met toepassing van zogenaamde opschortende voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan voordat men kan worden verplicht tot betaling van de overeengekomen koopsom. Gangbare voorwaarden zijn het financieringsvoorbehoud, de uitkomsten van het Due Dilligence-onderzoek, de goedkeuring van vennootschapsorganen (Raad van Commissarissen of aandeelhouders). Veelal worden ook bepalingen opgenomen die handelen over de periode gelegen tussen het sluiten van de overeenkomst en de feitelijke overdracht. Deze bepalingen (*pre-closing covenants)* bepalen dat de verkoper tot het moment van de feitelijke overdracht de onderneming zal blijven leiden met inachtneming van de gangbare en normale bedrijfsstandaarden van zorgvuldigheid en dat bij belangrijke beslissingen de verkoper in overleg zal treden met de koper en dus niets ingrijpends zal doen zonder diens instemming.

Mr Drs W.J.M. Strijk Fb