



Handleiding toepassing Hoofdstuk 2 Wet vifo

“vermogensbestanddelen”

December 2023

www.bureautoetsinginvesteringen.nl

Deze handleiding wordt gegeven ingevolge art 9 van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Stb 2022, 215) (hierna: **Wet vifo**) en geeft enige nadere informatie over het begrip ‘vermogensbestanddelen’.

Deze handleiding kan van tijd tot tijd worden gewijzigd en geactualiseerd door het Bureau Toetsing Investerings (BTI) op basis van veranderende inzichten, ontwikkelingen in de markt of de techniek of als gevolg van gewijzigde wet- of regelgeving. Het BTI is, namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat, verantwoordelijk voor de inhoudelijke beoordeling van verwervingsactiviteiten en de voorbereiding van toetsingsbesluiten in het kader van de Wet vifo.

Dit document heeft als doel verduidelijking te bieden met betrekking tot de reikwijdte van de Wet vifo en bij het verloop van beoordelingsprocedures. In geval van discrepantie of interpretatieproblemen tussen deze handleiding en de geldende regelgeving, prevaleert de toepasselijke wet- en regelgeving. Een zin of zinsdeel in deze handleiding staat niet op zichzelf; deze handleiding dient als een integraal document te worden geïnterpreteerd in samenhang met de Wet vifo.

Inleiding

De Wet vifo is onder andere van toepassing op verwervingsactiviteiten van vermogensbestanddelen.

In verschillende begrippen in de Wet vifo komen deze vermogensbestanddelen terug, o.a.

Artikel 1 ‘investing’: verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, door een of meer personen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk, over een of meer ondernemingen of delen daarvan

Artikel 1 ‘verwerver’: partij of partijen die de vermogensbestanddelen van een doelonderneming willen verwerven, indien deze essentieel zijn voor de doelonderneming om te kunnen functioneren als vitale aanbieder of op het gebied van sensitieve technologie;

Artikel 2 ‘het verwerven van een deel van de vermogensbestanddelen van een doelonderneming, indien deze essentieel zijn voor het kunnen functioneren als vitale aanbieder of beheerder van een bedrijfspand of als onderneming op het gebied van sensitieve technologie’

Deze handleiding gaat nader in op de vraag wanneer de verkrijging of verwerving van één of meer vermogensbestanddelen kwalificeert als verwervingsactiviteit in de zin van art 2 sub e van de Wet vifo.

Verwerving van een vermogensbestanddeel

Verwerving van vermogensbestanddelen van een doelonderneming kan geschieden doordat een bedrijfsonderdeel, personeel, machines en/of intellectueel eigendom wordt verkregen. Een voorbeeld van een overeenkomst daartoe is de koopovereenkomst bij een activa/passiva-transactie, maar kan bijvoorbeeld ook een outsourcingovereenkomst zijn.

Met de termen ‘overgang van vermogensbestanddelen’ in de definitie van ‘verwerver’ in art 1 onderdeel e van de Wet vifo en in art 2 onder e in de bepaling van een ‘verwervingsactiviteit’ wordt deze transactievorm onder de reikwijdte van de Wet vifo gebracht.

Dit geldt alleen voor zover de vermogensbestanddelen die worden verworven ervoor zorgen dat een onderneming als vitale aanbieder of als onderneming op het gebied van sensitieve technologie kan functioneren. Dat wat als doelonderneming wordt aangemerkt beschikt over de vermogensbestanddelen die worden verworven, wat onder e van art 1 en van art 2 van de Wet vifo is uitgedrukt door de woorden ‘van een doelonderneming.’

Verschillende vormen van vermogensbestanddelen

Ter illustratie, en afhankelijk van een analyse per geval, kan een in het kader van de Wet vifo relevant 'deel van de vermogensbestanddelen' bestaan uit een of meer van de hierna niet-limitatief opgesomde activa/bedrijfsmiddelen die tezamen kunnen kwalificeren als onderneming:

- De kennis en kunde
- intellectuele eigendomsrechten en licenties of gebruiksrechten die nodig zijn voor de werking van de betrokken bedrijfs onderdeel;
- Essentieel personeel;
- Bedrijfsgeheimen of gebruiksrechten die nodig zijn voor de werking van de betrokken bedrijfs onderdeel;
- Een portefeuille leverancierscontracten;
- Materieel, machines, apparatuur, voorraden, grondstoffen, voertuigen en inventaris gebruikt bij de exploitatie van een bedrijfs onderdeel;
- Een portefeuille klantcontracten.

Indien het vermogensbestanddeel essentieel is voor de verrichting van een activiteit op het gebied van sensitieve technologie kan dat – afhankelijk van de uniciteit van het vermogensbestanddeel – in een bijzonder geval al voldoende zijn om zelfstandig te kwalificeren als doelonderneming in de zin van de Wet vifo. Het in eigendom hebben van intellectuele eigendomsrechten is niet doorslaggevend; ook op basis van licenties of kennis in het publieke domein kan men actief zijn op sensitieve technologie.

Het (kunnen) bestaan als onderneming

De Wet vifo beoogt te voorkomen dat de nationale veiligheid risico's loopt door de verwerving van bepaalde ondernemingen. Voor toepasselijkheid van de Wet vifo is vereist dat, voorafgaand aan de verwerving, er een deel van een bestaande onderneming bestaat dat als een afzonderlijke onderneming kan worden voortgezet. De mogelijkheden tot afzonderlijke voortzetting zullen afhangen van de omstandigheden van het betreffende geval, met name wat betreft de mate van onderlinge verbondenheid en afhankelijkheid tussen het deel en de rest van de bedrijfsactiviteiten van de vervreemdende partij.

Relevante factoren

Onder andere de volgende factoren en een samenstel ervan kunnen bij deze bepaling van belang zijn:

- Indien het te verwerven bedrijfs onderdeel reeds zelfstandig rapporteert, is dat een sterke indicatie dat de vermogensbestanddelen kwalificeren als doelonderneming in de zin van de Wet vifo.
- Indien het te verwerven bedrijfs onderdeel zelfstandig klanten heeft of producten of diensten levert onafhankelijk van de rest van de onderneming is dat ook een sterke indicatie dat er gesproken moet worden van een doelonderneming.
- Indien het te verwerven bedrijfs onderdeel werknemers heeft die vooral werkzaam zijn bij dat onderdeel, is ook dat een sterke indicatie.
- Worden de bewerkingen van het onderdeel uitgevoerd onder een afzonderlijke licentie, octrooi of vergelijkbaar recht? Zo ja, dan kan het onderdeel kwalificeren als doelonderneming in de zin van de Wet vifo.
- Wordt het onderdeel uitgevoerd in een apart pand of zijn de fysieke activa van het onderdeel gescheiden van de andere bedrijfsactiviteiten van de vervreemdende partij, dan is ook dat een sterke aanwijzing dat er gesproken moet worden van een doelonderneming in de zin van de Wet vifo.
- Indien er kennis en kunde wordt verkregen waarmee de verwerver in staat raakt om zijn eigen productie op het gebied van sensitieve technologie tot stand te brengen of die door te ontwikkelen, is al snel sprake van een verwervingsactiviteit in de zin van de Wet vifo.
- Indien als onderdeel van de verworven vermogensbestanddelen een concessie voor een bepaald grondgebied wordt overgedragen of verleend waarmee de verwerver in staat is om inkomsten te genereren, zal er al snel een verwervingsactiviteit zijn in de zin van de Wet vifo.

Verwerving van deel van een onderneming

Wanneer een scheidbaar onderdeel van een bedrijf is geïdentificeerd, moet vervolgens worden bepaald of de verwerver zodanig veel activa van het identificeerbare onderdeel verwerft dat daarmee een onderneming gedreven kan worden.

In staat om inkomsten te genereren

Een onderneming in de zin van de Wet vifo moet economische activiteiten ontplooiën met een commercieel oogmerk, onafhankelijk van de gerealiseerde winst. Het moet al dan niet op termijn inkomsten kunnen genereren of in een huidige positie verkeren om goederen te produceren of diensten te leveren die inkomsten kunnen opleveren. Intellectuele eigendomsrechten moeten exploitabel zijn.

Als een onderneming of onderneming wordt uitgeoefend met een liefdadigheidsdoel of een ander doel zonder winstoogmerk, wordt het niet als een onderneming beschouwd.

Het maken van winst moet een (uiteindelijk) doel van de onderneming zijn; zelfs als het wordt uitgevoerd met verlies met het oog op toekomstige winst, wordt het wèl als een onderneming beschouwd.

Vermogensbestanddelen in gemeenschap

Het kan ook zo zijn dat de vermogensbestanddelen die overeenkomstig het voorgaande kwalificeren als doelonderneming in de zin van de Wet vifo, worden gehouden in een gemeenschap en dat de verwerving plaatsvindt door dat obligatoire rechten in die gemeenschap in de vorm van participaties in de gemeenschap worden verhandeld. Ook dan kan er sprake zijn van verwerving van vermogensbestanddelen die kwalificeert als verwervingsactiviteit in de zin van de Wet vifo.