

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

Kristiaan Caluwaerts, Advocaat Antwerpen - Brussel



1

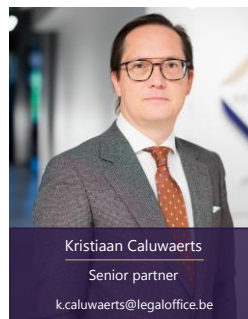
Caluwaerts Uytterhoeven Advocaten

Potvlietlaan 6, 2600 Berchem (Antwerpen) | 03 448 49 92 | info@legaloffice.be | www.legaloffice.be

Ons kantoor telt een interdisciplinair team van **38 meertalige advocaten**, met doorgedreven expertise in verschillende vakdomeinen.

Wij staan klaar om u te adviseren, maar ook om uw rechten en belangen te verdedigen in onze vakdomeinen. **Know-how, ervaring, transparantie** en een **multidisciplinaire aanpak** in de behandeling van uw dossiers staan daarbij centraal.

"Let's get things clear" is ons motto. Wij leiden u doorheen complexe juridische vragen bij de opmaak van contracten, zorgen voor een professionele begeleiding van conflicten en adviseren u in alles wat u onderneemt in diverse economische sectoren.



caluwaerts
uytterhoeven

advocaten - avocats - lawyers



2

1

Inhoudstafel

1. Algemeen
2. Stap 1. Definiëring van het voorwerp van de overname
3. Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname
4. Stap 3. Klassiek verloop van het overnameproces
5. Stap 4. Overnameovereenkomst
6. W&I-verzekering
7. Besluit

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims



3

1

Algemeen

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims



4

Algemeen

- Vermijden van post-acquisitieclaims: overlopen van het klassieke overnameproces en bijhorende struikelblokken in post-acquisitiefase
- Voornamelijk focus op
 - (a) het belang van de overnameovereenkomsten in geval van een share deal en het inschakelen van een W&I-verzekeraar als aanvullende bescherming
 - (b) de vennootschapsrechtelijke aspecten van het overnameproces (niet: fiscaal, financieel)

2

Het overnameproces

Stap 1. Definiëring van het voorwerp van de overname

Stap 1. Definiëring van het voorwerp van de overname

- Aandelen vs Assets
- Carve-out & Cherry Picking
- Focus op Share deal

3

Het overnameproces

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

- Wie is de verkoper ?
 - Natuurlijk persoon vs. rechtspersoon – bevoegd orgaan (Raad van bestuur? Dagelijks bestuur? Algemene vergadering?)
 - Dagelijks bestuur: dagelijks leven van de vennootschap, minder belang, spoedeisendheid (BV: art. 5:79 WvV, NV: art. 7:121WvV)
 - Geschiedenis van het aandelenbezit controleren – aandelenregister
 - Is eigendom regelmatig / is verkoper bevoegd ? – nietigheid o.g.v. 1599 (oud) BW “verkoop van andermans zaak”
- Zijn er naast aandelen nog andere effecten?
 - Converteerbare obligaties
 - Contractuele Opties op aandelen

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

- Alle aandelen (full share deal) of een deel ?
 - Gedeelde controle
 - 50/50 = de facto huwelijk en gevaar voor deadlock
 - Meervoudig stemrecht in NV en BV – percentage aandelen ≠ percentage stemrechten
 - Categorieën van aandelen
 - Belang van wettelijke en statutaire drempels, o.a.:
 - Minderheidsvordering: min. 10 % in BV en CV, min. 1 % in NV
 - Uitsluitingsprocedure: min. 30%
 - Statutenwijziging: min. 75%
 - Wijziging voorwerp en doel: min. 80%
 - ...

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

- Status van over te dragen aandelen

- Eigendomstitel

- Heeft verkoper volle eigendom ?
- Onverdeeldheden ?
- Opsplitsing vruchtgebruik – naakte eigendom ? (gevolgen voor rechten verbonden aan aandeel, schorsing stemrechten etc.)
- Pandrechten

- Aansprakelijkheid verbonden aan aandeel ?

- Volstorting; oprichtersaansprakelijkheid, contractuele uitbreidingen – verzekeren dat overdrager hoofdelijk gehouden blijft

11

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

Voorbeeldcasus - volstorting

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen 9 februari 2023, onuitgegeven

- Dagvaarding

1. Uit de oprichtingsakte van [naam] dd. [datum] blijkt dat [naam] destijds 50 van de 100 aandelen bezat. De resterende aandelen kwamen toe aan [naam].
2. Bovendien blijkt uit de oprichtingsakte dd. 29 januari 2019 dat het kapitaal 18.600,00 EUR bedraagt, waarvan destijds slechts 6.200,00 EUR volstort werd. De aandelen werden bijgevolg niet volstort voor een bedrag van 12.400,00 EUR.
3. Uit de akte van 27 april 2020 blijkt dat alle aandelen worden overgedragen de heer [naam].
4. In geval van overdracht van een niet volgestort aandeel, zijn de overdrager en de overnemer, niettegenstaande andersluidende bepaling, tegenover de vennootschap en tegenover derden hoofdelijk gehouden tot volstorting (artikel 5:66 van het Wetboek van Vennootschappen)
5. Wegens het feit dat [naam] en [naam] en [naam] hieromtrent niets zijn overeengekomen, zijn voormelde partijen hoofdelijk gehouden tot volstorting van het kapitaal.

12

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

Voorbeeldcasus - volstorting

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen 9 februari 2023, onuitgegeven

- Vonnis

Overwegende dat de vordering strekt tot het volstorten van het kapitaal ten belope van 12.400,00 euro, vermeerderd met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de dagvaarding tot de dag van algehele betaling en tot betaling van de kosten van het geding.

De vordering komt gepast voor:

Veroordeelt eerste en derde verweerder hoofdelijk en solidair, de ene bij gebreke aan de andere tot het betalen van een bedrag aan de curator van 6.200,00 euro, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten, aan de wettelijke rentevoet, vanaf de dagvaarding tot de dag der algeheel betaling

Veroordeelt tweede en derde verweerdere hoofdelijk en solidair, de ene bij gebreke aan de andere tot het betalen van een bedrag aan de curator van 6.200,00 euro, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten, aan de wettelijke rentevoet, vanaf de dagvaarding tot de dag der algeheel betaling

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

- Positie van overige aandeelhouders

- Belang van statuten en aandeelhoudersovereenkomsten
- Voorkeurrechten
- Voorkooprechten
- Volgrechten en volgplichten
- Stembepkeringen
- Overdraagbaarheidsbepkeringen

- Verplichte toetreding tot aandeelhoudersovereenkomst ?!

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

- Gebreken aan aandelen – geen vrijwaring op assets van vennootschap zelf
 - Bv: niet kunnen uitoefenen stemrechten of dividendrechten
 - Bv: niet volstort
 - Contractueel afdekken in verklaringen en waarborgen
- Change of ownership clauses (leveranciers/kredietcontracten)

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

Voorbeeldcasus – change of ownership

- Kh. Brussel 20 december 2013, onuitgegeven (1/2)

Op 28 juni 2013, hebben [] en [] een akkoord bereikt waarbij [] alle aandelen van [] 77 gehouden door [] heeft aangekocht.

Verweersters (de banken) hebben naar aanleiding van deze transactie, op 2 juli 2013 aan eerste, derde, vierde, vijfde en zesde eisers een brief gezonden waarin zij de onmiddellijke terug[] een bedrag van EUR 21.088.400,03 (te verhogen met interesten) eisten tegen 5 juli 2013 op grond van artikel 7.2(a) van de kredietovereenkomst, dat bepaalt dat de volledige terugbetaling van leningen verplicht zal zijn in geval dat [] aandeelhouderschap onder de grens van 55% zou vallen.

Alle bij verweersters aangehouden rekeningen van de [] n van de groep werden geblokkeerd. Op grond van artikel 22 van de kredietovereenkomst en van artikel 5(c) van de garantieovereenkomst, die aan de verweersters het recht geven om alle bedragen die hen voor de vennootschappen van de [] verschuldigd zijn, te compenseren met de tegoeden op de bankrekeningen.

Stap 2. Definiëring van de structuur van de overname

Voorbeeldcasus – change of ownership

- Kh. Brussel 20 december 2013, onuitgegeven (2/2)

Op dezelfde dag is [naam] overgegaan tot dagvaarding van verweersters om te verschijnen voor de Rechtbank van koophandel te Brussel zetelend in kort geding.

In haar beschikking van 13 september 2013 oordeelde de kortgedingrechter dat de vordering van [naam] ontvankelijk en gegrond was.

De kortgedingrechter legde de volgende voorlopige maatregelen op:

De verdere samenwerking tussen de partijen tot en met 30 oktober 2013 onder dezelfde voorwaarden als de eerste stilstandovereenkomst op 11/12 juli 2013 gesloten en het addendum aan de stilstandovereenkomst van 2 augustus 2013;
De deblokking van de rekeningen van de [naam] met verbod aan Gedaagden nog over te gaan tot nieuwe uitvoerende maatregelen of om op een andere manier in te grijpen in het normaal functioneren van [naam] tot 15 december 2013 onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 EUR per inbreuk en per dag dat de inbreuk zou blijven voortduren;

4

Het overnameproces

Stap 3. Klassiek verloop van het overnameproces

Pro memorie: belang van contractuele bescherming

- In geval van share deal is het voorwerp van de verkoop de aandelen, en niet het onderliggende vermogen van de vennootschap, terwijl de problemen meestal betrekking hebben op het tweede aspect
- Gemeen recht biedt slechts een beperkte bescherming
 - Constitutieve bestanddelen van een verkoop (voorwerp, geoorloofde oorzaak, bekwaamheid, toestemming)
 - Informatieplichten en -rechten (artikel 1382 oud BW, zie verder, “precontractuele fase”)
 - Wilsgebreken: dwaling, bedrog

Precontractuele fase

- Nu wettelijk verankerd in artikel 5.17 NBW
- Precontractuele onderhandelingen: precontractuele informatieplichten
 - Art. 5.16 NBW:
“De partijen verstrekken elkaar tijdens de precontractuele onderhandelingen de informatie die de wet, de goede trouw en de gebruiken, in het licht van de hoedanigheid van de partijen, hun redelijke verwachtingen en het voorwerp van het contract, hen opleggen te geven.”
 - ≠ algemene informatieplicht → partijen zijn niet verplicht om elkaar alle informatie te geven die ze zelf hebben (MvT Boek 5, p. 25)
 - sancties in het NBW bij het niet-naleven van de informatieplicht:
 - precontractuele aansprakelijkheid (art. 5.17, eerste en derde lid NBW j° art. 1382-1383 oud BW)
 - nietigverklaring op grond van wilsgebrek (art. 5.17 j° 5.33 NBW) → voor zover de informatie doorslaggevend is

Precontractuele fase

- Afhankelijk van de fase waarin deze precontractuele onderhandelingen zich bevinden: precontractuele aansprakelijkheid
 - Partijen zijn vrij precontractuele onderhandelingen aan te vatten, te voeren en af te breken → precontractuele onderhandelingen ≠ bindend (art. 5.15, eerste lid NBW)
 - Partijen moeten wel handelen cf. de eisen van de goede trouw (art. 5.15, tweede lid NBW)

Precontractuele fase

- Principe = partijen kunnen tijdens precontractuele onderhandelingen jegens elkaar buitencontractuele aansprakelijkheid oplopen (art. 5.17, eerste lid NBW)
 - 2 situaties specifiek geregeld: foutief afbreken van onderhandelingen (art. 5.17, tweede lid NBW) + schending van informatieplicht (art. 5.17, derde lid NBW)
 - Buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 1382-1383 oud BW), eventueel ook contractueel (schending NDA) of wilsgebreken bij schending informatieplicht (zie eerder)

Precontractuele fase

- Hof van Beroep Antwerpen 4 maart 2020, TRV 2020, 780 (met noot S. Kinget):

“Er blijkt nergens uit dat appellante zich niet heeft gedragen als een normaal voorzichtige en redelijke partij c.q. onderhandelaar. Een partij die onderhandelingen voert over de overname van aandelen is gerechtigd om zich weinig constructief op te stellen met het risico dat de onderhandelingen afbreken maar zonder dat dit noodzakelijkerwijze impliceert dat deze houding foutief is. Een onderhandelaar vermag immers de onderhandelingsstrategie te volgen die hem het meest geschikt lijkt. Dit behoort nu eenmaal tot de vrijheid om al dan niet te contracteren.”

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (1/6)

Vanaf juni 2019 werd er zeer uitvoerig over en weer gemailld over een overeenkomst in het kader waarvan het onroerend goed in bezit zou kunnen komen van de kandidaat-koper.

Daarbij werden twee mogelijkheden van overdracht bekeken, namelijk enerzijds de verkoop van het onroerend goed en anderzijds de overdracht van aandelen van de vennootschap die eigenaar was van het onroerend goed. Dat laatste benoemen partijen in het e-mailverkeer als een ‘share-deal’.

*kandidaat koper maakte gebruik van vertegenwoordiger en naamgeving

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (2/6)

meent dat partijen het op 10 juni 2019 eens waren over de meest essentiële elementen zodat er toen een verkoopovereenkomst tot stand kwam.

Zo schreef (in de persoon van , haar bestuurder):

'Ik heb een voorlopig akkoord :) op basis van:

- *dat de nodige cash binnen enkele dagen beschikbaar is hetgeen ons toelaat kosten te besparen enerzijds, en anderzijds direct te schakelen op zakelijk vlak;*
- *nagaan of er kan bespaard worden op kosten (aankoop, btw..) in benefit van beide partijen;*
- *de mogelijke oplossing om de lening van BNP te kunnen laten doorlopen en de fondsen te gebruiken;*
- *het vooruitzicht dat het gebouw een goede bestemming en eigenaar vindt en er spoedig met werken zal worden aangevat.*

Het ziet er dus goed uit, zij het met heel veel huiswerk oa ivm onderzoek van een share-deal. '

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (3/6)

Daaraan voegde diezelfde op 17 juni 2019 toe:

'Beste

Kan je mij deze morgen een draft van compromis doorsturen ivm verkoop. ; cfr ook mail van op 09/06 zodat wij straks kunnen tekenen op basis van een asset deal – verkoop van het gebouw. Wij hadden dat oorspronkelijk op verleden vrijdag reeds voorzien hetgeen evenwel overruled werd door gesprekken mbt een mogelijke share deal. In dat verband werden off-line nog voorstellen uitgewisseld, maar de standpunten liggen te ver uit elkaar om tot een share-deal overeenkomst te komen. Ik stel het dan ook op prijs dat alle verstrekte gegevens confidentieel en 100% binnenskamers blijven.'

Kort erna verloor t volledig het vertrouwen in

Zij had immers vernomen dat contact had opgenomen met de schuldeisers van met de bedoeling een betere deal uit de wacht te slepen. iad in het kader van de onderhandelingen over een overdracht van aandelen, inzage gekregen in financiële gegevens van Dat die had misbruikt was van aard om de onderhandelingen af te blazen. Op dat ogenblik was er volgens nog geen volledig akkoord zodat niet kan worden gesteld dat er een verkoop tot stand kwam.

Op 18 juni 2019 zette de puntjes op de i voor wat betreft de voorwaarden die wat haar betreft nog moesten worden vervuld om te komen tot een volledig akkoord. Die voorwaarden, die voornamelijk te maken hadden met lopende financieringen, werden volgens t nooit vervuld.

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (4/6)

Pas voor het eerst op 24 juni 2019 vernam [] dat [] de kandidaat-koper was. Ontving toen een ontwerp van verkoopovereenkomst dat werd opgesteld op vraag van [].

Die info werd dan weer teruggedraaid toen op 10 juli 2019 de makelaar schreef dat [] in [] zich hadden aangekondigd als vertegenwoordigers van de firma [].

Voor [] is het belangrijk dat in die e-mail ook is vermeld (onderlijning door de rechtbank): *'Deze laatste [] worden mogelijks binnenkort eigenaar van het pand.'*

In de daaropvolgende weken begon [] zich voor te bereiden op de effectieve verwerving van het onroerend goed. Zij legde contacten met de toekomstige huurder, [] en begon aan de voorbereiding van de nog uit te voeren renovatiewerken.

Uiteindelijk ging [] in zee met een andere koper. De onderhandse koopovereenkomst werd ondertekend op 8 augustus 2019 en de ondertekening van de authentieke akte werd gepland op 21 augustus 2019.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

27



27

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (5/6)

In ondergeschikte orde roept [] in dat partijen al zeer ver waren gevorderd in hun onderhandelingen. Daarbij was de indruk gewekt dat deze zouden leiden tot een contract. In die omstandigheden de onderhandelingen plots en zonder motief afbreken is een buitencontractuele fout die schade veroorzaakt. En die schade moet [] vergoeden.

Net zoals [] is de rechtbank van oordeel dat partijen in een weinig bindend kader waren aan het onderhandelen over een eventuele verkoop van het onroerend goed. Het is opvallend dat daar waar [] op 17 juni 2019 al overtuigd was dat de verkoop rond was, uit latere stukken net het tegenovergestelde blijkt.

Op 18 juni 2019 nog maakte [] een lijstje op van een heleboel andere voorwaarden die nog moesten worden vervuld. Dat al deze voorwaarden uiteindelijk wel vervuld zijn geraakt bij de verkoop aan een derde, is niet relevant.

Maar zelfs als de voorwaarden reeds waren vervuld op 18 juni 2019 zelf, geeft da [] niet het recht om te eisen dat [] enkel nog met [] zou onderhandelen. [] heeft al evenmin het recht om te vragen dat die onderhandelingen dan noodzakelijk zouden leiden tot een afdwingbare verkoop.

Indien [] een bepaalde zekerheid of verhoogd engagement wenste van [], had zij daarover uitdrukkelijk afspraken moeten maken. Zij heeft daartoe wel een poging gedaan, maar dan veel te laat, namelijk door de notaris van [] een wederzijdse koop-verkoopbelofte te laten opstellen.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

28



28

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, 27 oktober 2020, onuitgegeven (6/6)

Uit het gegeven dat die nooit ondertekend geraakte had de juiste conclusie moeten trekken, namelijk dat het ging om vrijblijvende onderhandelingen. Dat is duidelijk niet gebeurd: ging er volledig ten onrechte van uit dat de overeenkomst rond was. Dat zij in die omstandigheden ervoor koos om kosten te maken (offertes laten opstellen e.d.) en initiatieven te nemen (onderhandelingen met en met schuldeisers van), kan enkel op rekening van haar eigen voortvarendheid worden bijgeschreven.

Er is geen sprake van enig foutief handelen van .

Ook de vordering in ondergeschikte orde is dus ongegrond.

Precontractuele fase

- Vergoedbare schade in geval van foutief afbreken van onderhandelingen (art. 5.17, tweede lid NBW):

“Bij foutief afbreken van onderhandelingen houdt deze aansprakelijkheid in dat de benadeelde persoon teruggeplaatst wordt in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien er niet zou zijn onderhandeld. Wanneer het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat het contract zonder enige twijfel gesloten zou worden, kan deze aansprakelijkheid het herstel van het verlies van de verwachte netto-voordelen uit het niet gesloten contract inhouden.”

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (1/6)

zegt voor recht dat verwerende partijen op hoofdeis een culpa in contrahendo begingen door de verdere onderhandelingen/uitvoering ingevolge de intentieovereenkomst tot overname van aandelen van 7 augustus 2019 onverwacht te hebben afgebroken zonder geldig motief; veroordeelt dienvolgens verwerende partijen op hoofdeis om aan aanleggende partijen op hoofdeis voorlopig een bedrag te betalen van € 1,00 provisioneel in afwachting van de definitieve begroting van de door aanleggende partijen op hoofdeis geleden schade; heropent vervolgens, en vooraleer verder recht te doen, de debatten enkel en alleen teneinde partijen toe te laten verder te besluiten over de omvang van de door aanleggende partijen op hoofdeis (beweerd) geleden schade..”

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (2/6)

Aanleggende partijen op hoofdeis argumenteren in dat verband in essentie:

(a)

Aanleggende partijen op hoofdeis stellen in eerste orde dat zij recht hebben op de volledige vergoeding van de door hen geleden schade en dat 'schade' kan omschreven worden "als het verschil tussen de patrimoniale situatie van aanleggende partijen op hoofdeis ingevolge de onrechtmatige daad en die waarin zij zich zouden bevonden hebben indien de onregelmatige daad niet zou zijn gepleegd".

(b)

Aanleggende partijen verwijzen naar het feit dat in de intentieovereenkomst een bedrag werd overeengekomen van € 290.000 en dat dit de schade is die zij lijden ingevolge de houding van verwerende partijen op hoofdeis, gezien dit het bedrag zou zijn dat verwerende partijen op hoofdeis zouden hebben ontvangen indien de overeenkomst was uitgevoerd.

(c)

In ondergeschikte orde, en indien de rechtbank van oordeel zou zijn dat de overeengekomen prijs niet de geleden schade uitmaakt, zijn aanleggende partijen op hoofdeis van oordeel dat hun schade in billijkheid (ex aequo et bono) kan begroot worden op € 145.000,00 gelet op volgende elementen:

- dat ze voorzien hadden dat de aandelen per eind september 2019 zouden worden overgedragen en dat ze de werkzaamheden van de vennootschap hierop hadden afgestemd;
- dat de overnameprijs bepaald werd in functie van alle bekende elementen;
- dat verwerende partijen op hoofdeis de werkzaamheden vanaf 23/9/2019 volledig zouden overnemen en aanleggende partijen op hoofdeis hun werkzaamheden vanaf dan zouden afbouwen;
- dat ze aldus niet meer de materiële mogelijkheid hebben/hadden om de opdrachten van de vennootschap na de voorziene datum van 23/9/2019 uit te voeren.

(d)

Voor zover de rechtbank van oordeel zou zijn dat de overeengekomen prijs niet als de schade kan worden aanzien, en evenmin een bedrag ex aequo et bono kan worden toegekend, dient de schade, aldus aanleggende partijen op hoofdeis, begroot te worden op basis van een deskundigenonderzoek. In dat geval vorderen aanleggende partijen op hoofdeis een provisie van € 50.000,00.

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (3/6)

Verwerende partijen op hoofdeis argumenteren in dat verband in essentie:

(a)

Volgens verwerende partijen op hoofdeis kan de initieel voorziene prijs niet gelijkgesteld worden aan de beweerdelijk geleden schade.

In de eerste plaats beweren verwerende partijen op hoofdeis (in tegenstelling tot het vonnis van 1/4/2020) dat er wel degelijk afspraken werden gemaakt tussen partijen over het normaal verder uitbaten van de firm: , art.2 intentieovereenkomst). Ze herhalen dat ze in het kader van een due diligence onderzoek moesten vaststellen dat onder meer de activiteiten niet in het kader van een normale bedrijfsvoering werden verdergezet en er sprake was van flagrante inbreuken op de fiscale en sociale wetgeving.

Verwerende partijen op hoofdeis voegen eraan toe dat de patrimoniale situatie van aanleggende partijen op hoofdeis niet veranderd is, nu verwerende partijen op hoofdeis beslisten om de onderhandelingen niet verder te zetten en de aandelen niet over te nemen, zodat aanleggende partijen op hoofdeis de aandelen nog in eigendom hielden/houden. Verwerende partijen op hoofdeis voegen eraan toe dat de situatie van aanleggende partijen op hoofdeis zelfs nog verbeterd is nu ze een bestuurdersvergoeding zijn blijven ontvangen.

(b)

Volgens verwerende partijen op hoofdeis kan er geen sprake zijn van de begroting van de schade ex aequo et bono omdat op aanleggende partijen de verplichting rust om zo nauwkeurig mogelijk te staven met de nodige bewijsstukken. De loutere beweringen van een partij in een eigen zaak kunnen geen bewijs uitmaken, aldus verder verwerende partijen op hoofdeis.

Verwerende partijen op hoofdeis voegen eraan toe dat aanleggende partijen op hoofdeis verplicht zijn alle redelijke maatregelen te nemen om hun schade te beperken. Concreet betekent dit, aldus verwerende partijen op hoofdeis, dat aanleggende partijen op hoofdeis de activiteiten van de vennootschap zoals een goede huisvader hadden moeten voortzetten, zelfs indien verwerende partijen op hoofdeis niet meer de intentie hadden om de aandelen over te nemen. Verwerende partijen op hoofdeis voegen er verder aan toe dat, voor zover aanleggende partijen effectief in de materiële onmogelijkheid zouden geweest zijn om de opdrachten van de vennootschap verder uit te voeren na 23/9/2019, zij in ieder geval de plicht hadden om zich alsnog zo te organiseren dat de activiteiten van de vennootschap verdergezet zouden worden zoals deze voordien op consistente wijze werden gevoerd.

(c)

Voor wat betreft de vraag tot aanstelling van een gerechtsdeskundige verwijzen verwerende partijen op hoofdeis naar het vonnis van 1 april 2020 waarin reeds werd geoordeeld dat de aanstelling van een gerechtsdeskundige niet dienstig is in voorliggende situatie (zie hoger punt 2.1).

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

33



33

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (4/6)

Uit deze gegevens dient in de eerste plaats afgeleid dat de periode tussen het afsluiten van de intentieovereenkomst en het beëindigen van de onderhandelingen slechts ongeveer vijf weken duurde.

Er mag van uitgegaan worden dat aanleggende partijen op hoofdeis de handelszaak tot 7/8/2019 op een normale manier hadden uitgebaat (om een zo hoog mogelijke prijs te bekomen), wat ook reeds in het tussenvonnis van 1 april 2020 werd bevestigd, waar gemotiveerd werd: *“Uit het hoger aangehaalde feitelijk relaas kan worden afgeleid dat er geen bewijs voorligt dat de konsoortie IS te kwader trouw geweest zijn...”*

Er mag aangenomen worden dat aanleggende partijen op hoofdeis dit (een normale verdere uitbating), voor zover ze te goeder trouw handelden, ook bleven doen in de periode van 7/8/2019 (ondertekening intentieovereenkomst) tot 16/9/2019 (stopzetten onderhandelingen).

De rechtbank verwijst in dit verband ook naar artikel 3 van de intentieovereenkomst, waarin volgende cumulatieve voorwaarden werden voorzien: het bekomen van een bankfinanciering, het voeren van een due diligence onderzoek en het bereiken van een definitief akkoord.

In artikel twee van de overeenkomst werd in principe een overnameprijs van € 290.000 afgesproken, bedrag dat kon gecorrigeerd worden indien het eigen vermogen van de vennootschap minder zou bedragen dan € 360.000.

In artikel drie werden een aantal cumulatieve voorwaarden opgesomd:

- het bekomen van een bankfinanciering voor € 217.000;
- het uitvoeren van een due diligence onderzoek ter controle van de neergelegde jaarrekening per 31/12/2018 en de interne balans en de resultaten van de vennootschap per 14/8/2019;
- het bereiken van een definitief akkoord tussen de partijen over inhoud en draagwijdte van een definitieve overname-overeenkomst van de aandelen.

Het was bijgevolg (in de periode van 7/8/2019 tot 16/9/2019) ook niet zeker dat een definitieve overeenkomst zou volgen, zodat aanleggende partijen op hoofdeis er alle belang bij hadden de handelsactiviteit op een normale manier verder te blijven uitbaten.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

34



34

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (5/6)

(b)

Ook na het afbreken van de onderhandelingen (16/9/2019) was het aan aanleggende partijen, en ook in hun uitsluitend belang, om de commerciële activiteiten van de vennootschap verder te blijven uitbaten op een normale manier om de mogelijkheid te behouden de aandelen aan dezelfde, dan wel een hogere prijs, te kunnen overdragen aan een derde. Uit de hoger geciteerde verklaringen van de raadsman van aanleggende partijen op hoofdeis op de zitting van 11 maart 2020 blijkt dat aanleggende partijen de commerciële uitbating niet meer op een normale manier zijn blijven doen na 16/9/2019.

Van een benadeelde mag verwacht worden dat die alle redelijke maatregelen neemt om zijn schade te beperken, net zoals een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, dat zou doen. Het gaat dan, wanneer dat niet gebeurt, om een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 BW. (J. RONSE e.a., *Schade en schadeloosstelling*, I, *APR, STORY – SCIENTIA*, 1984, p. 325, nr.464; D. SIMOENS, *Buitencontractuele Aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloosstelling*, E. STORY SCIENTIA, 1999, p.86; VAN OEVELEN A., JOCQUE G., PERSYN C. en DE TEMMERMAN B, *T.P.R. 2007*, Overzicht van rechtspraak: Onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling, 1993 – 2006, 933 e.v., 968, nr.11 en de verwijzingen aldaar; Th. VANSWEEFELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia 2009, p.674-675, nr. 1066).

Aanleggende partijen hebben zich hier duidelijk niet aan gehouden.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

35



35

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, 24 juni 2020, onuitgegeven (6/6)

(c)

Verder valt het op dat door aanleggende partijen op hoofdeis geen cijfergegevens worden voorgelegd, geen gegevens over eventuele dubieuze vorderingen, geen gegevens over gerealiseerde invorderingen, geen gegevens over cont(r)acten, orderboekje.... Ze beperken zich tot het uiten van niet bewezen of gestaafde beweringen.

(d)

De rechtbank besluit uit dit alles dat de bewering van aanleggende partijen op hoofdeis als zou hun schade bestaan uit de in de intentieovereenkomst overeengekomen prijs, ondanks het feit dat aanleggende partijen op hoofdeis hun aandelen bleven behouden, niet kan worden gevolgd. Er worden geen, laat staan voldoende bewijskrachtige, elementen/argumenten voorgelegd om aan te nemen dat aanleggende partijen op hoofdeis de gevorderde schade of andere schade zouden hebben geleden.

Voor wat de gevraagde schadebegroting in billijkheid betreft komt de rechtbank tot dezelfde vaststelling dat de (beweerde) schade niet bewezen wordt noch waarschijnlijk gemaakt.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

36



36

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen (hoger beroep)

- Hof van Beroep Antwerpen 23 september 2021, onuitgegeven (1/3)

3.

De eerste rechter heeft de vordering in schadevergoeding uiteindelijk in het eindvonnis afgewezen bij gebrek aan bewijs van enige schade.

De eerste rechter nam hierbij mee in aanmerking het gegeven dat appellanten na het afbreken van de onderhandelingen de commerciële uitbating niet meer op een normale manier zijn blijven doen, waardoor zij zelf niet alle redelijke maatregelen hebben genomen om hun schade te beperken.

Terecht werd vastgesteld dat de schade alleszins niet kon bestaan, zoals appellanten beweerden, uit de in de intentieovereenkomst overeengekomen prijs, nu appellanten ook hun aandelen bleven behouden. Het niet tot stand komen van de overeenkomst heeft geen aangetoonde waardevermindering van hun vermogen tot gevolg gehad.

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen (hoger beroep)

- Hof van Beroep Antwerpen 23 september 2021, onuitgegeven (2/3)

Een concrete schade in oorzakelijk verband met de vastgestelde fout wordt thans ook niet aangetoond.

Wel voeren appellanten in hoger beroep aan dat zij door het onrechtmatig stoppen van de onderhandelingen minstens de kans verloren op het bekomen van een bedrag van 290.000 EUR voor hun aandelen.

Zij kunnen gevolgd worden in hun redenering dat door de fout in hoofde van geïntimeerden zij een kans verloren om op basis van de intentieovereenkomst een contract tot overdracht van aandelen af te sluiten.

Of zij hiervoor een bedrag van 290.000 EUR zouden hebben verkregen is mogelijk, maar gelet op de beweerde vaststellingen die tot het einde van de onderhandelingen hebben geleid, zou een verdere onderhandeling waarschijnlijk hebben geleid tot een prijsaanpassing.

De kans dat partijen uiteindelijk tot een overeenkomst tot overdracht van aandelen zouden zijn gekomen, is gelet op de beweringen van zwartwerk en de neergelegde strafklacht, bijzonder klein.

Precontractuele fase

Voorbeeldcasus – schade in geval van foutief afbreken onderhandelingen (hoger beroep)

- Hof van Beroep Antwerpen 23 september 2021, onuitgegeven (3/3)

Bovendien zou in het geval van het succesvol afsluiten van de onderhandelingen er een eigendomsoverdracht hebben plaatsgevonden van de aandelen in ruil voor de onderhandelde prijs. De vermogenstoestand van appellanten zou hierdoor niet wezenlijk zijn veranderd.

Niet aangetoond is dat het beweerde waardeverlies van de aandelen schade is in oorzakelijk verband met de weerhouden fout. Zij voeren aan dat de vermogenstoestand van de vennootschap na het afbreken van de onderhandelingen is gedaald, maar bewijzen niet dat deze waardedaling in oorzakelijk verband hiermee staat. Zij hebben zelf aangegeven de commerciële uitbating te hebben stopgezet, hetgeen onmiskenbaar de financiële situatie van de vennootschap heeft beïnvloed.

Derhalve tonen appellanten niet aan dat aan het verlies van een kans op het afsluiten van een overeenkomst tot overdracht van aandelen een economische waarde verbonden is.

5.

Voor het overige bewijzen appellanten ook geen andere concrete schade die zij door de fout van geïntimeerde zouden hebben geleden.

Bij gebrek aan bewijs van enige schade is ook een begroting ervan ex aequo et bono niet aan de orde en is de aanstelling van een deskundige niet dienstig.

Precontractuele fase

- “Afdekken” van precontractuele fase in latere overeenkomst d.m.v. een “entire agreement clause” (vierhoekenbeding):

Bv. “Deze Overeenkomst vervangt alle vroegere overeenkomsten, communicaties, briefwisseling, biedingen (mondeling of schriftelijk) of waarborgen die uitgewisseld of afgesloten werden tussen de Partijen met betrekking tot de elementen die het voorwerp uitmaken van deze Overeenkomst.”

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

- Belangrijk wanneer commercieel belangrijke en gevoelige informatie wordt vrijgegeven (cliënteel, software, pre-octrooi informatie)
- Welke informatie als “vertrouwelijk” bestempelen? Duidelijk definiëren.
- Beperking van gebruik, verspreiding en openbaarmaking
- Uitzonderingen: (a) ontvanger heeft reeds kennis van die informatie, (b) die informatie was reeds publiek bekend; of (c) die informatie is te goeder trouw verkregen van een derde

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

- Sanctie:
 - Schadevergoeding – maar bewijs schade > contractueel (forfaitair) schadebeding
 - Belangenafweging: wat is belang van de informatie en wat is de prijs (schade) van eventuele schending
 - Kan leiden tot zeer moeilijke procedures bij (vermeende) schendingen
- Specifieke wetgeving inzake bedrijfsgeheimen (Boek XI, Titel 8/1 WER)

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA

- Kh Leuven 31 oktober 2017, onuitgegeven(1/5)

Vrij vertaald luidt artikel 9 als volgt in het Nederlands:

“De Ontvangende Partij verbindt zich ertoe voor een periode van vierentwintig (24) maanden na ondertekening van deze Overeenkomst dat noch zij, noch enige entiteit door haar gecontroleerd, direct of indirect, enige directeur, manager, werknemer of andere persoon in dienst van het Doel (in een arbeidsverhouding dan wel in enige andere dienstverhouding), zal trachten aan te werven of in dienst zal nemen of op enige andere wijze zal aantrekken of trachten aan te trekken weg van het Doel (met inbegrip van haar groepsmaatschappijen). Desalniettemin zal het bovenstaande niet verhinderen dat de Ontvangende Partij een werknemer van het Doel zal tewerkstellen die op zijn/haar eigen initiatief reageert op een bona fide niet-gerichte jobadvertentie, gepubliceerd door middel van gebruikelijke aanwervingsmedia.

In geval van schending van artikel 9 van deze Overeenkomst, zal de Ontvangende Partij - in plaats van de vergoeding bepaald in artikel 8 van deze Overeenkomst - een schadevergoeding dienen te betalen aan het Doel ten bedrage van achttien (18) maanden loon van elke persoon met betrekking tot wie de Overeenkomst werd geschonden (het begrip “loon” verwijst naar het laatste gewone bruto maandloon van deze persoon).”

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

43



43

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA

- Kh Leuven 31 oktober 2017, onuitgegeven (2/5)

5. Volgens eiseres heeft verweerster artikel 9 van de NDA geschonden door het in dienst nemen van [redacted], zijnde een vroegere werknemer van [redacted]. Eiseres stelt dat [redacted] niet heeft gesolliciteerd op basis van een bona fide vacature in de gebruikelijke media van jobadvertenties”.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

44



44

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA

- Kh Leuven 31 oktober 2017, onuitgegeven (3/5)

3.1. Er zijn een aantal feiten waarover geen discussie bestaat en die door beide partijen erkend worden:

- De werknemer was een Deense werknemer van de Deense vennootschap Deense werknemer, het zogenaamde “Target” (vrij vertaald: “Doel”) in artikel 9 NDA; hij werkte er als verkoper-consulent sedert 1 februari 2010;
- vanaf 1 augustus 2015 werkt De werknemer niet meer voor Deense werknemer (“the Target”) maar voor verweerster; hij is er vertegenwoordiger (verkoper) van meubilair voor het onderwijs;
- verweerster heeft van 10 maart tot 7 april 2015 een jobadvertentie gepubliceerd op het internet (op de website www.jobindex.dk) voor de functie van “key accountmanager-conceptverkoop-algemene inrichting”; in de advertentie werd geschreven dat gezocht werd naar “twee key accountmanagers Oost-West om klantrelaties te creëren en bestaande klantrelaties te ontwikkelen” (vrij vertaald);
- verweerster heeft op 28 april 2015 een jobadvertentie gepubliceerd op het internet (op de website www.jobindex.dk) voor de functie van “gestructureerde en commercieel georiënteerde verantwoordelijke logistiek (vrij vertaald)”.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

45



45

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA

- Kh Leuven 31 oktober 2017, onuitgegeven (4/5)

Volgens de overeenkomst mocht verweerster een werknemer van Deense werknemer tewerkstellen wanneer die werknemer reageerde op een bona fide niet gerichte jobadvertentie. (“Desalniettemin zal het bovenstaande niet verhinderen dat de Ontvangende Partij een werknemer van het Doel zal tewerkstellen die op zijn/haar eigen initiatief reageert op een bona fide niet gerichte jobadvertentie, gepubliceerd door middel van gebruikelijke aanwervingsmedia.”) A fortiori mocht verweerster ook een werknemer aanwerven die spontaan, volledig op eigen initiatief en los van een advertentie, bij verweerster had gesolliciteerd. De bedoeling van het niet-afwervingsbeding was het vermijden dat verweerster vertrouwelijke informatie zou gebruiken om personeel van een concurrent af te werven. Het niet-afwervingsbeding had niet tot doel de vrijheid van de werknemers te beperken.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

46



46

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA

- Kh Leuven 31 oktober 2017, onuitgegeven (5/5)

3.5. Eiseres die aanspraak maakt op een conventionele schadevergoeding slaagt er niet in om aan te tonen dat de aanwerving van werknemers door de gedaagde in feitelijke omstandigheden die eiseres recht geven op een schadevergoeding. De bewijslast ligt bij eiseres, ook met betrekking tot de negatieve omschrijving van het toepassingsgebied van het niet-afweringsbeding. (zie art. 1315 BW; zie ter vergelijking ook Glenn Herman in Th. Vansweevelt & B. Weyts (eds.), Handboek verzekeringsrecht, Intersentia 2016, pag. 508, nr 814, waarin Herman stelt dat het toekomt aan de verzekerde om te bewijzen dat een schadegeval niet valt onder hetgeen niet gedekt is)

Geheimhoudingsovereenkomst (“Non Disclosure Agreement” – “NDA”)

Voorbeeldcasus – schending NDA (hoger beroep)

- Hof van Beroep Brussel 5 november 2021, onuitgegeven

Samengevat blijkt niet dat er een verband zou bestaan tussen de eventuele verkoop van energie en de aanwerving van werknemers door de gedaagde, anderzijds.

Het verbod op afwerving dat in de geheimhoudingsovereenkomsten overeenkwamen liet de gedaagde toe een werknemer van de eiseres aan te werven wanneer die solliciteerde door te reageren op een jobadvertentie of wanneer die volledig spontaan solliciteerde.

De bedoeling van het verbod op afwerving was om te voorkomen dat de eiseres vertrouwelijke informatie zou gebruiken om personeel af te werven, of personeel zou afwerven om vertrouwelijke informatie te verkrijgen. Het afweringsverbod had niet tot doel om de vrijheid van de werknemers te beperken.

De eiseres heeft niet aangetoond dat voldaan is aan de voorwaarden om recht te hebben op schadevergoeding.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

- Vaak na een eerste beperkte due diligence
- Inhoud: geldigheidsperiode, verwijzing naar geheimhoudingsplicht, exclusiviteitsbeding, timing, prijs(bepaling), niet-concurrentie/niet-afweringsbeding, opschortende voorwaarden etc.
- Niet altijd genoeg aandacht – vaak pas juridische begeleiding na ondertekening van de LOI hetgeen vaak tot moeilijkheden leidt bij de eigenlijke contractvorming

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

- Bindend vs. Niet-bindend !
 - Belang van bewoordingen (maar altijd een zorgvuldigheidsverplichting)
 - Opletten met vermelding van alle contractvoorwaarden (prijs en voorwerp)
 - Benaming van overeenkomst niet doorslaggevend voor kwalificatie
 - NBO
 - TermSheet
 - Head of Terms
 - BAFO
 - ...

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- BAFO (1/9)

Best And Final Offer to Purchase

The Contract

Asset purchase without other conditions than (i) the conditions mentioned in the Offer to Purchase and (ii) the usual contractual clauses in an asset purchase transaction

The Total Sales Price

Total price. 100 € which can be split as follows :

50 € for the sale of the Bare Ownership (Tréfonds) (all costs and registration rights related to the Deed are for the account of the Prospective Buyer)

50 €, for the transfer of the Emphyteotique Lease (all costs and registration rights related to the Deed are for the account of the Prospective Buyer)

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- BAFO (2/9)

Private purchase agreement

A private purchase agreement could be signed within 4 weeks after acceptance of the Offer to Purchase by the Owner

Deed

The deed regarding the Contract must be signed at the latest 4 months after signature of the private purchase agreement

The Owner (seller) assumes to pay any additional costs and or penalties related to the registration duties to the disadvantage of the Prospective Buyer in the event that the total Sales Price would be fully taxable at the standard rate of 12,5 %.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Standpunt verkoper (3/9)

Onze veronderstelling was aldus dat een vrijwaring zou worden gegeven voor eventuele naheffingen op de destijds betaalde registratierechten, die het gevolg zouden zijn van het opdoeken van de onroerende leasing-structuur, i.e. een vrijwaring naar het verleden toe. De BAFO bepaalt immers nog: "all costs and registration rights related to the Deed are for the account for the Prospective Buyer".

Huidige verkoop is een asset deal, waarbij het mooi is meegenomen dat jullie door de in het verleden opgezette constructie gesplitst kunnen aankopen aan 12,5% en 2%. Sinds het begin van de onderhandelingen is echter nooit gebleken noch kenbaar gemaakt dat deze constructie voor jullie een essentieel element was om tot aankoop over te gaan. Door akkoord te gaan met de door jullie raadsman opgestelde side letter, zou onze cliënt worden blootgesteld aan een bijkomende exposure van 465.0000 EUR, zijnde maar liefst 8% van de prijs.

Wij hebben van onze fiscale adviseurs begrepen dat het risico op herkwalificatie van de in huidige transactie te betalen registratierechten beperkt is, doch menen dat dit een risico is dat ingecalculeerd moet worden door de kopende partij.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Standpunt koper (4/9)

Het is algemeen bekend dat erfpachtstructuren vanuit fiscaal oogpunt delicate materie zijn. Om die reden heeft uw cliënt destijds een voorafgaande beslissing gevraagd. Op vandaag worden hierover geen beslissingen meer afgeleverd.

Zoals duidelijk gecommuniceerd in het verleden, is het inderdaad correct dat het opdoeken van de onroerende leasestructuur verband houdt met het opnemen van de vrijwaringsclausule in de BAFO.

Echter, uw cliënt heeft op geen enkel moment laten uitschijnen dat de toegevoegde clausule louter verband hield met het verleden; dat is uw interpretatie.

Door het opdoeken van de onroerende leasestructuur ontstaat er een nieuwe structuur waarbij tréfoncier en erfpachthouder op heden verbonden ondernemingen zijn van elkaar.

Eén van de voorwaarden bij vroegere “split sale constructies” omvat de niet verbondenheid tussen partijen. Dit is ook opgenomen in de afgeleverde rulling ten aanzien van uw cliënt. Ik verwijs hiervoor naar pagina 5 en 6, randnummers 31 t.e.m. 33. Men kan dus moeilijk opwerpen dat uw cliënt hierover onvoldoende op de hoogte was.

Het detecteren van dit risico is er gekomen n.a.v. een uitgebreide due diligence, dewelke op het moment van de LOI nog niet of minstens onvoldoende afgerond was. Hetgeen gebruikelijk is bij dergelijke grote deals en o.i. niet kan beschouwd worden als laattijdig.

Bovendien was er tussen de notarissen van beide partijen als alternatieve mogelijkheid gesuggereerd om de aankoop door rechtstreeks via te laten verlopen. Dit alternatief zou risicoloos geweest zijn voor uw cliënt. Hetgeen volgens onze informatie, behoudens vergissing, uiteindelijk niet weerhouden werd omdat uw cliënt er voordeel bij heeft om het anders te structureren. Gelet op het feit dat uw cliënt de rechten van eerst wou overnemen alvorens te verkopen aan uw cliënt, lijkt o.i. logisch dat de daaraan gekoppelde fiscale risico's ook door uw cliënt gedragen worden.

We betreuren dat bovenstaande nu wordt opgeworpen als zijnde onvoldoende duidelijk en niet hetgeen uw cliënt voor ogen had.

Uw cliënt is nog steeds geïnteresseerd en bereid om verder te gaan met de koop aan de voorwaarden zoals opgenomen in de BAFO waarbij uw cliënt niet kan instaan voor het risico. De vereiste haalbaarheid van het toekomstig vastgoedproject wordt niet langer gehaald. Om die reden is de BAFO goedgekeurd door het investeringscomité van uw cliënt op voorwaarde van het bekomen van de vrijwaringsclausule.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Standpunt koper na nieuwe gesprekronde (5/9)

Op basis van de beschikbare documenten, de bevindingen van het due diligence onderzoek en onderlinge informatie-uitwisseling is er een aanvaarde BAFO tot stand gekomen tussen enerzijds [redacted] en anderzijds [redacted] (houder van de residuele rechten) en [redacted] (in haar hoedanigheid van toekomstige erfpachthouder) met als voorwerp de verkoop van de rechten op het onroerend goed gelegen te [redacted].

Gelet op de onderlinge verbondenheid tussen [redacted] en [redacted] en de strikte bepalingen in de door uw cliënten bekomen ruling, leidt dit tot een risico. Om die reden omvat de BAFO een duidelijke clausele dewelke voorziet in een vrijwaring ten voordele van [redacted] in geval van eventuele navordering en heffingen van registratiebelasting (incl. boetes en intrest). Hetgeen een essentiële voorwaarde was bij de interne goedkeuring van het project door het Investeringscomité van [redacted]. We verwijzen hiervoor naar onze mail dd. 6 oktober 2022.

We begrijpen dat hierover in hoofde van uw cliënten een misinterpretatie is ontstaan.

Hoewel de clausele, ongeacht de onderliggende reden, duidelijk is opgesteld en er mag vanuit gegaan worden dat het onderliggend risico voldoende gekend diende te zijn, zeker gelet op de ruling die werd bekomen, en bijgevolg de aanvaarde BAFO een bindend en geldig document is, zijn we bereid constructief mee te denken naar mogelijke alternatieven.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Standpunt koper na nieuwe gesprekronde (6/9)

Onder voorbehoud van de verdere goedkeuring van het Investeringscomité, kunnen we eventueel overwegen om de huidige ondertekende BAFO integraal (i.e. alle daarin opgenomen prijsbepalingen en bijhorende clauseles exclusief de bovenvermelde vrijwaringsclausele) af te sluiten met [redacted] (huidige erfpachthouder), mits voorafgaandelijk schriftelijk akkoord van [redacted], en zonder verdere tussenkomst van [redacted].

Met dien verstande dat :

- [redacted] / geen intenties heeft om de onderhavige onroerende leasing verder te zetten en dit tot uiting te moeten brengen in haar boekhouding
- de leasingsovereenkomst tussen [redacted] en [redacted] bijgevolg verbroken wordt alvorens of gelijktijdig met de overdracht van de erfpachtrechten en in dat kader een schadevergoeding betaald wordt door [redacted] aan [redacted]
- de prijs nooit hoger kan zijn dan de overeengekomen prijs in de BAFO (m.u.v. de earn out bepaling)
- de volgende clauseles uit de BAFO enkel gelden t.a.v. [redacted] en niet [redacted]
- Earn out [redacted]
- Sanering [redacted]
- Niet verlenging huurperiode [redacted] / tussenkomst in de eventuele schadevergoeding te betalen aan [redacted]
- [redacted] / gevrijwaard wordt voor eventuele fiscale gevolgen voor het verleden ingevolge de erfpacht - en leaseconstructie.

Het hoeft geen betoog dat wij reeds aanzienlijke inspanningen hebben geleverd en kosten hebben gemaakt met het oog op de beoogde transactie, op grond van de aanvaarde BAFO en ons aldus in een finale fase van de ver gevorderde onderhandelingen bevinden en dienen hieromtrent dus ieder voorbehoud te formuleren.

Zolang er geen alternatief in gezamenlijk akkoord wordt uitgewerkt kan dit schrijven op geen enkel ogenblik worden beschouwd als een afstand van de bepalingen van de reeds aanvaarde BAFO.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Standpunt verkoper na nieuwe gesprekronde (7/9)

zoals in het constructieve gesprek aangegeven gaan wij mee op zoek naar een wijze waarop meer comfort verwerft voor een eventueel door haar aangegeven risico op een naheffing.

ik dien evenwel te corrigeren dat hieromtrent in onze hoofde misinterpretatie zou zijn ontstaan. ik heb duidelijk gemeld in onze call dat ik de indruk heb dat er tussen partijen misinterpretatie is ontstaan over de bewuste clausule in de BAFO.

het is duidelijk dat door de opmaak van een side letter u zelf hebt aangegeven dat u verdere verduidelijking wenste, aangezien dit blijkbaar niet kon worden opgenomen in de officiële compromis, en dat er dus eerder bijkomende voorwaarden worden bedongen, die voorheen niet waren opgenomen.

wij hebben duidelijk steeds aangegeven voor het verleden te willen laten instaan door , doch de vraag die stelt is dat vrijwaring zou moeten worden verleend voor de taxatie verbonden aan de huidige asset deal, wat ingaat tegen het algemene principe dat de koper instaat voor de betaling van de kosten verbonden aan de transactie.

de termijnen tussen partijen om tot een bindende en sluitende compromis te komen, zijn inmiddels ook overschreden, en in dat verband is duidelijk dat enkel correctheidshalve bereid is na te gaan of er een wijze van verwerving kan worden uitgewerkt, die meer comfort biedt in de verwerving en de beperking van de taxatie voor de huidige aankoop.

opnieuw herhaal ik dat wij constructief willen verder werken op de interesse die i heeft betoond in deze asset, doch ik ben gehouden uiteraard officieel te antwoorden op uw mail.

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Verdere gesprekken (8/9)

- Partijen komen mondeling nieuwe structuur overeen
- Koper stopt plots alle verdere communicatie en ontwijkt vragen om telefonisch overleg
- Tot ...

Intentieverklaring (“Letter of Intent” – “LOI”)

Voorbeeldcasus – verbintenissen uit BAFO

- Afbreken onderhandelingen (9/9)

Het BAFO bevatte een aantal essentiële voorwaarden, waaronder een fiscale vrijwaringsclausule, waarmtrent na veel wederzijds overleg uiteindelijk geen akkoord kon worden bereikt.

Wij hebben u steeds duidelijk en consistent gewezen op het belang van deze voorwaarde(n) om tot een overeenkomst te komen maar deze vrijwaringsclausule is een openstaand discussiepunt gebleven waarover uiteindelijk geen akkoord kon worden bereikt.

Derhalve wensen wij u te bevestigen dat [] niet verder geïnteresseerd is in de beoogde transactie, en de onderhandelingen niet verder wenst te zetten.

Due diligence

- Geen wettelijke definitie of basis, geen wettelijke verplichting
- Wel: zorgvuldigheidsplicht – koper wordt geacht zich te informeren
 - Zorgvuldigheidsplicht van koper vs. informatieverplichting van verkoper = communicerende vaten (zie eerder, precontractuele fase)
- Risico op onderschatting:
 - Inspanning samenstelling door overdrager
 - Inspanning analyse door overnemer
 - Hoe beter de voorbereiding, hoe makkelijker werken
 - Grondigheid vaak afhankelijk van de timing

Due diligence

Inhoudelijke aandachtspunten - due diligence checklist:

1. Financiële en fiscale due diligence (accountants, revisoren, fiscalisten)
 - Boekhoudkundige en financiële gegevens
 - Fiscale aangelegenheden
 - Kredietovereenkomsten: change of control-clausule
2. Operationele due diligence: managementanalyse (koper zelf of specifieke consultants)

Due diligence

Inhoudelijke aandachtspunten - due diligence checklist:

3. Juridische due diligence
 - Vennootschapsrechtelijke aangelegenheden (corporate housekeeping, eigendomsrechten etc.)
 - Activa en onroerend goed
 - Overeenkomsten
 - Intellectuele eigendom en IT
 - Sociaalrechtelijke aangelegenheden
 - Administratiefrechtelijke aangelegenheden (milieu, stedenbouw, vergunningen, toelatingen)
 - Verzekering
 - Mededinging
 - Databescherming
 - Geschillen en juridische kwesties
 - ...

Due diligence

Uitvoering

- Samenstelling experts (koper, accountant, revisor, fiscalist, jurist, consultant...)
- Virtual dataroom
 - Diverse modaliteiten mogelijk m.b.t. inzage, uploaden, downloaden, printen...
 - VDR rapport (inhoudstafel, gebruiksanalyse, hard copy)
- Rapportering
 - Full report
 - Red flags report
 - Bewijs bij latere claims
 - ...

Due diligence

Uitvoering

- Aanwending rapportering in verklaringen en waarborgen
 - Dataroom disclosure: wat door koper is geweten en gekend, wordt door verkoper niet (meer) gewaarborgd
 - Blijven na onderzoek nog bepaalde vragen of onduidelijkheden op > afdekken in bijzondere verklaringen en waarborgen
- Bewaren van de vergaarde informatie
 - Belangrijk / aanbevolen
 - Door partijen of door gerechtsdeurwaarder

5

Het overnameproces

Stap 4. Overnameovereenkomst

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims



65

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

- Belangrijkste bestanddelen:
 1. Voorwerp en prijs
 2. Opschortende voorwaarden
 3. Verklaringen en waarborgen
 4. Concurrentie- en afwervingsverbod
 5. Randbepalingen

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

66



66

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorwerp en prijs

- Voorwerp: zie eerder
- Waardering (locked box, closing accounts, EBITDA multiple...)
 - Specificatie van prijsberekening in SPA > bewijs van schade in geval van latere schending verklaringen en waarborgen

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijs

- Kh. Antwerpen 18 december 2014, onuitgegeven

4. De rechtbank benadrukt verder dat partijen de prijs van het aandelenpakket hebben vastgesteld op € 750.000,00, zonder dat daarbij gebruik werd gemaakt van enige formule die afhankelijk was van factoren vermeld in de jaarrekening of balans.

De kopers hadden — zo blijkt uit artikel 6 van de koop-verkoopovereenkomst en dit wordt thans geenszins betwist — kennis van alle mogelijke en noodzakelijke elementen om de situatie van het oogenblik van de aandelenoverdracht te beoordelen. Uit deze elementen konden zij ook opmaken welke keuzes waren gemaakt op het gebied van de afschrijvingen van gebouwen die in leasing waren gegeven.

Zij hebben de gevolgen ervan, zo blijkt, verkeerd ingeschat.

Ofwel hebben zij dus geen deskundig advies ingewonnen vóór het sluiten van de koop, ofwel hebben zij dit wel gehad en werd hen niet gewezen op dit punt, dat zij kennelijk als essentieel ervaren.

Zij kunnen hun besparingen op deskundig advies, dan wel de mogelijke aansprakelijkheid van hun adviseurs in geval van aangetoonde beroepsfout, echter niet externaliseren op de verkopers.

De vordering faalt ook om die reden.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – Locked Box

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde 14 juli 2022, onuitgegeven (1/3)

Artikel 4. LOCKED-BOX

4.1 Toegelaten en Verboden Uitkeringen

De Verkopers verklaren en waarborgen dat gedurende de periode, vanaf de Locked Box Datum tot en met Closing Datum – en met uitzondering van de Toegelaten Uitkeringen – er geen Verboden Uitkeringen hebben plaatsgevonden.

Toegelaten Uitkeringen

: betekent de beslissing tot dividenduitkering van 750.000,00 EUR netto genomen bij beslissing van de gewone algemene vergadering van aandeelhouders van d.d. 15 december 2019, de managementvergoedingen en huurgelden betaald aan de bewegingen op de diverse R/C van de Vennootschappen en de verkoop van activa door de Vennootschappen aan de Verkopers in uitvoering van deze Overeenkomst;

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorwerp en prijs

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde 14 juli 2022, onuitgegeven (2/3)

Verboden Uitkeringen

: betekent (met uitzondering van de Toegelaten Uitkeringen):

- (a) ieder dividend, tantième of andere uitkering van winsten of reserves die wordt goedgekeurd, vastgesteld of betaald door (een van) de Vennootschappen aan een Verkoper of een met de Verkopers Gerelateerde Partij;
- (b) elke vergoeding, betaling of overdracht, in geld of van activa, door (een van) de Vennootschappen rechtstreeks of onrechtstreeks aan of ten voordele van een Verkoper of een met de Verkopers Gerelateerde Partij;
- (c) iedere inkoop van eigen aandelen, en iedere vermindering, aflossing of terugbetaling van maatschappelijk kapitaal, uitgiftepremie of andere eigen vermogensposten door (een van) de Vennootschappen aan een Verkoper of een met de Verkopers Gerelateerde Partij;
- (d) elke verzaking door (een van) de Vennootschappen aan een betaling aan haar verschuldigd, rechtstreeks of onrechtstreeks, door een Verkoper of een met de Verkopers Gerelateerde Partij; en/of
- (e) elke aanvaarding of overname van enige schuld, kost of verbintenis door (een van) de Vennootschappen ten voordele van een Verkoper of een met de Verkopers Gerelateerde Partij.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – Locked Box

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde 14 juli 2022, onuitgegeven (3/3)

Geen inbreuken op het locked box principe – geen verboden uitkeringen

22. Conform artikel 4.1 van de SPA hebben eisers er zich toe verbonden om tijdens de Locked Box Periode (Locked Box Datum: 30.06.2019-21.01.2020) geen Verboden Uitkeringen te doen, enkel de Toegelaten Uitkeringen.

De Toegelaten Uitkeringen worden gedefinieerd als volgt:

De beslissing tot dividenduitkering van 750.000 € netto conform de beslissing van de gewone algemene vergadering van dd. 15.12.2019, de management vergoedingen en huurgelden betaald aan de bewegingen op de diverse R/C van de Vennootschappen en de verkoop van activa door de Vennootschappen aan de Verkopers (eisers) in uitvoering van de SPA.

23. De uitkeringen waarnaar verweerders verwijzen worden ook hier niet onderbouwd met stukken en ressorteren onder de Toegelaten Uitkeringen namelijk uitgaven geboekt op R/C en huurgelden aan

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorwerp en prijs

- Prijs
 - Vaste prijs
 - Variabele prijs: bv. earn-out
 - Nuttig bij discrepantie tussen geboden en gevraagde prijs
 - Voordelen:
 - Lagere prijs / eenvoudigere financiering
 - Uiteindelijke prijs is afhankelijk van realisatie van KPI's
 - Eventuele sleutelrol ervaring verkoper
 - Oppassen voor solvabiliteit wederpartij
 - Voorwaarden goed uitwerken
 - Compensatie schade ten gevolge van verklaringen en waarborgen
 - Mechanisme betwisting

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijsaanpassing

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde, 14 juli 2022, onuitgegeven (1/5)

3.3.1 De Prijs in Speciën werd vastgesteld op basis van de veronderstelling dat binnen de Peildatum voldoende overeenkomsten zullen zijn afgesloten met of verbintenissen bestaan van opdrachtgevers, waaronder de Peildatum werk kan garanderen aan 95% van de FTE's LOI, gedurende een periode van twee (2) jaar en voor de werknemers van de actuele loons- en arbeidsvoorwaarden behouden blijven gedurende de periode vanaf Datum van Eigendomsoverdracht en de Peildatum (de **Tussentijdse Periode**). Behoudens in geval van een dringende reden, zullen de Kopers in de Tussentijdse Periode – in geval van een individueel dan wel collectief ontslag van werknemers van de Vennootschappen – vooraf overleg plegen met de Verkopers.

3.3.2 De Prijs in Speciën kan bijgevolg worden aangepast in min (de **Prijsaanpassing**) in de mate op de Peildatum het percentage van 95% zoals bepaald in Artikel 3.3.1 niet wordt behaald, in welk geval de Prijs in Speciën zal worden verminderd met het resultaat van de volgende formule, met een maximum van vier miljoen vijfhonderd duizend euro (4.500.000,00 EUR):

$$\frac{[95\% \text{ FTE's LOI} - \text{FTE's op Peildatum}] * 4.500.000,00 \text{ EUR}}{100}$$

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

73



73

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijsaanpassing

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde, 14 juli 2022, onuitgegeven (2/5)

2. Partijen kwamen dus overeen dat de prijs zou verminderd worden indien op 15.12.2020 bleek dat er minder werk zou zijn in de 2 jaren na de peildatum (dus de periode tot 15.12.2020).

Partijen kwamen overeen om de hoeveelheid werk te berekenen op basis van het aantal overeenkomsten die zouden zijn afgesloten met of verbintenissen die zouden bestaan van opdrachtgevers, die werk garanderen aan 95% van de FTE's op het ogenblik van de ondertekening van de LOI.

Op 18.07.2019 waren er 251 FTE's aan het werk dus gaat het om een hoeveelheid werk nodig voor 238 FTE's (95% van 251).

Of deze FTE's dan ook effectief door de voorafgaand en of tot 15.12.2022 worden tewerkgesteld is geen voorwaarde die door de partijen in de SPA werd opgenomen.

De FTE's werden door de partijen enkel gebruikt als parameter om de hoeveelheid werk te omschrijven of te bepalen.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

74



74

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijsaanpassing

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde, 14 juli 2022, onuitgegeven (3/5)

Werk wordt door de partijen ingevuld als het werk dat wordt aangeleverd door overeenkomsten die zijn afgesloten of verbintenissen die werden aangegaan door opdrachtgevers waaronder

De definitie van werk is niet beperkt tot schriftelijke overeenkomsten maar omvat alle overeenkomsten die met opdrachtgevers werden aangegaan op de peildatum.

De definitie omvat ook verbintenissen die door deze opdrachtgevers werden aangegaan op de peildatum.

3. Op 09.12.2020 verwees de verweerders naar een telefonisch onderhoud met de opdrachtgever en vroeg in een mail of de opdrachtgever haar akkoord wilde bevestigen tegen ten laatste 16.12.2020 om de bestaande overeenkomsten te verlengen onder dezelfde voorwaarden van het bestaande contract (zie stuk 14 van eisers)

Dit is een aanbod van verlenging van het bestaande contract.

Een aanbod verbindt de aanbieder en houdt voor hem een verbintenis gebaseerd op zijn éézijdige wilsuiting. (zie S. STIJNS, Leerboek Verbintenissenrecht I, Brugge, Die Keure, 2015, p. 128 nr. 161)

Bijgevolg bestond er op het ogenblik van de peildatum een verbintenis van opdrachtgever die een voldoende hoeveelheid werk garandeerde.

Het feit dat verweerders tot eind december gewacht hebben om dit aanbod te aanvaarden, doet hieraan geen afbreuk.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

75



75

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijsaanpassing

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde, 14 juli 2022, onuitgegeven (4/5)

4. Vervolgens stellen verweerders dat deze verlenging van het bestaande contract slechts tot 31.12.2021 liep zodat niet voldaan is aan de voorwaarde dat er voor 2 jaar de afgesproken hoeveelheid werk aanwezig was.

5. De rechtbank leest inderdaad in de mail van de verweerders bijbrengen als stuk C.12 dat het contract verlengd werd tot 31.12.2021.

Maar, dit was enkel in afwachting van een nieuwe aanbestedingsprocedure die moest opstarten omdat de raad van bestuur van de opdrachtgever op 23.10.2020 had beslist om de plaatsingsprocedure stop te zetten omdat plaatsingsprocedure niet correct was verlopen wegens een administratieve vergissing namelijk het niet-Europees publiceren. (zie stuk 7 van eisers)

Deze nieuwe aanbestedingsprocedure is dan ook een verderzetting of opvolging van de eerste aanbestedingsprocedure die voorafgaand aan de peildatum was opgestart en die zoals partijen aangeven belangrijk was voor de prijsbepaling en de al dan niet aanpassing van de prijs.

Het druist dan ook in tegen de uitvoering te goeder trouw van een overeenkomst waartoe partijen conform artikel 1134, lid 3 oud BW gehouden zijn, wanneer verwerende partijen stellen dat deze nieuwe aanbestedingsprocedure niet mag worden meegerekend omdat ze niet werd afgerond voor de peildatum van 15.12.2020.

6. Op 10.11.2021 werd de aanbestedingsprocedure afgerond en werd aan de tijdelijke maatschap waarin de opdrachtgever de leiding heeft, het volgende gegund:

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

76



76

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorbeeldcasus – prijsaanpassing

- Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Dendermonde, 14 juli 2022, onuitgegeven (5/5)

- Voor perceel 3 A1: ... €;
 - Voor perceel 2 prijsgebied WVL2: ... €;
 - Voor perceel 1 prijsgebied WVL3: ... €.
- (zie stuk C.19b van verweerders)

Deze overeenkomsten hebben een looptijd van 2 jaar (zie p.3 van het gunningsverslag) en zijn verlengbaar.

Bijgevolg is aan de voorwaarde voldaan dat er ook voor de periode na 31.12.2021 een voldoende hoeveelheid werk is om 237FTE's te werk te stellen.

7. Er is dan niet voldaan aan de voorwaarden om de prijs te verminderen.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorwerp en prijs

- Betalingsmodaliteiten:
 - Overschrijving
 - Bankcheque
 - Escrow account (bank, notaris)
 - Vendor loan
 - ...

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

- Voorbeeldclausule Vendor Loan

- Bv: 3.2.2 Gedeelte van de Prijs in Specifien omgezet in een Vendor Loan

Het verschil tussen de Prijs in Specifien en het Vast Gedeelte Prijs in Specifien, met name 4.500.000,00 EUR, wordt omgezet in een renteloze lening (de **Vendor Loan**).

De Vendor Loan zal – onder voorbehoud van hetgeen bepaald in Artikel 3.3 m.b.t. een eventuele Prijsaanpassing – jaarlijks worden terugbetaald aan de Verkopers a rato van één miljoen vijfhonderdduizend euro (1.500.000,00 EUR) en dit telkens op de eerste, tweede en derde verjaardag van de Datum van Eigendomsoverdracht.

De betaling van de bedragen uit hoofde van de Vendor Loan door de Kopers aan de Verkopers zoals hierboven bepaald zal gebeuren op de rekening vermeld in Artikel 3.2.1 en werkt bevestigend ten aanzien van alle Verkopers. De Verkopers verklaren en erkennen dat zij zelf zullen instaan voor de onderlinge verdeling van aldus betaalde bedragen, zonder enig recht tot verhaal t.a.v. de Kopers. De Verkopers zijn bijgevolg verantwoordelijk voor de verdeling van de aldus betaalde bedragen onder elkaar, zonder dat de Kopers hiervoor enige verantwoordelijkheid dragen.

In geval van een Prijsaanpassing in de zin van Artikel 3.3, zal de eventuele prijsvermindering eerst worden aangerekend op de derde en laatste schijf van de Vendor Loan, nadien op tweede en voorlaatste schijf en tot slot op de eerste schijf.

In geval de Kopers de Aandelen aan een Derde overdragen onder welke vorm ook, wordt het nog openstaande bedrag van de Vendor Loan onmiddellijk integraal opeisbaar.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Voorwerp en prijs

- Garanties voor de verkoper in geval van uitgestelde betaling:
 - Bankgarantie
 - Hypotheek / hypothecair mandaat
 - Pand op schuldvorderingen
 - Persoonlijke borgstelling
 - Pand op aandelen
 - ...

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Opschortende voorwaarden

- Signing vs closing
- Opletten voor potestatieve voorwaarden (artikel 5.141 BW)
 - = voordoen van toekomstige en onzekere gebeurtenis die afhangt van de wil van een van de partijen
 - Objectief: verkrijgen van een vergunning, financiering, goedkeuring door derden
 - Nietige of valse opschortende voorwaarde(n):
 - resultaten van het voorgenomen due diligence onderzoek moeten naar inzicht van de koper aanvaardbaar zijn (Hasselt 7 september 1998)
 - goedkeuring raad van bestuur van koper: akkoord van een partij is een wezenlijke voorwaarde voor totstandkoming van een contract
 - de verplichting de prijs te betalen waarzonder de rechtsgeldigheid van de verkoop onzeker zou blijven (Gent 24 oktober 2001)
 - > herformulering als verbintenis van een partij

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Opschortende voorwaarden

- Onderscheid met ontbindende voorwaarde(n)
 - = deal is done: de overeenkomst komt tot stand maar wordt ontbonden wanneer een bepaalde voorwaarde zich voordoet
- “Interim covenants”
 - Bv. MAC-clausule (“Material Adverse Change”): koper heeft het recht om de koopovereenkomst te beëindigen indien er sprake is van materieel gewijzigde omstandigheden die zich in de periode tussen signing en closing hebben voorgedaan en die van die aard zijn dat van de koper redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat hij nog langer gebonden blijft door de koop
 - Bv. Going concern-clausule: tot de closing datum, en behalve wat betreft eventuele gedefinieerde verrichtingen en/of verrichtingen gesteld in uitvoering van de normale handelsactiviteiten van de vennootschap, heeft de vennootschap, haar onderneming op dezelfde wijze als de voorbije jaren op consistente wijze verder gezet, om zo de vennootschap in ‘going concern’ te houden

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Essentie van de bescherming van de koper
- Belang van verklaringen en waarborgen bij aankoop aandelen (zie eerder m.b.t. gemeenrechtelijke beschermingsmechanismen): bescherming voortvloeiend uit het gemeen kooprecht is niet voldoende aangezien het voorwerp van de verkoop de aandelen zijn en niet de onderliggende vermogensbestanddelen van de vennootschap

- Hof van Beroep Antwerpen 20 maart 2012:

“Deze bepalingen [verklaringen en waarborgen] vormen een rechtsgeldige en zelfstandige aanvulling op de wettelijke bescherming die een koper van aandelen geniet. Daar deze waarborgen en verklaringen het voorwerp hebben uitgemaakt van onderhandelingen strekken zij de partijen bovendien tot wet.”

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Algemene en specifieke verklaringen en waarborgen
 - Ongekende problemen vs. gekende problemen (o.b.v. due diligence onderzoek)
- Beperkingen van de verklaringen en waarborgen
 - de minimis, de maximis, basket
 - beperking in de tijd
 - dataroom disclosure
 - eenmalig verhaal
 - provisies in de (tussentijdse) cijfers
 - voorwaardelijke aansprakelijkheid
 - belastingbesparingen
 - vergoeding door derden (bv. verzekeraar)
 - handeling (of nalaten) van de koper
 - schadebeperkingsplicht (art. 5.71 en 5.73 NBW)
 - vaak niet van toepassing op specifieke verklaringen en waarborgen

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Voorbeeldclausule beperkingen aan verklaringen en waarborgen (1/4)

7.4 TIJDSLIMIT

De Verkoper zal niet gehouden zijn de Koper en/of de relevante Groepsvennootschap, naar keuze van de Koper, te vergoeden voor Schade uit hoofde van een Schadeclaim indien de Koper hem van deze Schadeclaim niet op de hoogte heeft gebracht overeenkomstig Artikel 7.3.1:

- binnen een termijn van drie (3) jaar na de Closing Datum voor vorderingen m.b.t. artikel 2 van Bijlage 8 (Onroerende Goederen), voor vorderingen m.b.t. artikel 4 van Bijlage 8 (kapitaal en aandelen), voor vorderingen m.b.t. artikel 8 van Bijlage 8 (Belastingen), voor vorderingen m.b.t. artikel 11 van Bijlage 8 (milieu en vergunningen), voor vorderingen m.b.t. artikel 13 van Bijlage 8 (personeel) en voor vorderingen inzake de Bijzondere Vrijwaringsverplichtingen met uitzondering van de Bijzondere Vrijwaringsverplichting opgenomen in Artikel 7.2.1.vi met betrekking tot het BBI-Geschil;
- voor enige vorderingen op grond van de Bijzondere Vrijwaringsverplichting opgenomen in Artikel 7.2.1.vi met betrekking tot het BBI-Geschil, binnen een termijn van drie (3) maanden na de toepasselijke verjaringstermijn van de onderliggende feiten van deze Schadeclaim; en
- voor enige andere vorderingen op grond van Artikel 7, binnen een termijn van vierentwintig (24) maanden na de Closing Datum.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

85



85

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Voorbeeldclausule beperkingen aan verklaringen en waarborgen (2/4)

7.5 MATERIALITEITSDREMPELS

7.5.1 De Verkoper zal niet aansprakelijk zijn onder deze Overeenkomst voor een individuele Schadeclaim (i.e., een Schadeclaim gebaseerd op een individueel schadeverwekkend feit of diverse gelijkaardige schadeverwekkende feiten) die gebaseerd is op inbreuken op de Verklaringen en Waarborgen van de Verkoper en/of de Bijzondere Vrijwaringsverplichtingen opgenomen in Artikel 7.2.1. ii, viii en x, indien blijkt dat de totale aansprakelijkheid van de Verkoper in verband met deze individuele Schadeclaim lager is dan 100.000 EUR (honderduizend euro).

7.5.2 Niettegenstaande het voorgaande, komen de Partijen expliciet overeen dat de beperkingen van dit Artikel 7.5 niet van toepassing zijn op (i) de Bijzondere Vrijwaringsverplichtingen andere dan deze opgenomen in Artikel 7.2.1. ii, viii en x, en (ii) inbreuken op de Verklaringen en Waarborgen van de Verkoper opgenomen in artikel 1 van Bijlage 8 (Bevoegdheid en geldigheid van de Overeenkomst), artikelen 2.1, 2.2 en 2.4 van Bijlage 8 (Eigendom Onroerende Goederen) en artikel 4 van Bijlage 8 (kapitaal en aandelen).

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

86



86

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Voorbeeldclausule beperkingen aan verklaringen en waarborgen (3/4)

7.6 *MAXIMALE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VERKOPER*

7.6.1 Behoudens andersluidend beding in deze Overeenkomst, is het maximale bedrag waarvoor de Verkoper aansprakelijk is voor alle Schadeclaims van de Koper uit hoofde van deze Overeenkomst, beperkt tot 10% van de Koopprijs.

7.6.2 Niettegenstaande het voorgaande, komen de Partijen expliciet overeen dat de beperkingen van dit Artikel 7.6 niet van toepassing zijn op (i) de Bijzondere Vrijwaringsverplichtingen opgenomen in Artikel 7.2.1. vi en vii, en (ii) inbreuken op de Verklaringen en Waarborgen van de Verkoper opgenomen in artikelen 1.1, 1.2 en 1.5 van Bijlage 8 (Bevoegdheid en geldigheid van de Overeenkomst), artikelen 2.1, 2.2 en 2.4 van Bijlage 8 (Eigendom Onroerende Goederen) en artikel 4 van Bijlage 8 (kapitaal en aandelen).

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Voorbeeldclausule beperkingen aan verklaringen en waarborgen (4/4)

7.7 *TOEPASSINGSGEBIED AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKINGEN*

7.7.1 De beperkingen uiteengezet in de Artikelen 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4, 7.4, 7.5 en 7.6 zijn niet van toepassing in geval van fraude, bedrog of opzettelijke fouten.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Schade
 - Procedure voorzien tot kennisgeving van de schade
 - Duidelijke definitie van schade (bv. verwijzing naar artikelen 1149-1151 oud Burgerlijk Wetboek), een duidelijke begrotingswijze en een aanduiding van de begunstigden van de vergoedingsregeling zijn cruciaal:

Cass. 4 december 2020:

“Een contractuele schuldeiser kan enkel opkomen ter vergoeding van de schade die hij zelf heeft geleden. Bijgevolg kan een aandeelhouder wegens wanprestatie van een door hem gesloten contract enkel opkomen voor de persoonlijke schade en niet voor de schade die de vennootschap treft.”

“De appelrechter die oordeelt dat de eerste verweerster recht heeft op een schadevergoeding tot beloop van een bedrag van 368.459,86 euro in hoofdsom, hetgeen overeenstemt met het totaalbedrag van de onbetaalde facturen, zonder na te gaan of de onjuiste voorstelling van zaken heeft geleid tot een overeenkomstig waardeverlies van de aandelen van de eerste verweerster, en dus zonder na te gaan of de schadevergoeding de persoonlijke schade van de eerste verweerster niet te boven gaat, schendt artikel 1149 Burgerlijk Wetboek.”

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Schade
 - Duidelijke definitie van schade (bv. verwijzing naar artikelen 1149-1151 oud Burgerlijk Wetboek), een duidelijke begrotingswijze en een aanduiding van de begunstigden van de vergoedingsregeling zijn cruciaal:

- Specifieke clausules voorzien, bv.

Euro-voor-euro clausule:

“Voor de toepassing van dit artikel wordt elke Schade die de Vennootschap lijdt onweerlegbaar geacht eveneens door de Koper te zijn geleden voor hetzelfde bedrag, zonder afbreuk te doen aan het recht voor de Koper om een grotere persoonlijk geleden Schade te bewijzen.”

- Rekening houden met overdraagbaarheid van verklaringen en waarborgen in functie van eventuele (interne) herstructureringen na overname

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Verklaringen en waarborgen

- Schade
 - Betaling van de schade
 - Prijsverrekeningsclausule
 - Aanrekening op Vendor loan
 - Escrow account

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Aanrekening prijs en vendor loan

• Voorbeeldclausules

3.6.1 Het bedrag van de Vendor Loan zal onmiddellijk gecompenseerd worden met het bedrag dat de Verkoper desgevallend verschuldigd is uit hoofde van Artikel 7.8.1 van deze Overeenkomst.

Indien het bedrag van de Vendor Loan hoger is dan het door de Verkoper verschuldigde bedrag uit hoofde van deze Overeenkomst, zal de Koper dit verschil, zijnde het resterende bedrag van de Vendor Loan na compensatie, aan de Verkoper op de vervaldag van de Vendor Loan betalen overeenkomstig de bepalingen van de Vendor Loan overeenkomst.

Indien het door de Verkoper verschuldigde bedrag uit hoofde van deze Overeenkomst hoger is dan het bedrag van de Vendor Loan, zal het bedrag van de Vendor Loan integraal worden gecompenseerd en zal de Verkoper het surplus aan de Koper betalen op de datum waarop het bedrag uit hoofde van deze Overeenkomst verschuldigd is overeenkomstig Artikel 7.8.1 van deze Overeenkomst door overschrijving van onmiddellijk beschikbare fondsen op de door Koper aangeduide rekening.

7.8.1 De Verkoper zal het bedrag van de Schadeclaim betalen binnen tien (10) Werkdagen na verloop van de termijn om bezwaar in te dienen door de Verkoper bij afwezigheid van bezwaar, of bij bezwaar van de Verkoper na minnelijk akkoord of, in voorkomend geval, na een uitvoerbare uitspraak door de rechtbank, op het rekeningnummer dat zal worden meegedeeld door de Koper in de Schadeclaim of elk ander rekeningnummer dat ten gepaste tijde ter kennis zal worden gebracht aan de Verkoper. Gedurende de looptijd van de Vendor Loan zal het bedrag dat de Verkoper verschuldigd is uit hoofde van huidig Artikel 7.8.1, onmiddellijk worden gecompenseerd met de Vendor Loan conform het principe van schuldvergelijking zoals opgenomen in Artikel 3.6.1.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Escrowovereenkomst

- Voorbeeld

Artikel 1: Aanduiden van een Escrow Agent

De Koper en de Verkoper duiden hierbij notaris _____, die aanvaardt, aan om op te treden als Escrow Agent onder de voorwaarden en modaliteiten hierna vermeld.

Artikel 2: Geblokkeerde Bedrag - Escrow Rekening

2.1 In het geval dat de Koper, vóór de datum waarop de Vendor Loan (zoals gedefinieerd in de SPA) opeisbaar wordt, een Schadeclaim heeft ingediend tegen de Verkoper die door de Verkoper niet werd aanvaard, dan zal de Koper het bedrag gelijk aan dat van haar Schadeclaim (het “**Escrow Bedrag**”) storten op de derdenrekening van de Escrow Agent met nummer _____ 2 bij _____ (de “**Escrow Rekening**”). De Escrow Agent zal ontvangst van het Escrow Bedrag bevestigen aan de Verkoper.

Enige interesten die aangroeien op het Escrow Bedrag, komen toe aan de Partij aan wie dit bedrag wordt uitbetaald conform deze Escrow Overeenkomst.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Escrowovereenkomst

- Voorbeeld

Artikel 3: De Escrow Agent – Vrijgave van het Geblokkeerde Bedrag

3.1 De Escrow Agent zal het Escrow Bedrag op de Escrow Rekening enkel vrijgeven overeenkomstig de bepalingen van deze Escrow Overeenkomst.

3.2 De Koper en de Verkoper erkennen dat de verplichtingen van de Escrow Agent onder deze Escrow Overeenkomst beperkt zijn tot deze welke opgenomen zijn in deze Escrow Overeenkomst.

De Escrow Agent zal geen enkele andere verplichting hebben dan het te goeder trouw uitvoeren van de specifieke handelingen opgenomen in deze Escrow Overeenkomst en hij zal op geen enkele manier aansprakelijk zijn onder of in verband met deze Escrow Overeenkomst met uitzondering van aansprakelijkheid die voortvloeit uit een opzettelijke fout of nalatigheid. In het bijzonder zal de Escrow Agent niet aansprakelijk zijn voor de juridische geldigheid of afdwingbaarheid van deze Escrow

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Escrowovereenkomst

• Voorbeeld

- 3.3 De kosten en erelonen met betrekking tot de Escrow Rekening bedragen EUR [1.200] (voluit: [duizend tweehonderd euro]) (excl. BTW) en zullen voor een gelijk deel gedragen worden door de Koper en de Verkoper.
- 3.4 Het Escrow Bedrag blijft geblokkeerd op de derdenrekening van de Escrow Agent totdat:
- a) De Koper en de Verkoper een akkoord hebben bereikt over het bedrag dat de Verkoper desgevallend verschuldigd is aan de Koper uit hoofde van deze Schadeclaim; of
 - b) Een bevoegde rechtbank, nl. de Nederlandstalige rechtbanken van Brussel, op uitvoerbare wijze uitspraak heeft gedaan over de gegrondheid van de Schadeclaim en het door de Verkoper verschuldigde bedrag opeisbaar wordt overeenkomstig de uitvoerbare gerechtelijke uitspraak.
- 3.5 De Escrow Agent zal de uitbetaling aan de Koper en/of de Verkoper binnen 10 Werkdagen uitvoeren nadat de Escrow Agent volgende documenten heeft ontvangen:
- a. een document waaruit blijkt dat de Partijen onder 3.4 (a) een akkoord hebben bereikt over het bedrag dat de Verkoper desgevallend verschuldigd is aan de Koper uit hoofde van de Schadeclaim, met desgevallend vrijgave van dit bedrag aan de Koper en vrijgave van het saldo van het Escrow Bedrag aan de Verkoper (voor zover geen overige Schadeclaims lopende zijn), zoals aangeduid in het document; of
 - b. een uitvoerbare gerechtelijke uitspraak van de bevoegde rechter nl. de Nederlandstalige rechtbanken van Brussel, waaruit blijkt of en in welke mate het bedrag onder de Schadeclaim verschuldigd is, aan de Koper, dan wel aan de Verkoper, zoals aangeduid in de beslissing.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

95



95

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Escrowovereenkomst

• Voorbeeld

3.6 Elke vrijgave door de Escrow Agent zal gedaan worden op de volgende bankrekeningnummers, of enige andere bankrekening waarvan de Escrow Agent door de Koper of de Verkoper in kennis werd gesteld:

- a) ten voordele van de Koper: _____
- b) ten voordele van de Verkoper: _____

Artikel 4: Duur

Deze Escrow Overeenkomst neemt een aanvang op de datum van deze Escrow Overeenkomst en loopt tot op het moment dat volledige uitbetaling heeft plaatsgevonden door de Escrow Agent in overeenstemming met artikel 3.

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

96



96

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Concurrentieverbod vs. Afwervingsverbod
- Afhankelijk van de draagwijdte kan dit een invloed hebben op de prijs
- Beperking van vrijheid van ondernemen (art. 11.3 WER) en vrijheden uit EU-recht: moet adequaat en wettig zijn

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Concurrentiebeding: (a) moet wettig belang dienen, en (b) beperkt zijn in
 - geïsoleerde activiteit
 - geografisch gebied
 - tijdsbepaling
- Enkel actieve of ook passieve afwerving?

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Te uitgebreid: matiging en beperking mogelijk i.p.v. geheel nietig (Cass. 23 januari 2015; Cass 25 juni 2015) – belang van beding partiële nietigheid?
 - Hof van Beroep Gent 5 februari 2018 (1/3)

“Het contractueel beding dat een beperking van de concurrentie oplegt die verder reikt dan noodzakelijk ter bescherming van het rechtmatig belang van de overnemer wat het voorwerp, het grondgebied of de duur betreft, is nietig wegens miskenning van artikel 7 van het Decreet d’Allarde (thans artikel II.3 WER), dat van openbare orde is.”

“De rechter beperkt, indien een partiële nietigheid van een dergelijk beding mogelijk is, de nietigheid tot het deel dat strijdig is met de openbare orde, voor zover het behoud van het gedeeltelijk nietig verklaarde beding overeenstemt met de bedoeling van de partijen en niet in strijd is met de wet. In dit kader is een deelbaarheidsbeding niet noodzakelijk.”

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Te uitgebreid: matiging en beperking mogelijk i.p.v. geheel nietig (Cass. 23 januari 2015; Cass 25 juni 2015) – belang van beding partiële nietigheid?
 - Hof van Beroep Gent 5 februari 2018 (2/3)

“Op geen enkele manier tonen 100% Light en Charles aan dat een periode van vijf jaar noodzakelijk was om het cliënteel aan zich te binden. [...] Het komt voor dat de binding van het cliënteel kon gebeuren binnen die termijn van 36 maanden. De sector van de architecturale verlichting is niet dermate verschillend van andere sectoren dat de gebruikelijke duur overschreden moest worden. De mediaan van de gebruikelijke duur is trouwens drie jaar (zie B. BELLEN en F. WIJCKMANS, De nieuwe Belgische M&A-Index, TRV 2013, (211-232), 228).”

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afweringsverbod

- Te uitgebreid: matiging en beperking mogelijk i.p.v. geheel nietig (Cass. 23 januari 2015; Cass 25 juni 2015) – belang van beding partiële nietigheid?
 - Hof van Beroep Gent 5 februari 2018 (3/3)

“Ook geografisch werd het niet-concurrentiebeding te ruim geformuleerd, nu het duidelijk gebieden bevat waarin 100% Light niet eens actief was in 2013. Het conventioneel territorium bestreek de volledige Europese Unie en omvatte dus (sedert de toetreding van Kroatië op 1 juli 2013) 28 lidstaten, terwijl 100% Light per 30 juni 2013 slechts in 9 ervan actief was. Bovendien moet opgemerkt worden dat in 5 van de 9 lidstaten 100% Light slechts één verdeler of klant had. Uit stuk 20 van 100% Light blijkt dat zij actief was in de Benelux, Frankrijk en Engeland. Cijfers over het percentage van de omzet in 2013 in België, Europa of wereldwijd liggen niet voor. Het hof stelt enkel vast dat de export in Europa in 2014 slechts ongeveer 15 % van de omzet bedroeg. De loutere bewering dat 100% Light voornemens was om de internationale markt uit te breiden, wordt niet gestaafd. Meer zelfs, 100% Light maakt niet aannemelijk dat zij in de periode van 2013-2018 wenste te internationaliseren.”

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afweringsverbod

- Geen concurrentieverbod in overeenkomst: leerstuk van oneerlijke handelspraktijken en marktpraktijken
 - Probleem: concurreren principieel toegelaten (zelfs op agressieve manier)
 - Alleen bepaalde “begeleidende omstandigheden” kunnen onrechtmatig zijn
- Schade
 - Duidelijke definitie van schade (bv. verwijzing naar artikelen 1149-1151 oud Burgerlijk Wetboek), een duidelijke begrotingswijze en een aanduiding van de begunstigden én schuldenaars van de vergoedingsregeling zijn cruciaal
 - Schuldenaar: theorie derde-medeplichtigheid aan contractbreuk wordt aanvaard
 - Begunstigde: theorie derde-begunstigde wordt niet aanvaard

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Schade
 - Hof van Beroep Antwerpen dd. 7 september 2022, onuitgegeven

30. De schade van [redacted] bestaat in de waardevermindering van haar participatie in [redacted] heeft voor de aandelen meer dan 900.000,00 EUR betaald; de prijs voor elk van de schijven werd bepaald op basis van een formule die rekening hield met de door [redacted] ontvangen commissies, zoals blijkt uit artikel 3 van de Overeenkomst van aandelenoverdracht [redacted] mocht op basis van de commissies uitgaan van een toekomstige winstverwachting van [redacted] in de wetenschap dat [redacted] voor de duur van de Aandeelhoudersovereenkomst en voor een periode van twee jaar erna geen personeel of klanten van [redacted] zouden afwerven.

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Concurrentie- en afwervingsverbod

- Schade
 - Vaak forfaitaire minimumschade
 - Aanstelling deskundige
- Niet-afwervingsbeding in grensoverschrijdende context: rekening houden met dwingende wetgeving c.q. openbare orde van andere landen (cf. Rome I verordening / EVO verordening), bv. Denemarken

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Randbepalingen

- Het venijn zit soms in de staart:
 - (Gezamenlijke) communicatie
 - Gebruik IP / naam
 - Verzekeringen
 - Overdracht lopende dossiers
 - Sleutels / bankkaarten / bankvolmachten
 - Wijziging zetel
 - ...

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Andere overeenkomsten en documenten

- Managementovereenkomst
- Huurovereenkomst
- Aandeelhoudersovereenkomst
- Notulen
- Verkoperslening (“Vendors loan”)

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Andere overeenkomsten en documenten

- Managementovereenkomst

Aandacht besteden aan:

- Duidelijke omschrijving van vergoeding en bonus (risico van koppeling aan prijs / earn-out)
- Bescherming tegen ontslag
- Concurrentieverbod

- Huurovereenkomst

Aandacht besteden aan:

- Huurprijs
- Opzeg
- Verdeling kosten

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Andere overeenkomsten en documenten

- Aandeelhoudersovereenkomst

- Van belang bij gedeeltelijke overname van aandelen
- Afspraken over overdrachtsbeperkingen, aandelenopties, bestuur, financiering, ...

- Notulen

- Ontslag en benoeming bestuurders + publicatie in Belgisch Staatsblad
- Verplaatsing zetel

Overeenkomst tot overdracht van aandelen (“Share Purchase Agreement” – “SPA”)

Andere overeenkomsten en documenten

- Verkoperslening (“Vendor loan”)

Aandachtspunten:

- Achterstelling
- Interest (netto/bruto)
- Duurtijd
- Vervroegde terugbetaling (funding loss?)
- Betalingsschema
- Garanties (zie eerder m.b.t. uitgestelde betaling van de prijs)
- Opletten voor toepassing van de regels van financial assistance (art. 5:152 (BV), art 6:118 (CV), art. 7:227 (NV))

6

W&I-verzekering

W&I-verzekering

- Discussies over verklaringen en waarborgen leiden vaak tot:
 - Hoge kosten
 - Ongewenste spanningen
 - Tussenkost verzekeraar
- Een verzekeringsproduct dat voorziet in de dekking van bepaalde (in principe ongekende) risico's van de verzekerde (koper of verkoper) door de verzekeraar en waarbij de schade die zich voordoet verband houdt met de R&W's

W&I-verzekering

- Een W&I-verzekering kan niet gebruikt worden om:
 - Een due diligence te vervangen
 - Disclosures van de verkoper te vervangen
 - Zeer kopers-vriendelijke R&W's te onderhandelen
 - Gekende risico's in te dekken (optioneel wel mogelijk)

W&I-verzekering

Soorten

- *Buy-side* policy: dekt de koper in tegen de inbreuken (opzettelijk of niet) van de verkoper op de R&W's
 - Meest voorkomend
- *Sell-side* policy: dekt de verkoper in tegen zijn eigen (onopzettelijke) inbreuken op de RW
 - Verkoper kan zich pas tot verzekeraar wenden nadat hij zich heeft moeten verweren tegen vordering van koper

W&I-verzekering

Voordelen

- Voordelen koper en verkoper
 - Relatie tussen koper en verkoper wordt gevrijwaard zowel tijdens onderhandelingen als nadien
 - Heeft dikwijls positieve invloed op de onderhandelingstijd
- Voordelen verkoper
 - Beperking van de aansprakelijkheid
 - Snellere beschikbaarheid van de fondsen (geen post closing zekerheden zoals escrow, hold-back, etc.)

W&I-verzekering

Voordelen

- Voordelen koper
 - Kan zich rechtstreeks tot verzekeraar wenden zonder de verkoper of het management in het proces te moeten betrekken
 - Moet geen rekening houden met een eventuele insolventie van de verkoper
 - Verkrijgt dikwijls een hogere bescherming
 - Gestandaardiseerd claims proces (i.t.t. rechtbanken en arbitrage)
 - Leidt meestal tot minder zware mark-ups van transactiedocumentatie

W&I-verzekering

Kenmerken

- Opletten met verhouding tussen *wording* W&I-polis en SPA !
- Ongekende risico's (R&W's)
 - Fundamentele R&W's (*title* en *capacity*)
 - Operationele R&W's
 - Fiscale R&W's
 - ...
- Gekende risico's (bijzondere vrijwaringen)
 - In principe niet gedekt doch uitzonderingen zijn mogelijk

W&I-verzekering

Kenmerken

- Definiëring van het begrip schade van doorslaggevend belang:
 - Direct schade
 - Indirecte schade
 - Gederfde winst
 - Gevolgschade

W&I-verzekering

Kenmerken

- Uitgesloten materies (exclusions)
 - *Actual knowledge of the Deal Team* (gekende risico's)
 - *Disclosure* van *data room* en/of due diligence rapporten
 - Boetes die niet verzekeraar zijn
 - Onderbetaling pensioencontributies
 - *Leakage* en/of prijsaanpassingsclausules
 - Structurele gebreken aan vastgoed
 - Asbest
 - Etc.

W&I-verzekering

Kenmerken

- Uitgesloten materies (exclusions) doch te verzekeren via aparte polis of toch verzekeraar, afhankelijk van due diligence
 - *Transfer pricing*
 - Milieu(vervuiling)
 - Omkoppingen en corruptie
 - Productaansprakelijkheid
 - GDPR
 - Etc.

W&I-verzekering

Kenmerken

- Verbeterde waarborgen
 - *Gross up*
 - Definitie van schade
 - Uitgebreidere termijnen
 - € 1 cap
 - Lagere *de minimis*
 - *Non-disclosure* van de data room of de due diligence rapporten
 - Etc.
- Gaat meestal gepaard met een additionele premium

W&I-verzekering

Kenmerken

- *De minimis* en materialiteit
 - Verzekerd bedrag (*policy limit*): % van de *enterprise value* (omgekeerd evenredig)
 - *Operational deals*: 18% van de EV (gemiddeld)
 - *Real estate deals*: 27% van de EV (gemiddeld)
 - Eigen risico (*deductible/excess*)
 - *Operational deals*: typisch tussen 0,25% en 0,50% van de EV
 - *Real estate deals*: nil

W&I-verzekering

Kenmerken

- Verzekeringspremie (*premium*)
 - In principe verschuldigd door verzekerde (verschil *buy-* en *sell-side* policy) doch is dikwijls voorwerp van onderhandeling
 - % van het verzekerde bedrag (*policy limit*)
 - *Operational deals*: ongeveer 1,35% van de policy limit
 - *Real estate deals*: ongeveer 0,73% van de policy limit

W&I-verzekering

Kenmerken

- Duur
 - Meestal betere dekking (*survival period*) dan deze in SPA:
 - Fundamentele en taks verklaringen en waarborgen: 7 jaar
 - Alle overige verklaringen en waarborgen: 2 à 3 jaar
 - Opletten bij splitsing signing en closing

W&I-verzekering

W&I-verzekering in het transactioneel proces

- Preliminare fase: contact met verzekeringsagent (NDA)
- Contact tussen verzekeringsagent en verschillende *underwriters*
- *Non-binding indication letter* met voorwaarden (*premium, exclusions, policy excess, enz.*)
- *Underwriting due diligence*: bedrijfsonderzoek door de verzekeraar

W&I-verzekering

W&I-verzekering in het transactioneel proces

- *Underwriting due diligence conference call*
 - Finale W&I-offerte (zal nog verder over onderhandeld worden)
 - Ondertekening W&I-polis (inclusief *no claims declaration of representation letter*)
- Duurtijd kan beperkt worden tot drie weken (vier à vijf voor complexere transacties)

W&I-verzekering

W&I-verzekering en claims

- Procedure staat uitgewerkt in W&I-polis
- Verzekeringnemer richt zich tegen verzekeraar waarbij dit meestal via de makelaar verloopt
 - *Buy-side* policy: koper kan zich rechtstreeks tot verzekeraar wenden
 - *Sell-side* policy: verkoper kan zich pas tot verzekeraar wenden nadat de koper zich tot de verkoper heeft gewend
- *No recourse*: kan voorzien worden doch nooit voor fraude of bedrog

7

Besluit

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims



127

Besluit

- Belang van contractuele bescherming: gemeenrechtelijke bescherming is te beperkt
- W&I-verzekering als aanvulling op contractuele bescherming van de koper en/of verkoper

Aandachtspunten voor het vermijden van post-acquisitie claims

128



128

Bedankt

Kristiaan Caluwaerts, Advocaat Antwerpen - Brussel

Indien u bijkomende vragen hebt, kan u ons altijd telefonisch of via e-mail bereiken.



03 448 49 92



k.caluwaerts@legaloffice.be
info@legaloffice.be



legaloffice.be

