

SCHOUPS

Overnamegeschillen: het venijn zit in de staart

14 oktober 2021

Geert De Buyzer en Jesse Docx



Overnamegeschillen: het venijn zit in de staart



Geert De Buyzer

+32 496 435 633

geert.de.buyzer@schoups.be



Jesse Docx

+32 3 260 98 60

jesse.docx@schoups.be

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60



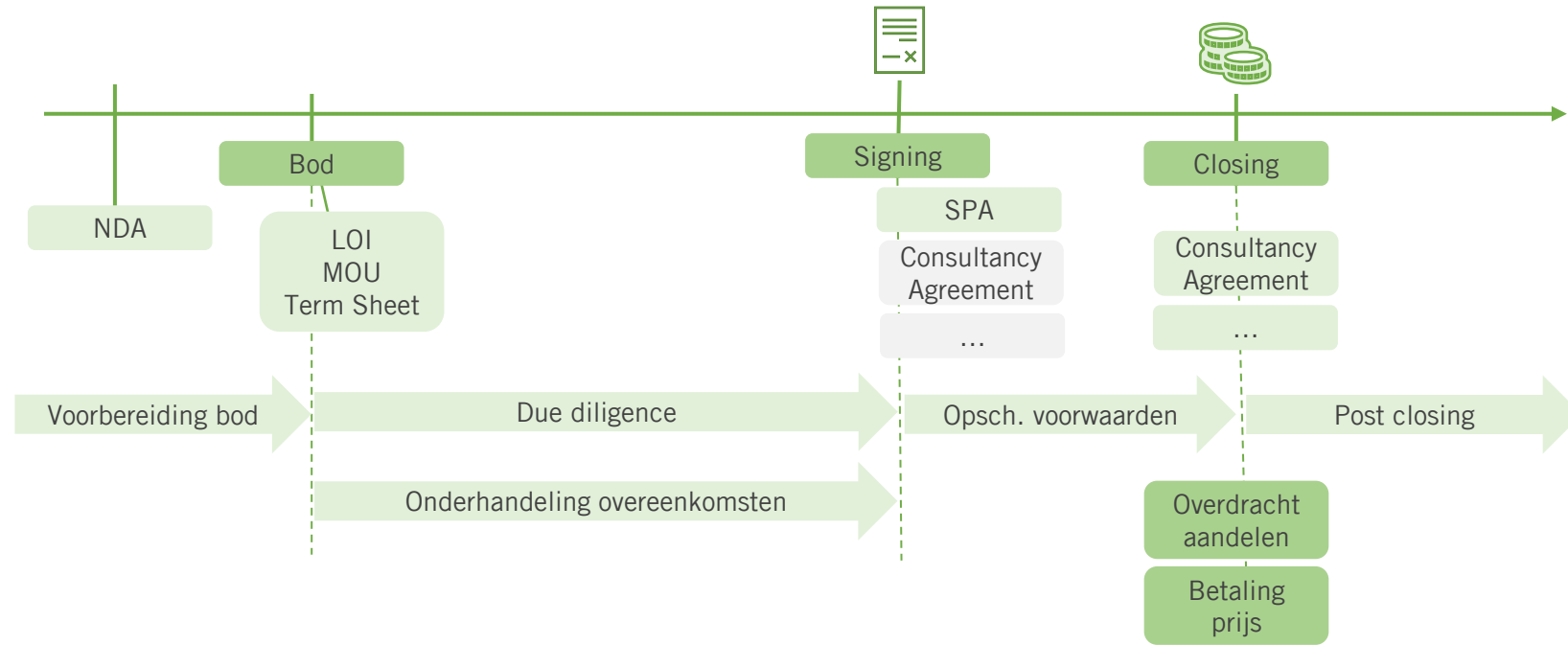
Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase
- IV. Aandachtspunten
- V. Contractuele oplossingen
- VI. Besluit



Inhoudstafel

- I. Situering**
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase
- IV. Aandachtspunten
- V. Contractuele oplossingen
- VI. Besluit





Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase**
- III. Postcontractuele fase
- IV. Aandachtspunten
- V. Contractuele oplossingen
- VI. Besluit



- Plicht tot goede trouw / loyaliteit
- Culpa in contrahendo (1382 - 1383 oud BW) => schadevergoeding
 - Foutief stopzetten onderhandelingen
- Informatieplicht verkoper
 - Drie voorwaarden
 - Verkoper kent de informatie
 - Verkoper kent het belang van die informatie voor de koper (of wordt geacht dat belang te kennen)
 - Koper kent de informatie niet (en behoort die niet te kennen)



- Informatieplicht verkoper (vervolg)
 - Onderzoeksplicht koper
 - Concrete omstandigheden (professionele verkoper/koper, tijdsdruk, welke aandeelhouder, ...)
 - Invloed clauses SPA
 - Vaak due diligence en data room
 - Alternatieve actiemiddelen (bedrog, dwaling, ontbinding, contractuele schadevergoeding, ...)



- Contractuele verbintenissen in de pre-contractuele fase
 - NDAs, LOIs, MOUs, gentlemen's agreements,
 - Vaak een hybride karakter
 - Geruisloos contracteren
 - Artikel 1583 oud BW: *“Hij is tussen partijen voltrokken, en de koper verkrijgt van rechtswege de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is.”*
 - Overeenkomst over essentiële bestanddelen van koop
 - Geen vormvereisten vereist, consensus volstaat



Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase**
- IV. Aandachtspunten
- V. Contractuele oplossingen
- VI. Besluit

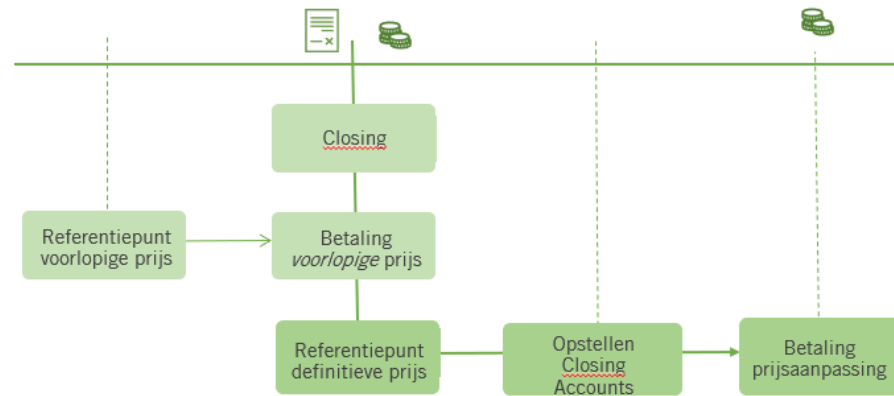


- Heel wat potentiële issues
 - Tussen signing en closing
 - Opschortende voorwaarden
 - Locked box

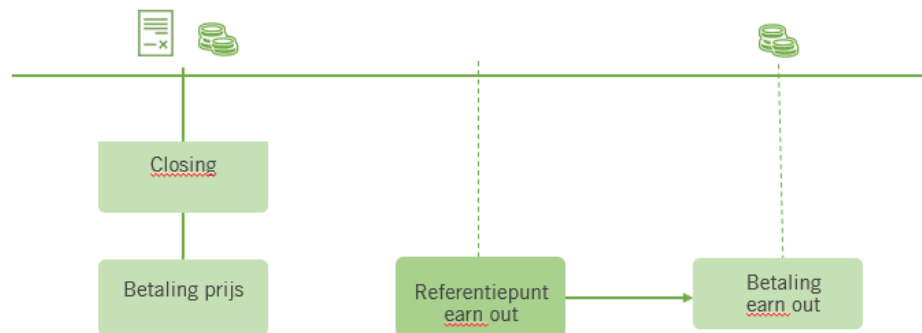




- Na closing
 - Prijs
 - Closing accounts



- Earn-out





- Na closing (vervolg)
 - Verklaringen en waarborgen
 - Bijzondere vrijwaringen (vb. lopende geschillen)
 - Managementovereenkomst
 - Overdrachtsbeperkingen
 - Niet-concurrentiebeding



Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase
- IV. Aandachtspunten**
- V. Contractuele oplossingen
- VI. Besluit



- Wat vorderen? (nietigheid, ontbinding, schadevergoeding, wat met verbonden contracten, ...)
- Wie vordert?
- Bewijsproblematiek
- Procedure
 - Termijnen
 - Welke stappen te zetten?
 - Rechtbank of arbitrage?



- Schade
 - 1149 - 1151 Oud BW
 - Geleden verlies en gedeelde winst
 - Persoonlijk
 - Voorzienbaar (behoudens ingeval van opzet)
 - Onmiddellijk en rechtstreeks gevolg wanprestatie
- Cass. 4 december 2020
 - een aandeelhouder kan wegens wanprestatie van een door hem gesloten contract enkel opkomen voor de persoonlijke schade en niet voor de schade die de vennootschap treft.
 - onbetaalde facturen bedrag X $\neq$ waardevermindering aandelen bedrag X
 - oninbare waarborgsom bedrag Y $\neq$ waardevermindering aandelen bedrag Y
 - analyse vereist van het verschil van de huidige waarde van de aandelen met de hypothetische waarde van de aandelen, mochten de verklaringen en waarborgen correct zijn.



Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase
- IV. Aandachtspunten
- V. Contractuele oplossingen**
- VI. Besluit



- Pre-contractuele aansprakelijkheid

- Niet van openbare orde (afstand mogelijk)
- *Walk-away rights* in NDA / LOI

“De verkoper behoudt zich het recht voor om: (i) enige voorstellen van de koper met betrekking tot de voorgestelde transactie te weigeren, (ii) gesprekken en/of onderhandelingen op eender ogenblik om eender welke of zelfs zonder reden te beëindigen. Enige vorderingen en remedies ten aanzien van de doelvennootschap en de verkoper voor inbreuk op pre-contractuele verplichtingen worden hierbij uitgesloten.”

- *Sole remedy* clause in overnameovereenkomst



- Tussen signing en closing

- MAC-clausule

“Er heeft zich geen negatieve wijziging voorgedaan in de financiële toestand of situatie van de Vennootschap, noch enige gebeurtenis die het netto-actief of de activiteiten van de Vennootschap negatief beïnvloedt. Er is bovendien geen feit of ontwikkeling waarvan redelijkerwijze kan worden verwacht dat zij zulke wezenlijk negatieve wijziging tot gevolg zal hebben.”

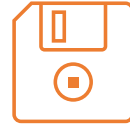
- Alternatief: specifiekere opschortende voorwaarden



- **Afspraken over bestuur doelvennootschap tussen signing en closing**
 - Lijst van belangrijke handelingen die niet kunnen worden gesteld
 - Mogelijke grond voor beëindiging overeenkomst
 - Eventueel te sanctioneren met forfaitair schadebeding



- **Verklaringen & waarborgen**
 - Concept
 - Onderworpen aan contractuele beperkingen (o.m. in tijd en bedrag)
 - Op basis van algemene lijst



- Data room disclosure
 - Principe
 - Praktijk



■ Schadebegrip

■ Contractuele definitie van schade

Kort:

Alle rechtstreekse of onrechtstreekse schade, minderwaarde, verlies of kosten of enige vorm van aansprakelijkheid en, in het geval van een inbreuk op de Verklaringen, het bedrag dat nodig is om de Koper in dezelfde situatie te plaatsen als die waarin die zich zou hebben bevonden indien de Verklaring correct was.

Uitgebreid:

Schade betekent elke uitgave, kosten, boete, betaling, verlies van waarde of inkomen, aansprakelijkheid of schade opgelopen, gedragen of geleden door het Bedrijf of de Koper in verband met een schending van de Garanties (dat wil zeggen een Garantie is niet waar of juist of niet volledig voor zover het verzuimt een feit te vermelden dat had moeten worden vermeld opdat de Garantie niet misleidend zou zijn) of enige van de toezeggingen en/of verplichtingen van de Verkoper krachtens de Overeenkomst.

Het bedrag van het Verlies is gelijk aan het bedrag dat nodig is [, op een euro-voor-euro basis,] om het Bedrijf of de Koper (naar keuze van de Koper) in de positie te brengen die zou hebben bestaan indien alle Garanties waren waar, nauwkeurig, volledig en niet misleidend zijn geweest. In het geval dat het Verlies verband houdt met een uitgave of een verlies van inkomsten dat van invloed is op de [omzet, brutomarge, EBITDA, EBIT (zoals gedefinieerd)] van het Bedrijf, wordt het overeenkomstige bedrag van dergelijke posten vermenigvuldigd met [toepasselijk veelvoud] voor de berekening van het Verlies, gelet op de door de Koper gehanteerde waarderingsformule voor de bepaling van de Koopprijs.



■ Schadebegrip (vervolg)

- Target opnemen als derde-begunstigde

“De Vennootschap wordt hierbij aangewezen als derde-begunstigde in de zin van artikel 1121 van het Oud Burgerlijk Wetboek voor de toepassing van de Garanties en de Vrijwaringsverplichtingen van de Verkoper in het kader van dit artikel.”

- Gelijkschakeling schade geleden door vennootschap en koper

“Enige schade opgelopen door de Vennootschap wordt geacht te zijn geleden door de Koper voor zijn pro rata deel van het bedrag van die schade.”

- Forfaitaire vergoedingen



- **Bijzondere vrijwaringen**
 - Concept
 - Niet onderworpen aan contractuele beperkingen
 - Voorbeelden



- Verband met andere overeenkomsten
- Overdrachtsbeperking

“De Koper verbindt er zich toe om (alle of een deel van) de door haar verworven Aandelen gedurende een periode van minstens twaalf (12) maanden vanaf de Ondertekeningsdatum niet rechtstreeks of onrechtstreeks over te dragen aan een vennootschap of een andere rechtspersoon (i) waarvan de maatschappelijke zetel, de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer niet in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte is gevestigd of (ii) die volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte niet wordt geacht fiscaal in die Staat te zijn gevestigd zonder volgens een met een derde staat gesloten verdrag inzake dubbele belastingheffing te worden geacht fiscaal buiten de Europese Economische Ruimte te zijn gevestigd. De Koper verbindt er zich bovendien toe om, in geval van vervreemding van de Aandelen gedurende een periode van twaalf (12) maanden vanaf de Ondertekeningsdatum, dezelfde verbintenis te bedingen ten aanzien van de verwerver(s) van deze Aandelen.”



- **Niet-concurrentie en niet-afwervingsbeding**
 - Noodzaak
 - Beperkingen
 - Forfaitaire schadevergoeding

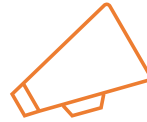


- **Gepaste zekerheden voorzien**
 - Escrow
 - Bankgarantie
 - Borgstelling (bv. parent guarantee)
 - Schuldvergelijking (bv. op basis van uitgestelde betaling of vendor loan)
 - W&I verzekering



Inhoudstafel

- I. Situering
- II. (Pre-)contractuele fase
- III. Postcontractuele fase
- IV. Veel voorkomende juridische aanknooppunten
- V. De overnameovereenkomst en zijn oplossingen
- VI. **Besluit**



De mogelijke oorzaken voor overnamegeschillen zijn legio.

Contractuele oplossingen zijn echter mogelijk.

Voorkomen is beter dan genezen!



Q&A

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

seminaries /
webinars



www.schoups.be/nl/events

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60

Bedankt voor uw aandacht



Geert De Buyzer

+32 496 435 633

geert.de.buyzer@schoups.be



Jesse Docx

+32 3 260 98 60

jesse.docx@schoups.be

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60