

OPMAAK VAN EEN GOEDE OVEREENKOMST VAN AANDELENOVERDRACHT: GA NIET OVER ÉÉN NACHT IJS!

In België gebeurt de overdracht van een vennootschap onderhands tussen de partijen zonder tussenkomst van een notaris. De opmaak van een volledige en sluitende overeenkomst tussen partijen is dan ook cruciaal !

In onderstaand artikel willen we, zonder volledig te kunnen zijn, een bondige checklist geven van de topics die zeker deel moeten uitmaken van een overeenkomst van aandelenoverdracht. Het is evident dat u, naar gelang u koper of verkoper bent, er in de onderhandelingen naar zal streven om het belang van bepaalde onderdelen te minimaliseren, dan wel te maximaliseren. Laat u hiervoor in elk geval zeker professioneel bijstaan !

1. PARTIJEN

Koper (s) en verkoper(s) moeten duidelijk worden gedefinieerd met naam en adres en (indien een vennootschap) maatschappelijke zetel en ondernemingsnummer. Wees er zeker van dat ALLE aandeelhouders opgenomen worden, of voorzie een sterkmaking. gemakshalve zetten we hieronder de begrippen koper en verkoper in het enkelvoud.

2. VOORWERP VAN DE VERKOOP

De naam van de over te dragen vennootschap, met haar maatschappelijke zetel en ondernemingsnummer, alsook het aantal aandelen dat het voorwerp uitmaakt van de verkoop (met vermelding of deze op naam of aan toonder zijn), moeten duidelijk worden gestipuleerd. Indien er meerdere verkopers en/of kopers zijn moet steeds het aantal (en eventueel type) van aandelen dat elkeen koopt of verkoopt, worden vermeld.

3. PRIJS EN BETALINGSMODALITEITEN

Een overeenkomst is slechts geldig indien de prijs van de aandelen *vast bepaald of vast bepaalbaar* is op basis van objectieve elementen. De bepaling van de prijs mag, met andere woorden, niet afhangen van de wil van één van de partijen of van een uitgesteld akkoord tussen de partijen.

Soms is het bedrag van de prijs op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst (signing) of de effectieve overdracht nog niet volledig bekend. Zo kan bv. worden overeengekomen dat de prijs nog kan worden verhoogd in functie van het resultaat van het lopende boekjaar dat pas zal kunnen vastgesteld worden eenmaal de jaarrekening definitief is.

Om een impasse te vermijden indien beide partijen het later niet eens raken over het exacte resultaat, moet in de overeenkomst een procedure worden voorzien, bv. een derde die bij wijze van een bindende derdenbeslissing het resultaat zal bepalen.

Soms, eerder uitzonderlijk, wordt het bedrag van de prijs deels afhankelijk gemaakt van de realisatie van bepaalde objectieven (earn out).

Wordt de gehele overnameprijs in één keer betaald (zeker betalingswijze voorzien: bankcheque of een overschrijving) of stemt de verkoper in met één of meerdere uitgestelde schijven ? In dit laatste geval is het aangewezen de nodige garanties in te bouwen (bv. een bankgarantie) teneinde de verkoper ervan te verzekeren dat hij de resterende schijven effectief zal ontvangen.

4. EIGENDOMSOVERDRACHT EN INGENOTSTREDING

Het is essentieel dat duidelijk wordt gestipuleerd op welk ogenblik de koper de eigendom en het genot van de aandelen zal bekomen

(*completion of closing*). Doorgaans is dit op het ogenblik dat hij de overnameprijs betaalt. Indien er evenwel uitgestelde schijven zijn, zal de closing meestal doorgaan op het ogenblik van de betaling van de eerste (en grootste) schijf. Vanaf dat ogenblik zullen de baten en lasten over de aandelen voor de koper zijn. Er moet eveneens worden opgenomen of de winsten van het lopende boekjaar al dan niet in de prijs vervat zitten.

Meestal, niet noodzakelijk, vallen signing en closing samen. Soms worden in de overeenkomst opschortende voorwaarden opgenomen waardoor de closing maar ingang vindt eenmaal deze voorwaarden zijn vervuld.

Verder is een opsomming van wat allemaal moet gebeuren op het ogenblik van de closing aangewezen, zoals onder meer afgifte van de aandelen of overschrijving in het aandelenregister, afgifte van ontslagbrieven van de zaakvoerders of bestuurders, eventueel afgifte van een bankgarantie, afgifte van ontvangstbewijzen,...

5. VERKLARINGEN, GARANTIES EN SCHADEREGELING

Dit is een cruciaal artikel in een overeenkomst van aandelenoverdracht omdat een koper van aandelen slechts een zeer beperkte wettelijke bescherming geniet.

Bij een aandelenoverdracht blijft het juridische voorwerp van de transactie immers beperkt tot de overgedragen aandelen zelf en strekt het zich niet uit tot het onderliggend vermogen van de vennootschap. Met andere woorden: bij de closing neemt de koper ook alle schulden, tegoeden, risico's, sociaal passief, edm. mee over. Indien ná de closing problemen zouden rijzen die hun oorsprong vinden in de periode vóór de closing en er hieromtrent niets werd geregeld in de overeenkomst, zou de koper integraal het risico dragen.

Voorbeelden hiervan zijn: ná de closing komt er een fiscale controle van boekjaren vóór de closing, een geschil dat hangend was vóór de closing wordt ná de closing uitgesproken in het nadeel van de vennootschap, klantenvorderingen die openstonden op het ogenblik van de closing blijven onbetaald,...

Om die reden zal de verkoper in de overeenkomst garanties moeten geven voor het verleden en zal er een uitdrukkelijke opsomming worden opgenomen van bijkomende verklaringen en garanties met betrekking tot het onderliggende vermogen van de vennootschap waaronder ter illustratie en *niet-limitatief* :

- dat de vennootschap geldig werd opgericht en dat de aandelen 100% van het uitstaand kapitaal vertegenwoordigen en er geen overdrachtsbeperkingen zijn;
- dat de afgesloten en eventueel tussentijdse, jaarrekeningen, correct zijn opgemaakt en een juiste voorstelling geven van de werkelijkheid;
- dat de schuldvorderingen van de vennootschap op klanten, bestaande op het ogenblik van de closing, volledig en binnen de normale termijnen inbaar zullen zijn;
- dat de vennootschap alle wetten en reglementen die op haar van toepassing zijn heeft geëerbiedigd en over alle nodige vergunningen beschikt;
- dat er geen hangende of dreigende procedures en/of geschillen zijn;
- dat alle fiscale en sociale verplichtingen correct werden vervuld.

De verkoper kan echter tijdens de onderhandelingen proberen bepaalde uitzonderingen te bekomen op de verklaringen en garanties. Dit betekent concreet dat bepaalde zaken waarvan de koper reeds kennis heeft op het ogenblik van de closing (bv. naar aanleiding van de uitgevoerde due diligence) in de overeenkomst zelf of in een afzonderlijk schrijven (disclosure letter) worden opgenomen waardoor ze later geen voorwerp meer kunnen uitmaken van enige vraag tot schadevergoeding door de koper.

Als er na de closing een inbreuk wordt vastgesteld op de verklaringen en garanties die schade voor de vennootschap veroorzaakt, zal de

koper dit op de verkoper kunnen verhalen door middel van een schadeclaim, binnen bepaalde beperkingen zoals:

- procedure en termijn voor het instellen van een claim door de koper en het eventueel betwisten van die claim door de verkoper;
- maximale schadevergoeding (cap) die de verkoper desgevallend zal moeten betalen, ook al is het bedrag van de werkelijke schade hoger;
- minimale schade (de minimis) : bepaling dat elk schadegeval of alle schadegevallen samen een minimaal bedrag moeten vertegenwoordigen, dat eventueel tegelijk als franchise dient;
- uiterlijke datum voor het indienen van een schadeclaim. Gebruikelijke looptijden zijn 2 à 3 jaar, vaak evenwel met uitzondering voor sociale –en fiscale zaken waar de wettelijke verjaringstermijnen gelden;
- eventuele zekerheid die gedurende een overeengekomen periode door de verkoper moet worden gesteld voor eventuele schadegevallen, zoals een bankgarantie of een geblokkeerde rekening (escrow rekening) en dit om de koper te verzekeren dat de verkoper effectief zal betalen mocht zich een schadegeval voordoen;
- mogelijkheid/verplichting dat, in geval van een schadeclaim door een derde die betrekking heeft op de periode vóór de closing (bv. sociale inspectie, fiscus), de verkoper die uiteindelijk de schade zal moeten betalen, zijn verdediging kan opnemen samen met zijn raadsman en zijn akkoord moet geven voor het afsluiten van een minnelijk akkoord.



Bruno Vervisch, Bruno Vervisch bvba

6. ONTSLAG VAN BESTUURDERS/ ZAAKVOERDERS

Indien de verkoper op de closing vrijwillig ontslag neemt als bestuurder of zaakvoerder, zal de koper er zich toe moeten verbinden om, onmiddellijk na de closing, een bijzondere algemene vergadering te houden waarbij in de vervanging van de ontslagnemende bestuurder of zaakvoerder zal worden voorzien overeenkomstig de wettelijke en statutaire bepalingen ter zake. Tevens zal de koper moeten voorzien in een kwijting op de eerstvolgende jaarlijkse algemene vergadering van de vennootschap.

7. NIET-CONCURRENTIEBEDING EN/OF NIET-AFWERVINGSBEDING

De koper moet in de overeenkomst zeker een clause laten opnemen waarbij aan de verkoper na de closing het verbod wordt opgelegd om, eventueel op straffe van een (hoge) forfaitaire schadevergoeding, rechtstreeks of onrechtstreeks, activiteiten uit te oefenen die concurrerend of gelijkaardig zijn aan de (huidige) activiteiten van de vennootschap, alsook om werknemers van de vennootschap aan te werven.

Om rechtsgeldig te zijn moet een dit verbod zowel beperkt zijn in de tijd (in de praktijk maximaal 5 jaar), als territoriaal. Indien deze beide beperkingen niet zijn opgenomen is dit beding ongeldig!

8. OVERIGE BEPALINGEN IN DE OVEREENKOMST

- Indien de verkoper nog actief moet blijven voor de vennootschap na de closing worden de modaliteiten van deze latere samenwerking in de overeenkomst of in een afzonderlijke management- of dienstverleningsovereenkomst (in bijlage) geregeld;
- Verplichting voor de verkoper om alle nog openstaande rekeningen courant van de verkoper ten gunste of ten laste van de vennootschap voor de closing aan te zuiveren;
- Opsomming van bepaalde activa (bv. wagens, onroerende goederen), met vermelding van de prijs, die door de verkoper nog vóór, of kort ná, de closing zullen worden uitgekocht;
- Regeling met betrekking tot de kosten verbonden aan het tot stand komen van de transactie;
- Bepaling dat de nietigheid van één van de artikelen van de overeenkomst geenszins de nietigheid van de volledige overeenkomst tot gevolg heeft;
- Afspraken in verband met de confidentialiteit en de communicatie van de transactie naar de buitenwereld toe.

9. VERVREEMDINGSVERBOD

Mits het voldoen aan een aantal wettelijke voorschriften en beperkingen bestaat er in België (nog) geen meerwaardebelasting op aandelen en betaalt de verkoper geen enkele belasting op de ontvangen verkoopprijs, voor zover evenwel:

- de verkoper zijn aandelen verkoopt aan een koper binnen de Europese Economische Ruimte;
- de koper de aandelen niet overdraagt aan een koper buiten de Europese Economische Ruimte binnen een termijn van één jaar na de closing. Dit verbod moet worden opgenomen in de overeenkomst en in geval van inbreuk hierop door de koper moet hij alle belastingen die de verkoper dientengevolge verschuldigd is, vergoeden.

10. TOEPASSELIJK RECHT EN BEVOEGDE RECHTBANK/ ARBITRAGE

Voor het geval er na de closing geschillen ontstaan die niet in der minne tussen de partijen kunnen worden opgelost, kan in de overeenkomst één van de twee volgende mogelijkheden worden voorzien: ofwel wordt uitdrukkelijk een rechtbank aangeduid, ofwel wordt een arbitrageprocedure voorzien waarbij een college van arbiters een uitspraak (één aanleg) zal doen.

Bruno Vervisch
Zaakvoerder
Bruno Vervisch bvba
Overnamebegeleiding
www.brunovervisch.be

OVERNAMEBEGELEIDING & BEDRIJFSADVIES
VERVISCH

FORFAITAIRE BEROEPSKOSTEN: OMKERING BEWIJSLAST

De Programmawet van 23 december 2009 wijzigt de wettelijke bewijsregeling betreffende forfaitaire kostenvergoedingen.

Uitsluiting uit het loonbegrip

Kostenvergoedingen zijn uitgesloten uit het loonbegrip voor de sociale zekerheid. Het Hof van Cassatie bevestigde in dat verband uitdrukkelijk de mogelijkheid tot forfaitaire terugbetaling van onkosten.

Vroegere situatie inzake bewijslast

De RSZ en de inspectiediensten inzake sociale zekerheid zijn er steeds van uitgegaan dat de bewijslast dat forfaitaire kostenvergoedingen werkelijk kosten dekken op de werkgever rust. Dit standpunt was sinds enkele jaren echter achterhaald door een sedert 2002 gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de bewijslast bij de RSZ legde. In de rechtspraak werd wel aangenomen dat op de werkgever een zogenaamde 'medewerkingsplicht' rust: hij moet zijn forfaitair systeem transparant en aannemelijk maken.

Wijziging van de bewijslastregeling door de Programmawet

De Programmawet van 23 december 2009 heeft met ingang van 1 januari 2010 de bewijslast inzake forfaitaire kostenvergoedingen omgekeerd. Specifiek met betrekking tot forfaitaire kostenvergoedingen wordt nu in de RSZ-wet bepaald dat bij betwisting van de realiteit van de kosten, de werkgever de realiteit van deze kosten moet aantonen door middel van bewijsstukken of alle andere gemeenrechtelijke bewijsmiddelen (met uitzondering van de eed). Bij gebrek aan bewijs zal de RSZ overgaan tot ambtshalve aangifte van de verworpen kostenvergoedingen en dit 'op voorstel van de inspectiediensten die de werkgever gehoord hebben'.

Inwerkingtreding

De nieuwe bewijsregeling is in werking getreden op 1 januari 2010. De vraag rijst of deze nieuwe regeling met ingang van 1 januari 2010 ook voor het verleden moet toegepast worden. Het is mogelijk dat de inspectiediensten en de RSZ zich bij de regularisaties vanaf 1 januari 2010 zullen beroepen op de nieuwe

bewijsregeling, ongeacht of het onkostenvergoedingen betreft die vóór of na 1 januari 2010 werden uitbetaald. De nieuwe wettelijke regeling uit de Programmawet is volgens ons echter geen 'interpretatieve' bepaling, maar een wettelijke nieuwigheid, die dus niet retroactief kan toegepast worden. Wij zullen dus het standpunt verdedigen dat de oude bewijsregeling, gebaseerd op de voor de werkgevers gunstige cassatierechtspraak, van belang blijft in het kader van onderzoeken die betrekking hebben op kostenvergoedingen die zijn toegekend vóór 1 januari 2010.

Gevolgen van de wetwijziging

In het verleden diende te worden vastgesteld dat de RSZ en de inspectiediensten sowieso al van de werkgever verwachtten dat hij de werkelijkheid van de forfaitair terugbetaalde kosten aantoonde. Dit betekent dat er waarschijnlijk in de praktijk weinig zal veranderen wanneer het gaat om de fase voorafgaand aan een gerechtelijke procedure. In het kader van een gerechtelijke procedure naar aanleiding van een regularisatie door de RSZ zal de rechtbank nu wel gebonden zijn door de nieuwe wettelijke bewijsregeling, zodat de kansen dat de RSZ het gelijk aan zijn kant krijgt, zijn toegenomen.

Het is echter onduidelijk wat de precieze gevolgen zullen zijn van de nieuwe wettelijke regeling. Het is onzeker of de RSZ en de inspectiediensten hun bestaande standpunten (bijvoorbeeld inzake enkele algemeen aanvaarde kostenposten) nu nog zullen verstrengen. De praktijk zal dit de komende maanden waarschijnlijk uitwijzen.

In ieder geval zorgt de nieuwe wettelijke regeling ervoor dat het belang van een goed kostendossier nog is toegenomen.

Wij wijzen vooral op het belang van een logische verantwoording van de binnen de onderneming bestaande kostenforfaits, waarbij per personeelscategorie een opsomming wordt gegeven van alle 'kostenposten' die onder een bepaald kostenforfait vallen, bij voorkeur met hun respectievelijke waardering. Gelet op de nieuwe bewijslastregeling raden wij aan om bij de verantwoording van de kostenposten over concrete documenten te beschikken (bv. kostenovereenkomsten, gedurende een bepaalde periode bijgehouden stavingstukken ter ondersteuning van een in acht genomen forfaitair bedrag, etc.).

Bart Adriaens
Advocaat-vennoot
Claeys & Engels
Februari 2010



Bart Adriaens, Claeys en Engels