

LEGAL UPDATE

De warranty & indemnity-verzekering

Datum: 16 april 2020

De warranty & indemnity-verzekering (W&I-verzekering) wordt in Nederland steeds vaker ingezet als instrument om discussies over risicoallocatie en zekerheidstelling in M&A-transacties te beslechten. Een transactie die in eerste instantie niet mogelijk lijkt, kan door het afsluiten van een W&I-verzekering ineens toch levensvatbaar worden.

Een W&I-verzekering is een verzekering die dekking biedt voor schade die voortvloeit uit de schending van bepaalde garanties uit een koopovereenkomst. In overeenstemming met de verzekeraar kan de dekking worden uitgebreid waardoor de verzekering tevens dekking zal bieden voor schade ten gevolge van een schending van de algemene fiscale vrijwaring uit de koopovereenkomst. Een W&I-verzekering kan worden afgesloten door zowel de koper als verkoper. In de praktijk zijn de meeste W&I-polissen koperspolissen. Deze polis biedt dekking voor de koper bij wie schade ontstaat ten gevolge een inbreuk op de garanties (en de algemene fiscale vrijwaring). Een verkoperspolis biedt de verkoper dekking tegen de contractuele claims van de koper onder de koopovereenkomst.

De voordelen van een W&I-verzekering

Het gebruik van een W&I-verzekering in een transactie biedt een aantal voordelen:

- De W&I-verzekering is een middel om het verschil in de risicobereidheid van de koper en verkoper te overbruggen. Een verkoper die zo min mogelijk garanties wenst af te geven om haar aansprakelijkheid te beperken kan hierdoor toch de door koper gevraagde uitgebreide garanties afgeven. Een koper is hierdoor tegelijkertijd ook bereid om een hogere koopprijs te betalen doordat deze een verminderd risico loopt omdat er meer (of sterkere) garanties zijn afgegeven door de verkoper. Met name in het geval van een 'distressed' M&A-transactie (waarbij de kans groter is dat zich een inbreuk op de garanties voordoet) kan een koper hiermee de risico's beperken.
- De W&I-verzekering heeft geen gevolg voor de liquiditeitspositie van de verkoper. Een verkoper gebruikt niet graag een escrow overeenkomst of een vermogensinstandhoudingsverklaring als zekerheidsstelling voor de verplichtingen uit de koopovereenkomst. Het reserveren van gelden levert niets op en kost in veel gevallen zelfs geld. Het verwachte rendement van herinvesteren kan al snel de kosten van de polis overschrijden. Met name in het geval van een 'distressed' M&A-transactie zal een verkoper de koopsom willen aanwenden voor andere doeleinden, zoals bijvoorbeeld het afbetalen van schulden of het doen van herinvesteringen.
- Het maakt een clean exit mogelijk. Een verkoper, met name een private-equity partij, wil bij de verkoop van een onderneming in de regel altijd een clean exit realiseren en de ontvangen koopsom herinvesteren (zie hierboven).
- Een W&I-verzekering zal een hogere mate van zekerheid voor verhaal bieden. De W&I-verzekering wordt uitgekeerd door een kapitaal krachtige verzekeraar ongeacht de financiële situatie van de verkoper.
- In het geval van een inbreuk op de garanties zal een discussie tussen verkoper en koper worden vermeden. Deze discussie zal worden gevoerd met de verzekeraar in plaats van de wederpartij. Dit kan helpen om een goede (commerciële) relatie te behouden indien partijen na de transactie nog zaken doen.

Wat valt onder de dekking van de W&I-verzekering?

Wat onder de dekking van de W&I-verzekering valt is altijd afhankelijk van wat er in de polis is opgenomen. De polis dient om deze reden ook altijd zorgvuldig onderhandeld en beoordeeld te worden door een juridisch adviseur. In de regel zal de dekking meestal betrekking hebben op claims voortvloeiende uit de gebruikelijke garanties (en eventueel de algemene fiscale vrijwaring) uit de koopovereenkomst. Onder gebruikelijke garanties worden onder andere de titelgaranties, de bevoegdheidsgaranties, de balansgaranties en andere veelvoorkomende operationele garanties geschaard. Voor specifiekere garanties ten aanzien van bijvoorbeeld IE-rechten en productaansprakelijkheid dient per situatie onderhandeld te worden wat er wel of niet onder de polis komt te vallen. Bepaalde verzekeraars hebben bijvoorbeeld al Corona-gerelateerde schade uitgesloten van dekking. Indien nodig kan vaak extra dekking met betrekking tot bepaalde garanties worden ingekocht. Echter, niet alles is verzekeraar. Zo zijn bijvoorbeeld garanties over toekomstige pensioenrechten en transfer pricing in principe niet verzekeraar en zal de verzekering geen dekking bieden wanneer de inbreuk van tevoren al bekend was.

Net als alle andere verzekeringen, bevat een W&I-polis vaak een eigen risico en is er een maximum gesteld op de hoogte van de uitkeringen onder de polis. De dekkingsperiode dient in beginsel gelijk te lopen met de periode waarin de koper nog aansprakelijk is onder de koopovereenkomst.

Voor welke soort transacties is een W&I-verzekering mogelijk interessant?

Schade voortvloeiende uit een schending van specifieke garanties en, indien van toepassing, andere vrijwaringen dan de algemene fiscale vrijwaring zijn in beginsel uitgezonderd van dekking. In sommige transacties zal een W&I-verzekering dan ook slechts een beperkte mate van dekking geven waardoor het geen reëel alternatief voor traditionele vormen van zekerheid zal vormen. Bij de aanvraag en de beoordeling van de aanvraag van een W&I-verzekering hecht de verzekeraar veel waarde aan gedegen rapporten (*vendor due diligence*-rapporten) van de adviseurs van de koper. Partijen zullen met de verzekeraar rond de tafel moeten gaan zitten om de voorwaarden (en de dekking) van de verzekering, inclusief de bijbehorende premie, uit te onderhandelen.

Het is voor de verzekeraar doorgaans pas de moeite waard indien de premie een substantieel bedrag bedraagt. De verzekeringspremie bedraagt in de meeste gevallen ongeveer 1% van de maximale dekking. Om deze reden wordt momenteel alleen in relatief grote transacties van enkele tientallen miljoenen euro's gebruik gemaakt van een W&I-verzekering. Door de stijging in het aantal W&I-verzekeringen en de toename van concurrentie op dit gebied voor verzekeraars zal dit bedrag, naar verwachting, in de toekomst dalen. Hierdoor zal ook in transacties met een lagere waarde gebruik gemaakt kunnen worden van een W&I-verzekering.

Het is in de toekomstige transacties de moeite waard om de mogelijkheden van een W&I-verzekering te onderzoeken. Voor vragen over de W&I-verzekering kunt u uiteraard contact opnemen met de advocaten van Van Benthem & Keulen.

Dit is een Legal Update van Jan Huijbers.

Voor meer informatie:

Jan Huijbers
+31 30 259 56 52
janhuijbers@vbk.nl