

LEGAL UPDATE

Uitspraak Rechtbank Amsterdam: Beroep op COVID-19 als onvoorziene omstandigheid?

Datum: 6 mei 2020

De voorzieningenrechter van de Netherlands Commercial Court heeft op 29 april jl. [vonnis](#) gewezen in een kwestie over een voorgenomen overname. De eerste vraag betrof of er een overeenkomst tussen partijen tot stand was gekomen. De tweede vraag ging over de betaling van een fee nu de gedaagde de transactiedocumentatie niet had ondertekend. Beoordeeld moest worden of de gedaagde zich kon beroepen op onvoorziene omstandigheden (de coronacrisis) en of die van dien aard zijn dat de eiseres naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de fee bepaling niet mag verwachten.

De casus

Een Amerikaanse partij (later Eiseres) en Tennor Holding B.V. (Tennor) komen overeen dat Tennor gaat investeren in de springpaarden business van Eiseres en dat zij daartoe 50% van de aandelen overneemt voor EUR 169 miljoen. Partijen hebben een letter of intent getekend waarin staat dat elke partij zich mag terugtrekken uit de deal voor 2 maart 2020 onder de voorwaarde dat de terugtrekkende partij dan een fee aan de andere partij betaalt ter waarde van EUR 30 miljoen (de Fee).

Partijen hadden hun onderhandelingen afgerond en de execution copies van de transactiedocumentatie werden rondgestuurd. Tennor's adviseurs bevestigden jegens Eiseres dat "*the drafts are final*" en "*will revert with the signature pages in a few minutes*". De bevoegde persoon (de *authorised officer*) van Tennor heeft de documenten uiteindelijk niet getekend.

Eiseres stelt zich op het standpunt dat er een overeenkomst tot stand is gekomen en vordert nakoming. In het geval dat de rechter oordeelt dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen, vordert Eiseres subsidiair betaling van de Fee.

Tennor verweert zich met het standpunt dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen omdat de transactiedocumentatie niet is ondertekend. Bovendien betoogt zij dat de Fee niet verschuldigd is en, mocht deze wel verschuldigd zijn, dan dient de Fee te worden gewijzigd of verminderd op de voet van de artikelen 6:94 BW (matigen van een boete vanwege billijkheid), 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) of 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) vanwege de impact van de coronacrisis.

De beslissing

Vraag 1: was er een deal?

De voorzieningenrechter benadrukt dat niet gekeken moet worden naar wat partijen hebben gedacht of gezegd, maar naar wat een redelijk persoon in dezelfde omstandigheden uit de communicatie zou hebben begrepen. Daarbij is het van belang dat het hier twee professionele partijen betreft die bekend zijn met de gebruiken in de M&A praktijk. Partijen lieten zich bovendien bijstaan door een groot aantal adviseurs. Het was - aldus de voorzieningenrechter - partijen duidelijk dat een *authorised officer* de transactiedocumentatie diende te tekenen ten einde een overeenkomst te bewerkstelligen en dat geen van de adviseurs de bevoegdheid had om dat namens Tennor te doen. De voorzieningenrechter concludeert dat er geen feitelijke grondslag aanwezig is om het gedrag en de uitspraken van de adviseurs van Tennor toe te rekenen aan Tennor zelf. Kortom, er is geen overeenkomst tot stand gekomen omdat de transactiedocumentatie niet door een *authorised officer* is getekend.

Vraag 2: is de Fee verschuldigd?

De voorzieningenrechter benadrukt de terughoudendheid van rechters om overeenkomsten te wijzigen of te ontbinden ten gevolge van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW. De autonomie van partijen om hun rechtsgevolgen te bepalen, is leidend. Een rechter dient in een dergelijk geval te beoordelen of partijen in de mogelijkheid van het optreden van de desbetreffende onvoorziene omstandigheid al hebben voorzien en of deze mogelijkheid – al dan niet stilzwijgend - in de overeenkomst is verdisconteerd. Ook de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW moet bij de beoordeling worden meegenomen.

De voorzieningenrechter neemt een aantal elementen in overweging. De afspraken in de letter of intent waren helder: voor 2 maart 2020 tekenen of anders de Fee betalen. Daarbij hadden partijen bepaald dat de hoogte van de Fee redelijk was en dat zij daarom afstand deden van alle rechten om dit standpunt te betwisten. De Fee is niet bedoeld als boete, maar alloceert het risico van het afbreken van de onderhandelingen. Partijen kunnen een gecalculeerde berekening maken of zij het de moeite waard vinden om van de onderhandelingstafel weg te lopen, bijvoorbeeld (i) als een substantieel beter bod zich aandient voor de verkoper of (ii) als de target aanzienlijk onaantrekkelijk is geworden voor de koper. Daarbij werd de downside voor partijen beperkt door een cap van EUR 30 miljoen af te spreken; iets wat in de huidige omstandigheden als een groot voordeel mag worden gezien.

Tennor's verweer was gebaseerd op het feit dat zij geen andere keuze had dan van de deal weg te lopen vanwege de gevolgen van de crisis en de daaruit voortvloeiende onrust in het bedrijf. De Fee is daarom een te zware straf aangezien zij in deze omstandigheden niet anders had kunnen handelen. Tennor benadrukte ook dat de Fee gerelateerd was aan de koopprijs (en daarmee aan de waarde van het bedrijf) en concludeerde dat het dus gerechtvaardigd is de Fee naar beneden bij te stellen naarmate de waarde van het bedrijf afneemt.

De voorzieningenrechter beslist dat weliswaar de coronacrisis mogelijk een onvoorziene omstandigheid is, die niet in de letter of intent is verdisconteerd, maar deze niet van dien aard is dat Eiseres naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de Fee-verplichting mag verwachten. Hij verwijst naar de noodzaak om het contractuele evenwicht zoals de partijen hadden vastgelegd in de letter of intent te herstellen en/of te behouden.

De voorzieningenrechter hecht grote waarde aan het feit dat partijen de Fee waren overeengekomen om partijen aan te sporen tot het aangaan van de transactie en om risico's tussen hen te verdelen. Aangezien Tennor heeft gesteld dat de situatie van de target zo slecht is dat van haar geen nakoming van de overeenkomst kan worden gevorderd, dan is de betaling van de Fee een snelle uitweg voor haar om onder de verplichting tot betaling van de koopprijs uit te komen (en daarbij vermoedelijk extra kosten te moeten betalen voor het draaiend houden van de target). Als de gevolgen van de coronacrisis straks blijken mee te vallen, aldus de voorzieningenrechter, lijkt de Fee wellicht hoog, maar dat is wel wat partijen redelijk vonden toen zij afstand deden van hun recht om zich te beroepen op onredelijkheid van de Fee. De subsidiaire vordering tot betaling van de Fee wordt daarom toegewezen.

Afsluiting

Op dit moment is het nog niet duidelijk of partijen hoger beroep hebben ingesteld en/of deze zaak gaan voorleggen aan een bodemrechter. Ons zal benieuwen hoe de bodemrechter het feitencomplex uiteindelijk waardeert voor de beoordeling van de vraag of er een deal tot stand is gekomen en het beroep op artikel 6:258 BW vanwege de coronacrisis beoordeelt. Een uitspraak die hopelijk de M&A praktijk zal verrijken.

Dit is een Legal Update van het team Corporate / M&A.

Voor meer informatie:

Steven Storm
+31 30 25 95 616
stevenstorm@vbk.nl