

Ondernemingsrecht, burgerlijk procesrecht

Ondernemingsrecht 2020/124

Rechtbank Amsterdam 29 april 2020, NCC 20/014 (C/13/681900)

m.nt. mr. M.H.C. Sinninghe Damsté & mr. M.J. Bosselaar¹

ECLI:NL:RBAMS:2020:2406

ECLI:NL:RBAMS:2020:2277

NCC. Geldigheid en reikwijdte NCC-beding. Uitdrukkelijkheidsvereiste. Aandelentransactie. Totstandkoming Transaction Agreement. Matiging of vermindering verschuldigde fee vanwege coronacrisis. Onvoorziene omstandigheden. COVID-19. Share the pain approach.

McCourt/Tennor

1. Inleiding en feiten

Dit commentaar heeft ook betrekking op Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277 (tussen-uitspraak).

Op 14 en 29 april 2020 wees de NCC haar vierde en vijfde uitspraak in een procedure tussen McCourt Global Sports & Media LLC (McCourt) en Tennor Holding B.V. (Tennor).²

Deze procedure draaide om een aandelentransactie, die neerkwam op de verkoop en levering aan Tennor (koper) van het aandelenbelang van 50% van McCourt (verkoper) ter waarde van EUR 169 miljoen in een *show-jumping business* (paardensport). Over deze transactie voerden partijen in verschillende fasen overleg.³ Zo sloten en ondertekenden partijen een intentieverklaring (LOI), waarin zij verklaarden voornemens te zijn de aandelentransactie aan te gaan met daarbij het voorbehoud dat beide partijen van de transactie konden afzien. Indien een partij zou afzien van de transactie (voor een bepaalde datum), zou deze partij op grond van de LOI een fee aan de wederpartij zijn verschuldigd van EUR 30 miljoen. De LOI werd beheerst door Nederlands recht, maar vermeldde niets over geschillenbeslechting. In de LOI werd verwezen naar de

Transaction Agreement,⁴ waarin partijen de voorgenomen transactie hadden vastgelegd. De *Transaction Agreement* bevatte een arbitraal beding en bepaalde tegelijkertijd dat partijen voor voorlopige voorzieningen kiezen voor een procedure in de Engelse taal bij de NCC Court in Summary Proceedings (de NCC-voorzieningenrechter).⁵ Hoewel tussen partijen overeenstemming leek te zijn bereikt over de transactie (de *Transaction Agreement* was in *agreed form*),⁶ ondertekende de voorgenomen koper de *Transaction Agreement* uiteindelijk niet.⁷ Uit de onderhavige uitspraken blijkt niet precies waarom niet, maar de (ongunstige) vooruitzichten in verband met de uitbraak van het coronavirus en de negatieve impact daarvan op de *business* van de *target* lijken daarvoor een mogelijke verklaring.

De voorgenomen verkoper startte een kort geding bij de NCC-voorzieningenrechter, waarin zij primair vorderde de voorgenomen koper te veroordelen tot nakoming door uitvoering van de transactie (i.e. betaling van de koopsom van EUR 169 miljoen) en subsidiair tot betaling van de fee van EUR 30 miljoen vanwege het niet (tijdig) uitvoeren van de transactie. Koper wierp een bevoegdheidsincident op. Zij betwistte dat partijen in dit geval een geldig NCC-beding waren overeengekomen. Koper wenste te procederen bij de 'gewone' voorzieningenrechter te Amsterdam in de Nederlandse taal, tegen betaling van het reguliere griffierecht.⁸

Bijzonder was dat beide zittingen in dit kort geding werden gehouden gedurende de *lockdown* ingesteld ten tijde van de coronauitbraak en om die reden plaatsvonden via videoconferentie.⁹ Niet alleen betrokken buitenlandse advocaten, maar ook andere geïnteresseerden sloten aan.¹⁰ Overigens verlopen alle proceshandelingen en communicatie tussen de procespartijen bij de NCC al digitaal, via

1 Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté en mr. M.J. Bosselaar zijn advocaat te Amsterdam.

2 De kamer van de rechtbank Amsterdam wordt aangeduid als de NCC District Court (afgekort: NCC), waarbij de NCC-voorzieningenrechter (in kort geding en anderszins) wordt aangeduid als de NCC Court in Summary Proceedings (afgekort: CSP). De kamer van het gerechtshof Amsterdam wordt aangeduid als de NCC Court of Appeal (afgekort: NCCA). Gemakshalve zullen wij in deze bijdrage alle kamers van de Netherlands Commercial Court gezamenlijk aanduiden als de NCC.

3 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 3.1.

4 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 3.2 onder f.

5 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 3.3. De *Transaction Agreement* bepaalt in dit verband, voor zover hier relevant, het volgende: "(...) *Notwithstanding the foregoing, (i) any Party may apply to the Amsterdam District Court following proceedings in English before the Chamber for International Commercial Matters in the Court in Summary Proceedings ("CSP") for preliminary injunctive relief or similar interim measures necessary to preserve its rights pending resolution of any dispute arising out of or in connection with this Transaction Agreement through arbitration as contemplated above (with any appeals against CSP judgments being submitted to the Amsterdam Court of Appeal's Chamber for International Commercial Matters ("Netherlands Commercial Court of Appeal" or "NCCA")) (...).*"

6 Zo lijkt althans te volgen uit de gedragingen en verklaringen van de advocaten en adviseurs van partijen. Zie Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 3.2 onder e en i en Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.1.

7 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 3.4.

8 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 4.1 en 4.2.

9 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 2 en Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 2. Zie ook Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 43 onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2014/2015, 34 059, nr. 3 (MvT)*, p. 31.

10 Nieuwsbericht NCC 27 mei 2020, 'The Netherlands Commercial Court and COVID-19: case management, videoconference hearings and eNCC', onder 'Videoconference hearings'.

eNCC, het digitale portaal van de NCC.¹¹ Voor de wijze van communicatie tussen procespartijen is voor de NCC aansluiting gezocht bij de werkwijze van bestaande buitenlandse *commercial courts* en internationale arbitrage-instituten.¹² Zo was reeds voorzien in de mogelijkheid om zittingen bij de NCC digitaal te laten plaatsvinden.¹³

Tijdens deze digitale zittingen gelden, naast de ‘gewone’ regels die gelden voor zittingen, ook specifieke regels bij het gebruik van videoconferentie.¹⁴ In de praktijk betekent dit bijvoorbeeld dat het publiek zichtbaar moet zijn voor de procespartijen en dus (ook) de camera moet aanzetten.¹⁵ Naar eigen zeggen van de NCC zijn de zittingen die inmiddels hebben plaatsgevonden via videoconferentie succesvol verlopen, “*allowing interaction, dialogue and argument*”, net als bij een ‘gewone’ fysieke zitting. Een digitale zitting kan een gewone zitting natuurlijk niet geheel vervangen, al was het maar omdat de interactie tussen de procespartijen via een videoverbinding toch anders is. Het is hierbij de vraag hoe een digitale zitting zich verhoudt tot het beginsel van hoor en wederhoor. Dit beginsel houdt – kort gezegd – in dat partijen in gelijke mate gehoord moeten worden en de rechter acht moet slaan op al hetgeen in de procedure naar voren is gebracht en van belang kan zijn voor de beslissing van het geschil. Een zitting speelt in dit kader een belangrijke rol en uiteraard dient ook de NCC hoor en wederhoor toe te passen.¹⁶ Uit eigen ervaring,¹⁷ en die van andere partijen die deelnamen aan een zitting van de NCC via videoconferentie, merken wij op dat een digitale zitting, ook bij de NCC, niet altijd ideaal is.¹⁸ Zo krijgen de procesdeelnemers soms niet de gehele zitting mee door het verbreken

van wiferverbindingen, het uitvallen van camera’s of microfoons, enzovoorts.

2. Beslissingen

2.1 Bevoegdheidsincident; geldigheid en reikwijdte van het NCC-beding

In het bevoegdheidsincident kwam uitsluitend het NCC-beding aan de orde¹⁹ en meer specifiek de vraag of het NCC-beding “*uitdrukkelijk*” door partijen was overeengekomen zoals bedoeld in artikel 30r Rv.²⁰

Naar het (voorlopig)²¹ oordeel van de NCC-voorzieningenrechter is in dit geval een geldig NCC-beding overeengekomen. Daartoe overweegt de NCC-voorzieningenrechter aan de hand van de tekst, parlementaire geschiedenis en literatuur dat het in het kader van artikel 30r Rv voldoende is dat de keuze voor de NCC duidelijk tot uitdrukking is gebracht, welbewust is gemaakt en niet is verborgen in de algemene voorwaarden. Niet vereist is echter dat een NCC-beding moet zijn opgenomen in een door partijen ondertekend document.²² Vervolgens stelt de NCC-voorzieningenrechter voorop dat een NCC-beding los staat van de overeenkomst waarin deze is opgenomen en dus ook afzonderlijk moet worden beoordeeld. De NCC-voorzieningenrechter acht voorts van belang dat partijen ervaren internationale ondernemingen zijn die doorgaans zaken doen in de Engelse taal en ook de correspondentie en documentatie tussen partijen in het Engels is. Ook de aard en de strekking van het NCC-beding zijn relevant. De nauwe verbondenheid tussen de LOI en de Transaction Agreement maakt dat partijen erop mochten vertrouwen dat het NCC-beding ook geldt voor geschillen over de LOI. Anders gezegd: verkoper heeft redelijkerwijs mogen aannemen dat geschillen met betrekking tot de LOI en de Transaction Agreement kunnen worden voorgelegd aan de NCC-voorzieningenrechter.²³

Koper stelde subsidiair dat de onderhavige procedure niet valt binnen de reikwijdte van het NCC-beding, omdat geen arbitrageprocedure aanhangig (“*pending*”) is. De NCC-voorzieningenrechter verwerpt dit verweer, omdat de gangbare en duidelijke betekenis van het Engelse woord “*pending*” hier is dat een voorlopige voorziening

11 Artikel 3.2.1 NCC Rules. Zie hierover Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, *Ondernemingsrecht* 2019/103, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, V.R. Vroom & M.J. Bosselaar, onder 3.5. In de NCC Rules staat dat partijen procederen en communiceren via eNCC, tenzij de NCC anders bepaalt. In de praktijk lijkt eNCC in beginsel op vrijwillige basis door partijen te worden gebruikt. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.4 en Rb. Amsterdam (NCC) 26 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2681, r.o. 4.3. In de onderhavige procedure werd op verzoek van de NCC voor alle proceshandelingen en communicatie (verplicht) gebruikgemaakt van eNCC.

12 Raad voor de Rechtspraak, *Plan tot oprichting van de Netherlands commercial court*, november 2015, p. 11.

13 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 43 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2014/2015, 34 059, nr. 3 (MvT), p. 31.

14 NCC News Update nr. 8, ‘COVID-19: NCC’s first public videoconference hearing’. Zie ook het nieuwsbericht van 25 maart 2020 op de website van de NCC, ‘COVID-19: NCC is open for business, but restrictions apply’, raadpleegbaar via de volgende link: <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/news/Pages/COVID19-NCC-is-open-for-business-but-restrictions-apply.aspx>.

15 Nieuwsbericht NCC 27 mei 2020, ‘The Netherlands Commercial Court and COVID-19: case management, videoconference hearings and eNCC’, onder ‘Open to the public’.

16 Zie artikel 3.3 NCC Rules. Vgl. artikel 19 Rv en artikel 6 EVRM.

17 De auteurs waren betrokken bij Rb. Amsterdam (NCC) 13 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2681 (IHC). Ook in deze zaak voor de NCC vond de zitting plaats tijdens de lockdown, via videoconferentie.

18 Ook kritisch over digitale zittingen in combinatie met het beginsel van hoor en wederhoor: J.C. Heuving, ‘Corona, civiele rechtspleging en hoor en wederhoor’, *TvPP* 2020/3, p. 63-64.

19 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.1. De NCC-voorzieningenrechter stelde ambtshalve vast dat aan de overige vereisten voor behandeling door de NCC is voldaan (artikel 1.3.2 jo. 1.3.1 NCC Rules).

20 De behandeling van het bevoegdheidsincident geschiedde in het Nederlands. Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 2. Indien een partij de bevoegdheid van of de keuze voor de NCC betwist, kan deze partij een dergelijke exceptie of verweer voeren in het Nederlands. De verdere behandeling daarvan zal ook in het Nederlands geschieden. Ook de uitspraak is in de Nederlandse taal. Zie artikel 30r lid 4 Rv en artikel 6.2 NCC Rules. Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 43 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 12.

21 De (bodem)procedure betreft immers een kort geding, waarin het oordeel van de rechter een voorlopig karakter heeft.

22 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.6.

23 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7.

voorafgaat aan en niet vooruitloopt op de “*resolution of any dispute*” in arbitrage. De onderhavige procedure valt daarmee binnen de reikwijdte van het NCC-beding.²⁴ De NCC-voorzieningenrechter wijst de incidentele vordering van koper dan ook af.

2.2 Hoofdzak; totstandkoming Transaction Agreement; vermindering verschuldigde fee?

In de hoofdzak²⁵ ging het om de vraag of (i) de Transaction Agreement tussen partijen tot stand was gekomen, en zo nee (ii) of de fee van EUR 30 miljoen die koper op grond van de LOI aan verkoper is verschuldigd bij het niet doorgaan van de transactie kon worden gewijzigd of verminderd met het oog op de coronacrisis. De NCC-voorzieningenrechter beantwoordt beide vragen ontkennend.

Bij de beoordeling van de vraag of de Transaction Agreement in dit geval tot stand is gekomen, acht de NCC-voorzieningenrechter allereerst van belang dat beide partijen ervaren M&A-specialisten zijn, werden bijgestaan door diverse financiële en juridische adviseurs en actief zijn in verschillende jurisdicties.²⁶ Tegen deze achtergrond oordeelt de NCC-voorzieningenrechter dat veel waarde en gewicht wordt gehecht aan de ondertekening van een document zoals de Transaction Agreement. Dit onder meer vanwege de structuur van en de procedures binnen de organisatie van koper. Vaststaat dat koper de Transaction Agreement niet heeft ondertekend.²⁷ Verkoper heeft in dit kader gewezen op diverse gedragingen en verklaringen van de betrokken adviseurs en advocaten van koper, waaronder het gegeven dat de term “*subject to contract*” en vergelijkbare bewoordingen in latere fasen van de totstandkoming van de transactie niet (meer) werden gebruikt maar naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter wegen deze omstandigheden niet op tegen het belang van ondertekening van de Transaction Agreement door koper.²⁸ Het vereiste van “*execute and deliver*” voor de transactiedocumentatie in de LOI²⁹ is naar Nederlands recht geen vormvereiste, maar wel van belang als bewijsmiddel van het bestaan van een overeenkomst. Dit brengt mee dat een hoge drempel geldt voor het aannemen van het bestaan van een overeenkomst op grond van gedragingen

of verklaringen van adviseurs van partijen, aldus de NCC-voorzieningenrechter. De door verkoper genoemde gedragingen en verklaringen acht de NCC-voorzieningenrechter in dit kader onvoldoende. Er is bovendien onvoldoende feitelijke grondslag om deze gedragingen en verklaringen toe te rekenen aan koper.³⁰ De NCC-voorzieningenrechter wijst de door verkoper primair gevorderde uitvoering van de transactie dan ook af.

Dan komt de NCC-voorzieningenrechter toe aan beoordeling van de subsidiaire vordering van verkoper tot betaling van de fee van EUR 30 miljoen. Koper stelt dat de door partijen overeengekomen fee vanwege de coronacrisis moet worden verminderd op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) of onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 jo. 6:260 BW) dan wel moet worden gematigd (ex artikel 6:94 BW). De NCC-voorzieningenrechter gaat niet mee in dit betoog.

De coronacrisis is mogelijk een onvoorziene omstandigheid, maar niet zodanig dat verkoper naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen strikte nakoming van de feeverplichting mag vorderen.³¹ De fee was door partijen bedoeld als aansporing tot het aangaan van de transactie en om bepaalde risico's tussen hen te verdelen. De fee beperkt de *exposure* van partijen.³² De NCC-voorzieningenrechter volgt in dit geval de door verkoper bepleitte (in de woorden van de NCC) “*share the pain approach*” van Tjittes, waarbij – samengevat – de ‘pijn’ 50/50 moet worden verdeeld met inachtneming van het contractueel overeengekomen evenwicht (“*the parties’ contractual equilibrium*”).³³ Volgens de NCC-voorzieningenrechter brengt deze benadering in dit geval mee dat koper de overeengekomen fee van EUR 30 miljoen volledig dient te betalen.³⁴ De coronacrisis heeft een negatieve impact op de *business* van de *target*. Het zou niet in overeenstemming zijn met de bedoeling van de overeengekomen fee, indien de fee zou kunnen worden verminderd bij een waardedaling van de *target*, aldus de NCC-voorzieningenrechter. In dat geval zou het immers eenvoudiger zijn om af te zien van de transactie. De betaling van de fee is voor koper slechts een snelle manier om uit te komen onder de verplichting tot betaling van de koopprijs van de aandelen van EUR 169 miljoen en de operationele risico's verbonden aan de *business* van de *target*.³⁵

24 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.9.

25 De NCC-voorzieningenrechter bespreekt eerst de maatstaven die gelden voor de beoordeling van een vordering in kort geding. Zie Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.3-3.4 en 3.6-3.7.

26 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.9 en 3.10.

27 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.11 en 3.12.

28 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.13 en 3.14. Zoals overwogen in de tussenuitspraak: “*De lat kan wat betreft de Transaction Agreement als geheel (aanzienlijk) hoger liggen, gelet op de aard, strekking en omvang daarvan (afname van aandelen/een onderneming, betaling van een significante koopprijs), tegen de achtergrond van “market practices” in de kringen waartoe partijen behoren (M&A specialisten).*” Zie Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder j.

29 Voor de Transaction Agreement was vereist dat deze door iedere partij wordt ondertekend en vervolgens aan de andere betrokken partijen wordt uitgereikt of afgegeven (“*execute and deliver*”).

30 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.15 en 3.16. Een andere beslissing op grond waarvan handelen van (M&A-)adviseurs in een dergelijke grote transactie de conclusie zou kunnen rechtvaardigen van een deal zonder getekende SPA, zou ook grote onzekerheid meebrengen. Voor de praktijk zeer onwenselijk.

31 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.39 en 3.50. Zie ook r.o. 3.36-3.38.

32 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.40. Zie ook r.o. 3.31-3.35.

33 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.28 en voetnoot 22.

34 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.43 en 3.44. Zie ook r.o. 3.41 en 3.42.

35 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.45.

De fee van EUR 30 miljoen is wellicht hoog, maar dit is wat partijen hebben afgesproken en kennelijk redelijk vonden ten tijde van het sluiten van de LOI; een mechanisme om de hoogte van de fee aan te passen, ontbreekt in de LOI.³⁶ Voor matiging van de fee bestaat volgens de NCC-voorzieningenrechter ook geen ruimte, omdat de fee niet kan worden aangemerkt als boete(beding) zoals bedoeld in artikel 6:94 BW.³⁷ De NCC-voorzieningenrechter wijst de vordering van verkoper tot betaling van de fee van EUR 30 miljoen toe.

3. Commentaar

3.1 Inleiding

De uitspraken in deze procedure zijn om meerdere redenen interessant voor de proces- én transactiepraktijk. Wij zullen ons hier richten op twee aspecten: (i) de geldigheid van het NCC-beding in het licht van het uitdrukkelijkheidsvereiste en (ii) de geëiste vermindering/matiging van de overeengekomen fee vanwege de coronacrisis en de “*share the pain approach*”.³⁸

Bij de NCC staat een efficiënte en snelle behandeling van complexe internationale zaken, door deskundige en gespecialiseerde rechters,³⁹ centraal. Juist de complexiteit van de zaken maakt dat rechters van de NCC waar nodig sturing zullen moeten geven aan het verloop van de procedure. Regie, en daarmee de regierol van de rechter, komt al in een vroeg stadium van een procedure bij de NCC aan

de orde. In dit kader kunnen één of meerdere regiezittingen (“*case management hearings*”) plaatsvinden.⁴⁰

De versterkte regierol van de NCC is ook terug te zien in de behandeling van de onderhavige procedure. Uit het procesverloop volgt dat de NCC-voorzieningenrechter na betekening van de dagvaarding in overleg met de advocaten van partijen, in een *conference call*, een plan van behandeling heeft opgesteld.⁴¹ De procedure is vervolgens gevoerd conform de onderling afgestemde planning. Wat betreft de behandeling van excepties of verweren die zien op (het ontbreken van) de bevoegdheid van de NCC geldt – anders dan hetgeen is bepaald in artikel 128 lid 3 Rv – dat een partij niet is gehouden gelijktijdig te antwoorden in de hoofdzaak. Deze partij kan dus volstaan met het indienen van deze exceptie of dit verweer en de NCC zal hierop eerst (moeten) beslissen.⁴² In de onderhavige procedure kon koper dus volstaan met het opwerpen van het bevoegdheidsincident en besliste de NCC-voorzieningenrechter eerst op dit incident. Niettemin hadden partijen (kennelijk) al afspraken gemaakt over het vervolg van de procedure indien de NCC zich wel bevoegd zou verklaren. Vanwege het spoedeisende karakter van de hoofdzaak is de uitspraak op dit incident vervolgens, overeenkomstig de veelvuldig door rechters gehanteerde praktijk, geweest in de vorm van een kop-staartbeslissing (“*brief judgment*”) gevolgd door een uitgewerkte versie daarvan.⁴³

3.2 Bevoegdheid NCC; het uitdrukkelijkheidsvereiste

In alle gevallen toetst de NCC ambtshalve⁴⁴ aan vier limitatieve vereisten of zij bevoegd is om over een geschil te oordelen.⁴⁵ Eén van deze vereisten is dat partijen “uitdrukkelijk” moeten overeenkomen dat de procedure

36 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.48. Zie ook r.o. 3.46-3.47.

37 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.51-3.52. En zelfs al was sprake van een boete(beding) in de zin van artikel 6:94 BW, dan is de uitkomst hetzelfde als de NCC-voorzieningenrechter heeft geoordeeld ten aanzien van het beroep van koper op onvoorzienne omstandigheden en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

38 Ook bijzonder is en blijft de *look* en *feel* van de uitspraken van de NCC, die anders is dan ‘gewone’ uitspraken van Nederlandse (voorzieningen)rechters. Zo geven de uitspraken op (zeer) beschrijvende wijze het procesverloop en de inhoudelijke discussie tussen partijen weer. Ook de wijze van overwegen van de NCC-voorzieningenrechter is noemenswaardig. Wij wijzen hier met name op het door de NCC-voorzieningenrechter gehanteerde informele taalgebruik. Zie bijvoorbeeld de volgende overwegingen: Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder d (“*Dit klopt helemaal*”), e (“*Meer niet*”), i (“*Juridisch vertaald*”) en j (“*Dit is een issue (...)*”) en Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.18 (“*(...) there is whitewater ahead*”) 3.29 (“*The Court now comes to where the rubber hits the road*”), 3.32, 3.33 (“*That’s not all*”) en 3.44 (“*That is for another day*”). Deze iets andere opzet en het informele taalgebruik maken het interpreteren van de NCC-uitspraken niet eenvoudiger, simpelweg omdat de uitspraken heel anders zijn dan ‘gewone’ kortgedinguitspraken. Zie hierover ook Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, *Ondernemingsrecht* 2019/103, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, V.R. Vroom & M.J. Bosselaar, onder 3.2.

39 De NCC is samengesteld uit een landelijke poule van gespecialiseerde rechters en raadsheren, met voldoende kennis van de Engelse (juridische) taal. *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 3 en *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 8-9. Inmiddels zijn er tien rechters in deeltijd werkzaam bij de NCC; zes voor de NCC District Court en vier voor de NCC Court of Appeal. Op de website van de NCC is tevens een zaaktoedelingsreglement gepubliceerd.

40 Raad voor de Rechtspraak, *Plan tot oprichting van de Netherlands commercial court*, november 2015, p. 11 en *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 3-4. Zie ook M. Kuijpers, *The Netherlands Commercial Court*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019, p. 29-30, E. Bauw, ‘Opinie: Ondernemerschap in de rechtspleging. Over de kansen van een Netherlands Commercial Court’, *AA* 2016/2, p. 97 en P.E. Ernste & F.E. Vermeulen, ‘The Netherlands Commercial Court – an attractive venue for international commercial disputes?’, *TCR* 2016/4, par. 4.3.

41 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 2. Zie ook r.o. 5.14 en 6.2, artikel 3.4 en 7.1 NCC Rules en Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 40 en 44.

42 Artikel 30r lid 2 Rv en artikel 6.2 NCC Rules. Zie over het ontbreken van concentratie van verweer bij de NCC ook *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 11-12.

43 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, onder Inhoudsopgave. Zie ook artikel 9.5 NCC Rules.

44 Artikel 1.3.4 en 1.3.5 NCC Rules. Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.1. De NCC-voorzieningenrechter stelde ambtshalve vast dat aan de overige vereisten voor behandeling door de NCC is voldaan.

45 Deze vereisten blijken uit artikel 30r lid 1 Rv en artikel 1.3.1 NCC Rules. Zie over deze NCC-vereisten in meer uitgebreide zin Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, *Ondernemingsrecht* 2019/103, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, V.R. Vroom & M.J. Bosselaar, onder 3.4.

wordt gevoerd bij de NCC⁴⁶ én in de Engelse taal. Dit vereiste volgt uit artikel 30r Rv en artikel 1.3.1 (d) NCC Rules.⁴⁷ In eerdere procedures bij de NCC stond de uitdrukkelijkheid van het NCC-beding niet ter discussie.⁴⁸ Dit element stond centraal in het door koper opgeworpen bevoegdheidsincident. Opmerking verdient hier dat het incident enkel betrekking had op de geldigheid van het NCC-beding, niet op de forumkeuze voor de voorzieningenrechter/rechtbank Amsterdam. Het NCC-beding kwalificeert namelijk als procedureafpraak en is geen forumkeuze. Waar een procedureafpraak betrekking heeft op de wijze waarop partijen wensen te procederen (hier: in het Engels met inachtneming van de NCC Rules), wijzen partijen in een forumkeuze een bepaald gerecht aan om het geschil te beslechten (hier: de rechtbank en/of het gerechtshof Amsterdam). De NCC is geen zelfstandig gerecht dat met een forumkeuze kan worden aangewezen maar een kamer van de rechtbank respectievelijk het gerechtshof Amsterdam.⁴⁹ Indien de rechtbank of het gerechtshof Amsterdam bevoegd is (op basis van een forumkeuze of anderszins), kunnen partijen de procedureafpraak maken om geschillen in het Engels aan de NCC voor te leggen.⁵⁰ Indien de NCC zou oordelen dat de rechtbank of het gerechtshof Amsterdam bevoegd is, maar partijen niet rechtsgeldig zijn overeengekomen om te procederen bij de NCC en/of in de Engelse taal, dan kan de NCC de zaak verwijzen naar de handelskamer van de rechtbank of het gerechtshof Amsterdam.⁵¹

Het debat tussen partijen spitste zich enkel toe op genoemd uitdrukkelijkheidsvereiste. Daarbij kwam het volgens de NCC-voorzieningenrechter aan op een uitleg van artikel 30r Rv en de stukken en overige uitlatingen van

partijen.⁵² Hierbij speelt ook de ratio van het uitdrukkelijkheidsvereiste een rol.⁵³ Hoewel de NCC met name bedoeld is voor internationaal opererende ondernemingen, hebben deze partijen niet altijd behoefte aan volledige Engelstalige geschilbeslechting bij de NCC. Een onderneming, groot of klein, zal in overleg met haar wederpartij steeds moeten afwegen of een keuze voor de NCC het beste is. Bij deze afweging spelen onder meer de plaats, taal en kosten van de procedure een rol.⁵⁴ Partijen moeten niet tegen hun wil in een procedure voor de NCC worden betrokken.⁵⁵ Met het uitdrukkelijkheidsvereiste is gewaarborgd dat partijen, met name consumenten en kleine ondernemingen ("de kapper om de hoek"),⁵⁶ niet zonder hun instemming worden geconfronteerd met een procedure bij de NCC in het Engels, met het hogere griffierecht.⁵⁷ In dit kader impliceert "uitdrukkelijk" dat stilzwijgende aanvaarding in beginsel niet volstaat.⁵⁸ Naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter is hiervoor toereikend dat partijen hun keuze duidelijk tot uitdrukking hebben gebracht en welbewust hebben gemaakt. Een overeenkomst of clause die verwijst naar algemene voorwaarden waarin een NCC-beding is opgenomen is onvoldoende, tenzij de andere partij dit uitdrukkelijk en schriftelijk heeft aanvaard.⁵⁹ Voor de geldigheid van een NCC-beding is volgens de NCC-voorzieningenrechter niet vereist dat het is opgenomen in een door partijen ondertekend document.⁶⁰ Het feit dat het NCC-beding was opgenomen in de Transaction Agreement die niet door koper was ondertekend, stond dus niet in de weg aan de uitdrukkelijkheid.

Het oordeel over de rechtsgeldigheid van een NCC-beding staat bovendien los van de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst waarop het geschil zelf betrekking heeft (hier: de Transaction Agreement). Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis.⁶¹ Verwezen wordt hier naar artikel 8 lid 6 Rv en artikel 25 lid 5 Brussel I-bis.⁶² Eventuele vormvereisten voor de Transaction Agreement en de daarin opgenomen *entire-agreement-clausule* zijn daarom niet van belang voor het al dan niet tot stand ko-

46 Een keuze voor de NCC impliceert een keuze voor de NCCA én de NCC-voorzieningenrechter, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Artikel 30r lid 3 Rv. Zie Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 39. Partijen kunnen ook overeenkomen om het geschil direct aan de NCCA voor te leggen (prorogatie, artikel 329-331 Rv) of af te zien van hoger beroep (artikel 333 Rv) dan wel de NCC-voorzieningenrechter aan te wijzen voor voorlopige voorzieningen.

47 Zie ook Bijlage II (NCC-beding) NCC Rules, p. 47 voor de modelbepaling van het NCC-beding van de NCC zelf. Zie hiervoor ook de website van de NCC. Zie hierover Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, *Ondernemingsrecht* 2019/103, m.nt. M.H.C. Sinnighe Damsté, V.R. Vroom & M.J. Bosselaar, onder 3.4.4. Wij verwijzen in deze bijdrage overigens naar de Nederlandstalige versie van de NCC Rules.

48 Zie Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3, Rb. Amsterdam (NCC) 4 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5197, r.o. 4.1, Rb. Amsterdam (NCC) 4 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1388, r.o. 4.2 en Rb. Amsterdam (NCC) 26 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2681, r.o. 4.2.

49 Uitspraken van de NCC zijn uitspraken van de rechtbank respectievelijk het gerechtshof Amsterdam. Het staat buiten twijfel dat deze gerechten binnen de Europese Unie worden aanvaard als een gerecht in de zin van Brussel I-bis. Zie *Kamerstukken II* 2017/2018, 34 761, nr. 6 (NV), p. 15.

50 *Kamerstukken I* 2018/2019, 34 761, nr. D (Nadere MvA), p. 7. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 5-6 en *Kamerstukken II* 2017/2018, 34 761, nr. 6 (NV), p. 1-2.

51 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 12 en *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 8.

52 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.6 onder c en 5.7.

53 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder c.

54 *Kamerstukken I* 2018/2019, 34 761, nr. D (Nadere MvA), p. 2-3, 5 en 6 en *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 4.

55 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 3.

56 Zie ook C.E. Drion, '76. Drafting tips & skills: De Netherlands Commercial Court', *ORP* 2017/2.

57 *Kamerstukken I* 2018/2019, 34 761, nr. D (Nadere MvA), p. 5-6.

58 Artikel 30r lid 1 Rv. Zie Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 39 en *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 11.

59 Zie in dit kader over de geldigheid van een NCC-beding in de statuten *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 9-10 en M. Kuijpers, *The Netherlands Commercial Court*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019, p. 12.

60 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.6 onder d.

61 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 6.

62 Deze artikelen bepalen – kort gezegd – dat een forumkeuzebeding als afzonderlijke overeenkomst dient te worden beschouwd en beoordeeld die (dus) los staat van de overige bepalingen van de overeenkomst waarin de forumkeuze is opgenomen en waarop het geschil betrekking heeft.

men van overeenstemming over het NCC-beding.⁶³ Wij kunnen dit oordeel van de NCC goed volgen. Een en ander geldt te meer gelet op het feit dat de NCC-voorzieningenrechter overweegt dat de LOI en de Transaction Agreement nauw met elkaar verbonden zijn. Het NCC-beding is weliswaar enkel opgenomen in de Transaction Agreement en verwijst naar “*dispute arising out of or in connection with this Transaction Agreement*”. In de LOI wordt wel verwezen naar de Transaction Agreement. Dit heeft ongetwijfeld te maken met de – door de NCC-voorzieningenrechter ook opgemerkte – enigszins ongebruikelijke gang van zaken rondom de totstandkoming van de LOI en de Transaction Agreement, die vrijwel simultaan lijken te zijn opgesteld. Deze nauwe verbondenheid maakt onder meer dat het NCC-beding zich in dit geval ook uitstrekt tot geschillen over de LOI.⁶⁴ Onzes inziens terecht. Een andersluidende uitkomst zou wat ons betreft geen recht doen aan deze tussen partijen geldende, uitdrukkelijke afspraken.

Koper voerde nog aan dat wat betreft het overeenkomen van een NCC-beding sprake is van een hoge drempel waaraan strikt dient te worden getoetst.⁶⁵ De NCC-voorzieningenrechter lijkt deze redenering niet te hebben gevolgd.⁶⁶ Een dergelijke hoge drempel blijkt ook niet uit de wet of de wetsgeschiedenis.

Interessant in dit verband is ook de in de literatuur opgeworpen vraag of het NCC-beding en NCC-uitspraken rechtskracht hebben in andere Europese landen. Van Zelst vraagt zich onder meer af of een *commercial court* als de NCC wel een gerecht is in de zin van de Brussel I-bis.⁶⁷ Daarentegen betoogt Van Heesch, net als Bauw & Kramer, dat partijen met een gerust hart een NCC-beding kunnen (blijven) opnemen in hun contracten en dat een uitspraak van de NCC zonder twijfel op grond van de regels van Brussel I-bis ten uitvoer kan worden gelegd.⁶⁸ Wij zouden ons hier graag bij aansluiten. De NCC zelf zegt geen twijfel te hebben over de rechtskracht van het NCC-beding en de

NCC-uitspraken binnen de Europese Unie.⁶⁹ Voor zover ons bekend, hebben zich nog geen tenuitvoerleggingskwesities rondom NCC-uitspraken voorgedaan.

3.3 *Coronacrisis; onvoorziene omstandigheden e.a., een ‘share the pain approach’?*

Ook de M&A-praktijk wordt hard getroffen door de coronacrisis. Transacties worden tijdelijk stilgelegd (“*pens down*”) en in sommige gevallen wordt zelfs geheel afgezien van de transactie.⁷⁰ Waar als gevolg van de coronacrisis de nodige contracten tijdelijk of langdurig niet of niet geheel uitgevoerd kunnen worden of alleen tegen hogere kosten, of de prestatie (deels en/of tijdelijk) waardeloos is geworden, rijst de vraag wat dit betekent voor een (voorgenomen) overname. Kan de koopprijs of de prestatie verminderd, gewijzigd of opgeschort worden? Een beroep op overmacht (artikel 6:75 BW), onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) of redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) kan in dit kader mogelijk uitkomst bieden. De coronacrisis laat zien dat een balans moet worden gezocht tussen het daadwerkelijk geven van invulling aan deze leerstukken om een contractuele relatie ook onder uitzonderlijke omstandigheden werkbaar te houden en het waarborgen van de rechtszekerheid in het economisch verkeer. Inmiddels is door lagere rechters een aantal uitspraken gewezen over de vraag of de coronacrisis kwalificeert als overmacht of onvoorziene omstandigheden.⁷¹

63 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder a.

64 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder f.

65 Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.2.

66 Uit diverse rechtsoverwegingen kan worden afgeleid dat de NCC die hoge drempel in dit geval niet ziet. Zie Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.7 onder g (“*al gauw*”) en j (“*De lat kan wat betreft de Transaction Agreement als geheel (aanzienlijk) hoger liggen (...)*”). Wellicht dat ook een rol speelt dat het in onderhavige procedure ging om een kort geding. Zie Rb. Amsterdam (NCC) 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2277, r.o. 5.1.

67 Mr. Online 19 mei 2020, ‘Van Zelst (Van Doorne): Twijfels bij Europese rechtskracht NCC’. Zie B. van Zelst, ‘51. Naschrift: de status van de NCC(A) onder Brussel I Bis’, *ORP* 2020/3, p. 10-12 en B. van Zelst, ‘110. De Netherlands Commercial Court (of Appeal) – mooie kansen voor arbitrage’, *ORP* 2019/6, p. 4-10.

68 Opinie E. Bauw & X.E. Kramer, Het Financieele Dagblad 11 oktober 2017, ‘Commercial court’ is uitkomst voor complexe internationale handelszaken’ en X.P.A. van Heesch, ‘50. De NCC(A), geen gerecht in de zin van de Brussel-I-Bis-Verordening?’, *ORP* 2020/3, p. 4-9.

69 Zie ook de bijdrage van NCC-rechters L.S. Frakes en W.A. Visser, ‘Back to business: NCC/NCCA werkt in het Engels, maar is gewoon Rechtbank of Hof Amsterdam en heeft dus verplichte rechtsmacht’, 9 juli 2020, raadpleegbaar via de volgende link: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Back%20to%20business%20-%20de%20Netherlands%20Commercial%20Court%20%28of%20Appeal%29%20werkt%20in%20het%20Engels%2c%20maar%20is%20gewoon%20rechtbank%20en%20Amsterdam%20en%20heeft%20dus%20verplichte%20rechtsmacht%20%28research%20notes%29.pdf>. Mr. Online 19 mei 2020, ‘Van Zelst (Van Doorne): Twijfels bij Europese rechtskracht NCC’. Zie over de twijfels bij de tenuitvoerlegging buiten de Europese Unie: J. Hoeben, A.L.M. Keirse & M.D. Reijneveld, ‘Opteren voor de Netherlands Commercial Court’, *Contracteren* 2017/2, p. 40 en P.E. Ernste & F.E. Vermeulen, ‘The Netherlands Commercial Court – an attractive venue for international commercial disputes?’, *TCR* 2016/4, par. 4.5.

70 Zie hierover R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, ‘De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten’, *Ondernemingsrecht* 2020/68 en G. van Solinge, Het Financieele Dagblad 21 juni 2020, ‘De coronacrisis maakt het sluiten van fusies en overnames lastiger’.

71 Zie hierover uitvoerig R.J. Tjittes en J. Tetelepta, ‘Lessen uit de eerste elf rechterlijke uitspraken over de COVID-9 crisis en onvoorziene omstandigheden en overmacht bij commerciële contracten’, *TOP* 2020/4, onder verwijzing naar V.zr. Rb. Overijssel 6 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1688 (*Enschede/X*), V.zr. Rb. Amsterdam 14 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2644 (*Everts c.s./Nordian Fund*), V.zr. Rb. Amsterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2647 (*Coltavast/Metroprop*), V.zr. Rb. Noord-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1979 (*Sigismund/InBev*), V.zr. Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768 (*Vitesse/Gelredome*), V.zr. Rb. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906 (*X/Urbana*), Hof Amsterdam 10 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1629 (*Metroprop/Coltavast*), V.zr. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant De Wallen*), Rb. Rotterdam 18 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5583 en V.zr. Rb. Amsterdam 19 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3091 (*Care/Vision*). Zie verder R.P.J.L. Tjittes, ‘Dutch courts on the COVID-19 crisis and the doctrines of unforeseen circumstances and force majeure in commercial contracts’, verschenen op LinkedIn op 28 juni 2020: <https://www.linkedin.com/pulse/dutch-courts-covid-19-crisis-doctrines-unforeseen-force-tjittes>. Tjittes maakt ook een vergelijking met het leerstuk “frustration” onder Engels recht.

Een professionele koper van onroerend goed beriep zich op het moeilijk kunnen verkrijgen van financiering in verband met de coronacrisis en wenste daarom niet mee te werken aan de overdracht van de onroerende zaken. De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde dat indien een koper onvoldoende financiële middelen heeft om de koop te financieren dit naar verkeersopvattingen voor rekening van de koper komt en dus geen sprake is van overmacht (niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming).⁷² Het gerechtshof (in kort geding) heeft dit oordeel bekrachtigd.⁷³ Betaling als zodanig wordt ook niet verhinderd door de coronacrisis. In procedures over de huur van bedrijfsruimte hebben voorzieningenrechtters geoordeeld dat financieel onvermogen van de huurder als gevolg van de coronacrisis naar verkeersopvattingen voor rekening van de huurder-debiteur komt.⁷⁴ Ook in een geschil over de overname van een oogkliniek heeft een voorzieningenrechter geoordeeld dat een beroep van de koper op overmacht vanwege het niet kunnen verkrijgen van financiering als gevolg van de coronacrisis niet slaagt. Niet aannemelijk was dat de koper geen financiering kon krijgen, omdat de koper geen afwijzing door een bank had laten zien, hij tegelijkertijd een andere miljoenenovername had gesloten en de betaling van volgende betaaltermijnen uit inkomsten van de *target* nog in de toekomst lagen (en de kliniek op 29 april 2020 weer was opengegaan en sindsdien een goede omzet had behaald).⁷⁵

Voor toepassing van artikel 6:258 BW moet kort en goed sprake zijn van: (i) onvoorziene omstandigheden die (ii) van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten en (iii) niet voor rekening komen van de partij die zich op artikel 6:258 BW beroept. Artikel 6:258 BW is van dwingend recht; ingevolge artikel 6:250 BW kan daarvan contractueel niet worden afgeweken. In de Nederlandse rechtspraak is reeds aanvaard dat de coronacrisis, gelet op de omvang en ingrijpende gevolgen daarvan voor de economie en maatschappij, in beginsel kan kwalificeren als een onvoorziene omstandigheid; partijen zullen daar als regel geen rekening mee hebben gehouden in hun contract.⁷⁶ Waar professionele partijen bekend zijn geraakt met het

coronavirus en de overheidsmaatregelen (varianten van een *lockdown*) en te dien aanzien bewust geen voorziening hebben getroffen in het contract (zoals een “*Material Adverse Change*”-clausule of een specifieke coronaclausule), hebben voorzieningenrechtters geoordeeld dat de coronacrisis wel is verdisconteerd in het contract en in zoverre geen sprake is van een onvoorziene omstandigheid.⁷⁷ Nuances op deze benadering zijn natuurlijk ook denkbaar.

Ook de NCC moest oordelen over het beroep van koper op de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW), onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) en matiging (artikel 6:94 BW). De NCC nam hierbij als uitgangspunt het adagium *pacta sunt servanda*: afspraken moeten worden nagekomen. Sommige situaties vragen weliswaar om een uitzondering, maar vooropgesteld wordt dat daarmee terughoudend moet worden omgegaan.⁷⁸ Een en ander in lijn met vaste rechtspraak.⁷⁹ Vanwege het ontbreken van eerdere uitspraken op dit punt – voornoemde uitspraken zijn van een latere datum – zocht de NCC-voorzieningenrechter aanknopingspunt bij met name de opvattingen in de literatuur.⁸⁰ De NCC-voorzieningenrechter wijst in dit kader specifiek op de (recent ‘gepubliceerde’) benadering van Tjittes, tevens raadsheer-plaatsvervanger bij de NCC. Deze benadering, aangeduid als de “*share the pain approach*”, neemt als uitgangspunt een 50/50-verdeling van het nadeel, waarbij de contractueel overeengekomen risicoverdeling moet worden gehandhaafd.⁸¹ Het gaat om het herstellen van het aanvankelijk overeengekomen contractuele evenwicht. Met andere woorden: de pijn moet worden verdeeld met inachtneming van het contractueel overeengekomen evenwicht (“*the parties’ contractual equilibrium*”).⁸² Daarbij kijkt de NCC-voorzieningenrechter ook over de landsgrenzen heen en

72 V.zr. Rb. Amsterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2647 (*Coltavast/Metroprop*), r.o. 4.4. en 4.5.

73 Hof Amsterdam 10 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1629 (*Metroprop/Coltavast*).

74 V.zr. Rb. Overijssel 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1906 (*X/Urbana*), r.o. 6.1 en V.zr. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant De Wallen*), r.o. 3.4.

75 V.zr. Rb. Amsterdam 19 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3091 (*Care/Vision*), r.o. 5.9.

76 Zie de overwegingen in Rb. Amsterdam 20 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2647 (*Coltavast/Metroprop*), r.o. 4.7, V.zr. Rb. Noord-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1979 (*Sigismund/InBev*), r.o. 4.8 (slot), Rb. Gelderland 29 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2768 (*Vitesse/Gelredome*), r.o. 4.1, Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant De Wallen*), r.o. 3.5 en Rb. Rotterdam 18 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5583, r.o. 5.5.

77 V.zr. Rb. Amsterdam 14 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2644 (*Everts c.s./Nordian Fund*), r.o. 4.17 en V.zr. Rb. Amsterdam 19 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3091 (*Care/Vision*), r.o. 5.12 en 5.14.

78 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.25.

79 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 en HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, r.o. 3.3.4: “(...) de terughoudendheid die is geboden bij de toepassing van art. 6:258 BW (...)”

80 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.28: “There is of course no well-established case law on COVID-19. However, commentators have provided guidance that is very helpful to think through the issues. Counsel discussed this guidance and used it to shape their change-of-circumstances arguments.” Zie ook r.o. 3.23: “As the Court turns to the legal principles that guide the analysis, it may be helpful to review the main contours of Dutch thinking, and explore related systems. COVID-19 may present unprecedented challenges, but the past nevertheless helps to frame the issues.”

81 R.P.J.L. Tjittes, ‘Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel’, onder meer gepubliceerd op de website van BarentsKrans; raadpleegbaar via de volgende link: <https://www.barentskrans.nl/nieuws/commerciële-contracten-en-corona-uitgangspunt-50-50-verdeling-nadeel/>. Tjittes verwijst naar de parlementaire geschiedenis bij Boek 6 BW en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4326. Tjittes geeft in dit verband tevens een aantal gezichtspunten die bij deze (risico)verdeling van belang kunnen zijn.

82 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.28 en voetnoot 22.

overweegt dat ook de (objectieve) impact op lange termijn relevant is.⁸³

Als uitgangspunt komt ook Schelhaas en Spanjaard de benadering van Tjittes niet onlogisch voor.⁸⁴ Daarbij wijzen zij wel op de kritiek van Drion – de NCC-voorzieningenrechter laat deze kritiek geheel onbesproken – die heeft opgemerkt dat een 50/50-verdeling van het nadeel in de praktijk lastig zal zijn vorm te geven, onder meer omdat het nadeel in veel contractuele verhoudingen niet gelijk zal zijn.⁸⁵ Ook Van Boom, die spreekt van de “*share the burden*”-verdeling, vindt dat de oproep van Tjittes tot een 50/50-verdeling (veel) nuancering behoeft. Naar zijn mening is de rol van artikel 6:258 BW in tijden van corona redelijk beperkt. Voor de verdeling van het nadeel moet specifiek naar het desbetreffende contract en de daaruit voortvloeiende risicoverdeling worden gekeken. In veel gevallen kan artikel 6:258 BW geen zinvolle oplossing bieden en ligt ontbinding van de overeenkomst eerder voor de hand dan wijziging daarvan. Ook lijkt het bij de toepassing van artikel 6:258 BW lastig om te bepalen wat precies het nadeel inhoudt, afgezet tegen eventuele voordelen die partijen al dan niet hebben genoten. Een “*share the burden*”-benadering is volgens Van Boom dan ook te kort door de bocht.⁸⁶ Overigens baseert Tjittes de “*share the pain*”-benadering op een artikel van 25 jaar geleden van Nieuwenhuis, die de gedachte formuleerde dat waar beide partijen geen blaam treft van de onvoorziene omstandigheid, het financiële nadeel als gevolg van die onvoorziene omstandigheid in beginsel gelijkelijk (50/50) over beide partijen moet worden verdeeld.⁸⁷

De nuanceringen op de “*share the pain*”-benadering zijn wat ons betreft op hun plaats. De onvoorspelbare toepassing van deze benadering brengt grote onzekerheid mee, hetgeen in de tot op de komma uitonderhandelde contracten in de M&A-praktijk zeer onwenselijk is. Ook in de hiervoor aangehaalde uitspraken van latere datum komt

deze benadering niet zo expliciet aan de orde.⁸⁸ De NCC-voorzieningenrechter laat hier echter geen misverstand over bestaan en past de benadering expliciet toe:

“the “share the pain” approach, focusing on the parties’ contractual equilibrium, is the right way to look at the LOI in the specific circumstances in this case at this early stage.”⁸⁹

Dit gezegd hebbende, overweegt de NCC-voorzieningenrechter dat voor het bepalen van de contractuele risicoverdeling de inhoud en betekenis van de fee-afpraak relevant zijn en deze dienen te worden vastgesteld op basis van uitleg.⁹⁰ Nu de vorderingen worden beoordeeld naar Nederlands recht,⁹¹ komt het hierbij aan op de verklaringen van partijen over en weer en hetgeen zij daaruit hebben mogen afleiden (de *Haviltex*-maatstaf). Daarbij acht de NCC-voorzieningenrechter ook van belang dat beide partijen ervaren M&A-specialisten zijn en werden bijgestaan door adviseurs.⁹² Blijkens de uitspraak hebben partijen uitvoerig gediscussieerd over de inhoud en strekking van de fee-afpraak, en ook over de term risicoverdeling (“*risk allocation*”).⁹³ De fee was volgens de NCC-voorzieningenrechter niet alleen bedoeld als stimulans (“*incentive*”), als mogelijkheid (“*option*”), maar de fee was ook een manier om blootstelling aan bepaalde risico’s te beperken, althans te verdelen.⁹⁴ Het antwoord op de vraag of de coronacrisis voor partijen al dan niet een onvoorziene omstandigheid was, kan volgens de NCC-voorzieningenrechter in het midden blijven. Het contractueel evenwicht, gebaseerd op de inhoud en betekenis van de fee-afspraken, maakt dat de lat voor een beroep op (onder meer) artikel 6:258 BW in dit geval (te) hoog ligt.⁹⁵ Toewijzing van de *volledige* fee – in afwachting van de bodemprocedure⁹⁶ – zorgt er in dit geval naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter voor dat het contractuele evenwicht wordt gehandhaafd. Vermindering van de overeengekomen fee zou met name de bedoeling van de fee door kruisen en is hier dus niet aan de orde. Wij wijzen

83 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.28 onder verwijzing naar R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, ‘De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten’, *Ondernemingsrecht* 2020/68. Tjittes en Hogeterp bespreken de benadering van de MAC-clausule in de Verenigde Staten en Engeland.

84 H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Contract en coronacrisis’, *NJB* 2020/881, p. 966-967.

85 C.E. Drion, ‘Corona en het recht’, *NJB* 2020/761. Drion noemt hier de verhouding tussen leverancier en afnemer.

86 W.H. van Boom, ‘Onvoorziene omstandigheden en coronacrisis: #sharetheburden?’, *NTBR* 2020/11, afl. 4.

87 J.H. Nieuwenhuis, ‘Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot)?’, *WPNR* 6165/1995, p. 41. Nieuwenhuis is bijgevallen door M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 118-120 en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘Imprévision en zelfregulering. Het belang van zelfregulering met betrekking tot onvoorziene omstandigheden in zakelijke contractuele (duur)relaties, de juridische inkadering en nadere vormgeving daarvan’, *NTBR* 2006/10, par. 3.1, p. 10 e.v.

88 Zie wel V.zr. Rb. Amsterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2914 (*Restaurant De Wallen*), r.o. 3.8, waarin wordt gesproken over herstel van het (contractuele) evenwicht maar de benadering van Tjittes niet uitdrukkelijk wordt aangehaald.

89 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.43.

90 Zie voor de tekst van de fee-afpraak Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.30.

91 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.5.

92 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.35.

93 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.31 (“*The parties presented sharply varying theories and arguments.*”) en voetnoot 29.

94 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.40, uitgewerkt in r.o. 3.32-3.35.

95 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.39-3.40.

96 In de bodemprocedure, die inmiddels is gestart (zie r.o. 3.49), zal onder meer moeten worden bezien of het beroep van koper op matiging of vermindering van de fee vanwege de redelijkheid en billijkheid dan wel onvoorziene omstandigheden slaagt.

in dit verband op de volgende kernachtige overwegingen van de NCC-voorzieningenrechter:

“At this stage, the Court is persuaded there is no better “share the pain” solution than for Tennor to pay the EUR 30 million fee as written.”⁹⁷

en:

“This weighing of advantages and disadvantages suggests, in the Court’s analysis, that Tennor’s payment of the EUR 30 million fee as written will preserve, in the current COVID-19 circumstances, the LOI’s equilibrium along the lines of the parties’ intent at the time the LOI was signed. Tennor bears the risk of the fee being due (if it elects to walk away), but the risk is capped at EUR 30 million, and very substantial actual or potential disadvantages are borne by [Claimant].”⁹⁸

Gelet op deze overwegingen is de uiteindelijke uitkomst van de toepassing van de “share the pain”-benadering dan toch wel weer verrassend te noemen.⁹⁹ Opmerkelijk is dat koper nog een beroep deed op de ongebruikelijke hoogte van de fee, die volgens haar in de M&A-praktijk normaal gesproken zou neerkomen op 1 tot 5% van de waarde van de business.¹⁰⁰ Een fee van EUR 30 miljoen bij een transactie met een waarde van EUR 169 miljoen lijkt op het eerste gezicht inderdaad buitensporig hoog. De NCC-voorzieningenrechter ziet dit ook, maar maakt snel korte metten met dit argument van koper door te verwijzen naar de bewoordingen van de LOI:¹⁰¹

“Each of Tennor and [Claimant] confirms that the fee set out in this Section is reasonable and waives any and all rights to claim the contrary.”¹⁰²

Een fee van EUR 30 miljoen is wat partijen hebben afgesproken en naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter kennelijk ook redelijk hebben geacht ten tijde van het sluiten van de LOI. De LOI voorzag ook niet in een mogelijkheid om de hoogte van de overeengekomen fee te wijzigen. Betaling door koper van de volledige in de LOI overeengekomen fee waarborgt het contractueel evenwicht tussen partijen, aldus de NCC-voorzieningenrechter. De aanknopng van de NCC-voorzieningenrechter bij de bewoordingen van de fee-afspraken en de (overige) context van de LOI lijkt ook logisch, nu gelet op de hoedanigheid

van koper en verkoper aan de taalkundige betekenis van de LOI veel gewicht kan toekomen.¹⁰³

3.4 Tot slot

De NCC bevindt zich op dit moment nog in de opstartfase. Hoewel de eerste zes NCC-uitspraken inmiddels zijn geweest,¹⁰⁴ loopt het nog niet zo’n vaart bij de NCC. Niettemin zijn de Rechtspraak en de NCC zelf voorsnog tevreden.¹⁰⁵ In de praktijk zien wij in ieder geval dat partijen steeds vaker bereid zijn een keuze te maken voor de NCC en procederen in het Engels, niet alleen in transactiedocumentatie maar ook nadien (als het uiteindelijk tot een geschil komt).¹⁰⁶ De eerste ervaringen met de NCC zijn positief, met name vanwege de efficiënte behandeling en snelle(re) doorlooptijden.¹⁰⁷ Ook de in het vooruitzicht gestelde professionaliseringslag is inmiddels gemaakt, onder meer door de publicatie van de eigen *glossary*.¹⁰⁸ Bovendien leveren de tot op heden door de NCC gewezen uitspraken enkele relevante gezichtspunten op voor de proces- én transactiepraktijk. Het is op dit moment nog te vroeg om te kunnen zeggen dat de NCC de (torenhoge) verwachtingen waarmaakt en daadwerkelijk een grote speler wordt onder de *commercial courts*¹⁰⁹ maar de NCC is in ieder geval goed uit de startblokken vertrokken.

Wat betreft de coronagerelateerde rechtspraak wezen wij al op diverse andere uitspraken die zijn verschenen na de eindspraak van de NCC. Dit (beperkt) aantal uitspraken geeft blijk van een terughoudende benadering en laat zien dat de deur voor een beroep op de coronacrisis voorsnog dicht wordt gehouden. Daarbij past de opmerking dat de rechtspraak sterk wordt gekleurd door de stellingen die partijen over en weer innemen en alle concrete feiten en omstandigheden, waaronder de hoedanigheid van partijen en de aard van de contractuele afspraken. Voorts

97 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.44.

98 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.47.

99 Zie ook C.E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020/1251 en G. van Solinge, Het Financieele Dagblad 21 juni 2020, ‘De coronacrisis maakt het sluiten van fusies en overnames lastiger’.

100 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.49.

101 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.46-3.49.

102 Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.38.

103 R.P.J.L. Tjittes & A. Hogeterp, ‘De coronacrisis en MAC-clausules in M&A-contracten’, *Ondernemingsrecht* 2020/68 onder verwijzing naar relevante rechtspraak (onder meer HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*)).

104 Een volledig overzicht van de door de NCC gewezen uitspraken is te vinden op de website van de NCC.

105 Jaarverslag De Rechtspraak 2019, p. 24: “Hoewel 4 zaken in het eerste jaar niet veel lijkt, is het naar internationale maatstaven een goed resultaat voor een nieuw gerecht. Gemiddeld duurt het meer dan 3 jaren na aankondiging voordat een eerste zaak binnen komt. Het NCC heeft bewezen dat het snel kan schakelen en binnen een korte termijn een beslissing in het Engels kan geven.” Zie ook K. Pijnappels, ‘NCC goed uit startblok’, *Advocatenblad* 2020/2.3, p. 10. De NCC zelf zou spreken van een “geweldige start”.

106 Zie ook K. Pijnappels, ‘NCC goed uit startblok’, *Advocatenblad* 2020/2.3, p. 10.

107 Jaarverslag De Rechtspraak 2019, p. 4 en 24. Zie ook Nieuwsbericht NCC 27 mei 2020, ‘The Netherlands Commercial Court and COVID-19: case management, videoconference hearings and eNCC’, onder ‘Case management’.

108 De *Glossary of Dutch procedural terminology* (versie juni 2019) is raadpleegbaar via de volgende link:

<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-glossary-final-26062019.pdf>. Daarnaast wordt in 2020 een vertaling van de relevante onderdelen van Rv in boekvorm verwacht. Zie Jaarverslag De Rechtspraak 2019, p. 25. Op 25 juni 2020 organiseerde de NCC zelfs een eigen webinar.

109 Zo zou de NCC mogelijk kunnen gelden als aantrekkelijk alternatief voor de *London Commercial Court*. NCC News Update nr. 9 onder verwijzing naar Portland, *Commercial Courts Report* 2020, p. 6.

geldt dat deze uitspraken – net als de onderhavige procedure bij de NCC¹¹⁰ – kortgedingprocedures betroffen, waarin de rechter slechts een voorlopige voorziening kan treffen in afwachting van de bodemprocedure (met gevolgen voor het toetsingskader). Een verwachting voor de toekomst is dan ook lastig te geven. Noemenswaardig in dit verband is de blik op de toekomst van Drion, die spreekt van een dialectische rechtsontwikkeling:

“Ik denk dus dat we welhaast een soort dialectische rechtsontwikkeling tegemoet zullen gaan, waarbij uitspraken onder art. 6:258 BW tot stand zullen komen die soms de trom der terughoudendheid zullen roeren en soms juist elementen van versoepeling de boven- toon zullen laten voeren. En dat zal steeds een enorm feiten-specifiek gedreven exercitie zijn, waarbij het recht ‘als vanzelf’ uit de feiten voortvloeit. In die zin dus: *res rona ipsa loquitur*.”¹¹¹

Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté & mr. M.J. Bosselaar

110 Vgl. Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406, r.o. 3.3-3.4, 3.6-3.7, 3.17-3.19, 3.32, 3.35 en 3.44.

111 C.E. Drion, ‘Corona en onvoorziene omstandigheden’, *NJB* 2020/1251.