

# ECLI:NL:RBOVE:2015:4521

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak	30-09-2015
Datum publicatie	06-10-2015
Zaaknummer	C/08/134746 HA ZA 13-32
Formele relaties	Tussenuitspraak: ECLI:NL:RBOVE:2015:363
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	De rechtbank is van oordeel dat verweerster in reconventie niet alleen tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de Earn Out, maar zij de realisering daarvan voor verkopers ook heeft verhinderd in de zin van artikel 6:23 lid 1 BW. Mitsdien heeft te gelden dat zij gehouden is tot nakoming van haar verplichtingen op grond van die Earn Out als waren alle targets van die regeling gehaald. Zulks houdt in dat de primaire eis van verkopers voor toewijzing in aanmerking komt. De verklaring voor recht omtrent vrijgaven van de Escrow Amount is toewijsbaar.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Almelo

zaaknummer: C/08/134746 HA ZA 13-32

datum vonnis: 30 september 2015

**Vonnis van de rechtbank Overijssel, meervoudige kamer voor burgerlijke zaken, in de zaak van:**

inzake:

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EQUINIX NETHERLANDS B.V.,**

gevestigd te Amsterdam,

eiseres in conventie, verweerster in reconventie,

verder te noemen Equinix,

advocaten mrs. R. Schellaars en F.M.A. Potter te Amsterdam,

en

**1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid**

**ROOQ B.V.,**

gevestigd te Enschede,

**2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid**

**SLASHME B.V.,**

gevestigd te Schalkhaar,

**3. [X] ,**

wonende te [woonplaats 1] ,

**4. [Y] ,**

wonende te [woonplaats 2] ,

gedaagden in conventie, eisers in reconventie,

tezamen te noemen Verkopers,

advocaten mrs. P.J. van der Korst en E.N. de Jong te Amsterdam.

**Procesverloop**

Na het tussenvonnissen van 7 januari 2015 heeft Equinix een akte tevens houdende akte overlegging producties genomen en Verkopers een antwoordakte.

Vervolgens is op 24 juni 2015 een comparitie van partijen gehouden, waarvan (beperkt) proces-verbaal is opgemaakt, dat zich bij de stukken bevindt.

Voorafgaand aan de comparitie hebben Verkopers nog een akte overlegging productie genomen.

Na afloop van de comparitie is door partijen wederom vonnis gevraagd.

**De verdere beoordeling van het geschil en de gronden van de beslissing**

**In reconventie**

1. De rechtbank acht hier ingelast en herhaald hetgeen zij in het eerdere tussenvonnissen van 7 januari 2015 in reconventie heeft overwogen, meer speciaal de overwegingen 21 tot en met 23.

De Earn Out

2. Artikel 3.1 (B) van de Koopovereenkomst<sup>1</sup> formuleert de voorwaarden van de Earn Out als volgt:  
*an Earn Out which shall be dependent on the financial performance of the Company in the calendar years 2008, 2009, 2010 and 2011 and which shall if due- be paid in up to 20.000 shares (the Equinix Shares) of Equinix Inc. and up to EUR 1,500,000 in cash.*

*The Earn Out shall be calculated and if due- paid in accordance with clause 3.2 and Schedule 112.*

Jaarstukken 2008 t/m 2011

2. Equinix heeft gebruik gemaakt van de haar door de rechtbank geboden mogelijkheid om gegevens en jaarstukken over de Earn Out Periode (2008 t/m 2011) in het geding te brengen.

3. De jaarrekening van Virtu over 2008 was al bij dagvaarding<sup>3</sup> overgelegd.

Equinix legt verder over de jaarrekeningen van Virtu over 2009, 2010 en 2011<sup>4</sup>.

Tevens legt Equinix over de jaarrekeningen haarzelf betreffend over 2009, 2010 en 2011<sup>5</sup>, zomede pro forma balansen en verlies en winstrekeningen van Equinix gecombineerd met Virtu over de jaren 2009, 2010 en 2011 voor de datacenters Enschede, Zwolle en

Amsterdam (Adam<sup>1</sup>)<sup>6</sup>.

#### Accountantskwestie

4. De Koopovereenkomst definieert onder 1.1 Definitions de Annual Accounts als volgt:

*Annual Accounts means the annual accounts of the Company, consisting of a balance sheet as per relevant balance sheet date and a profit and loss account for the year ended as such date together with the explanatory notes thereto, prepared in accordance with title 9 of Book 2 Dutch Civil Code and Dutch GAAP on a basis consistent with previous fiscal years and to which an auditor registered in The Netherlands has issued a compilation report.*

5. De *Due Diligence* voorafgaand aan de Koopovereenkomst is door PwC verricht, de jaarrekening van Virtu over 2008 is eveneens door PwC opgemaakt.

De jaarrekeningen van Virtu over 2009, 2010 en 2011 zijn niet opgemaakt door PwC, maar door ene door Equinix kennelijk ingeschakelde SAS Accounting Services B.V.

Omtrent die overgang is door Equinix geen overleg met Verkopers gevoerd noch werd vóór of in deze procedure de daaraan ten grondslag liggende reden opgegeven.

Daarnaast plaatsen Verkopers een aantal gemotiveerde en gefundeerde vraagtekens bij de bekwaamheden en betrouwbaarheid van dit in deze onbekende administratiekantoor zomede de geproduceerde jaarrekeningen, die naar de rechtbank opvalt en bevreemdt- overigens allen op dezelfde datum (=13 februari 2013) zijn opgemaakt.

6. Gegeven het feit dat Equinix in deze 100% moeder/dochterrelatie met Virtu zelf nog steeds wel de jaarstukken (t/m 2011) door PwC liet opmaken, voldoet deze geruisloze overgang voor Virtu van PwC naar SAS Accounting Services B.V. daarom al niet aan hetgeen Verkopers van Equinix in het kader van de Earn Out mochten verwachten.

Weliswaar schrijft de Koopovereenkomst geen jaarstukken ondertekend door een registeraccountant voor, hoewel beperkte uitleg van *auditor registered in the Netherlands* daartoe zeer wel zou kunnen nopen, zij het dat -doorgaans- dan van een *chartered accountant* wordt gesproken, maar is het volstrekt onduidelijk welke (register)accountant deze jaarrekeningen heeft opgemaakt, nu die enkel door een administratiekantoor als besloten vennootschap zijn ondertekend, waarmee dan ook niet wordt voldaan aan de ingevolge titel 9 van Boek 2 BW (artikel 392 en 393) en mitsdien ook ingevolge de Koopovereenkomst te stellen eisen.

#### Resultaten Earn Out Periode

7. Aan de hand van de door Equinix overgelegde jaarrekeningen is op zich duidelijk dat de in de Earn Out gestelde doelen met inachtnaam van volgens Schedule 11 te stellen eisen, in de periode 2008 t/m 2011 niet gehaald zijn.

De vraag wordt dan of het daarmee einde oefening is, op welk standpunt Equinix zich heeft gesteld, terwijl Equinix verder geen aanleiding meer heeft gezien tot zelfs enig nader overleg met Verkopers dan wel zoals in het laatste tussenvonnissen onder 39 is overwogen:

of en in hoeverre Equinix na de overname van Virtu op 5 februari 2008 ten aanzien van de oorspronkelijk overeengekomen meetpunten van die regeling zodanige wijzigingen in de bedrijfsvoering van Virtu heeft aangebracht dat -de facto- ten gevolge daarvan enige uitbetaling van dat laatste gedeelte van de koopprijs illusoir is geworden en Verkopers zich dat niet behoeven te laten welgevalen.

8. Allereerst is de aanvullende betaling van een gedeelte van de koopprijs aan Verkopers op grond van de (omzet- en winstafhankelijke) Earn Out voor Verkopers een essentieel onderdeel van de

Koopovereenkomst, hetgeen ook voor Equinix volstrekt duidelijk is (geweest).

Dienvolgens is Equinix gehouden om zich ervoor in te spannen dat er een maximale omzet en winst in dat kader wordt behaald<sup>7</sup>.

Gelet op de kenbare belangen van Verkopers bij de Earn Out rust op Equinix derhalve een inspanningsverplichting, die, voor zover al niet rechtstreeks uit de bepalingen van de Koopovereenkomst, naar verkeersopvattingen voortvloeit uit eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6: 248 lid 1 BW).

### Inspanningsverplichtingen

#### a. Pijplijn

De omzetstijging van Virtu over de jaren 2008 t/m 2011, waarop de Earn Out was gebaseerd, diende niet (zoeer) voort te vloeien uit de uitbreiding van het ten tijde van de overname bestaande -dus door Verkopers geworven- klantenbestand, maar vooral voort te komen uit (de integratie van) het klantenbestand van Equinix, die tot dan toe nog niet actief was in Nederland, maar wel over talrijke relaties zou beschikken (z.g. pijplijn).

Gezien het feit dat de in de Earn Out geformuleerde omzetstijgingen (goeddeels) achterwege zijn gebleven, althans niet zijn gehaald, blijkt al dat het pijplijn-effect in ieder geval in de betrokken periode niet is gerealiseerd.

#### b. Management Virtu na de overname

Naar het oordeel van de rechtbank mochten Verkopers verwachten na de overname op gelijke voet aan de leiding van Virtu te blijven<sup>8</sup> en zo het hunne bij te dragen tot het behalen van de omzet- en winstdoelstellingen van de Earn Out.

b1. In plaats daarvan bleek dat [B], managing director van Equinix, direct na de overname de touwtjes in handen nam en geen gelijkwaardige medebestuurder naast zich dulde.

Binnen twee maanden na de overname was [X] er effectief als bestuurder van Virtu uitgewerkt<sup>9</sup>.

b2. Direct na de overname overspoelde [B] de relatief kleine organisatie van Virtu met een snel en heftig integratieproces, waarmee hij veel meer vroeg dan die organisatie kon dragen<sup>10</sup>.

b3. Binnen twee maanden na de overname heeft [B] het gehele hogere management van Virtu tegen zich in het harnas gejaagd, met als gevolg dat drie van hen zich genoodzaakt zagen om binnen een half jaar op te stappen<sup>11</sup>.

b4. Equinix heeft het datacenter te Amsterdam (AM1) niet volgens plan afgebouwd hetgeen ertoe leidde dat de ingebruikname van het datacenter zonder noodzaak is uitgesteld van 1 april 2008 tot september/oktober 2008.

Vaststaat dat voor het datacenter AM1 ten tijde van de overname door Virtu een bedrag van bijna 7 miljoen Euro was geprognostiseerd, maar na de overname de plannen door Equinix zijn gewijzigd en dat vervolgens in totaal een bedrag van 26 miljoen Euro is uitgegeven.

Dat is geen tijdelijke liquiditeitssteun zoals Equinix dat wil verklaren, is ook overigens niet als zodanig in de jaarrekeningen opgenomen, maar een door Equinix zelf gekozen diametrale koerswijziging ten opzichte van de oorspronkelijke van Virtu met alle gevolgen van dien voor de bedrijfsvoering.

b5. Technisch manager [M] kon na de overname naast of liever gezegd onder manager [B] evenmin tot een zinvolle taakinvulling binnen Virtu komen met als gevolg dat hij ingaande 1 januari 2009 een salesfunctie in het Londense kantoor van Equinix heeft aanvaard en nadien geen zicht of invloed meer heeft gehad op de gang van zaken binnen Virtu.

b6. Na de overname heeft Equinix althans manager [B] zich kennelijk vooral op AM1 en naderhand op AM2 gericht en het datacenter te Enschede verwaarloosd<sup>12</sup>.

Voor de overname (2002 t/m 2007) realiseerde Virtu in Enschede een jaarlijkse groei van 40-50%, in 2008 viel onder Equinix de omzet terug met 19% en in 2010 was die omzet nog steeds niet op het niveau van 2007. Voorts wijzen Verkopers er terecht op dat de aan het Datacenter Enschede toe te schrijven kosten desondanks in die periode exponentieel zijn gestegen.

9. Voorts constateert de rechtbank met name aan de hand van de stukken:

a. In 2009 heeft Equinix een herstructurering doorgevoerd in welk kader het datacenter Amsterdam (AM1) uit 100% dochter Virtu is gehaald en in Equinix is ingebracht.

In de door Equinix overgelegde jaarrekeningen van Virtu over de jaren 2008, 2009 en 2010, met name de daarbij behorende toelichtingen, wordt zulks niet (eens apart) vermeld, is van deze belangrijke desinvestering (van 23 naar 6 miljoen!) behalve de cijfermatige post als zodanig niets terug te vinden, en er is zelfs geen sprake van activering in de reserves.

Verder is binnen Virtu in 2009 enkel van een lichte personeelsreductie sprake (31 naar 25), maar is geenszins een kostenreductie vast te stellen, laat staan dat de desinvestering is verantwoord.

b. Uit de door Equinix overgelegde jaarrekeningen van Virtu is op te maken, dat op de vaste activa zonder verklaring of toelichting jaarlijks zeer fors en meer dan gebruikelijk werd afgeschreven: 2008 20%, 2009 36%, 2010 42 % en 2011 48 %.

c. Tijdens de pleidooien is door Equinix niet weersproken de mededeling van Verkopers, dat Equinix inclusief 100%-dochter Virtu ingaande 2012 -dus na het verstrijken van de Earn Out periode- voortreffelijk en zeer winstgevend draait.

10. Naar het oordeel van de rechtbank houdt hetgeen hiervoor is overwogen in, dat de situatie als hierboven onder (7.) omschreven is ingetreden en de betaling van het laatste gedeelte van de koopprijs illusoir is geworden, nu zowel de investeringen (CAPEX) als de omzet en daarmee gemoeide kosten (EBITDA) niet meer voldoen aan de uitgangspunten van de Earn Out als vastgelegd in Schedule 11.

11. In een dergelijk geval voorziet de Koopovereenkomst zelf al in punt 2.6 van Schedule 11 in overleg tussen Verkopers en Equinix tot aanpassing van de regeling. Tot het voeren van dergelijk overleg is Equinix echter nimmer bereid gebleken<sup>13</sup>. Gezien hetgeen hierboven onder (8.) is overwogen ten aanzien van de inspanningsverplichtingen van Equinix om de realisering (en betaling) van het laatste gedeelte van de koopprijs aan Verkopers zo goed mogelijk te laten verlopen, was Equinix ook zonder een dergelijke bepaling gehouden om in overleg met Verkopers tot aanpassing van de regeling te komen.

12. In plaats van het beleid en de bedrijfsvoering van Virtu na de overname -zoveel mogelijk- op dezelfde voet voort te zetten en zich met name in te spannen de Earn Out voor Verkopers te realiseren, heeft Equinix zich na de overname van meet af aan dominant binnen Virtu opgesteld, eenzijdig de accenten van de bedrijfsvoering naar het te realiseren datacenter te Amsterdam respectievelijk Equinix verlegd, de plannen daartoe zodanig veranderd, dat daarin het viervoudige van het oorspronkelijke bedrag werd in geïnvesteerd, de commerciële organisatie van Virtu zodanig gemarginaliseerd dat de belangrijke medewerkers vertrokken dan wel elders buiten Virtu werden gestationeerd, met als gevolg dat de omzet - en dus winstdoelen in de Earn Out periode niet konden worden gehaald.

13. Mitsdien heeft het naar het oordeel van de rechtbank niet alleen ontbroken aan de nodige inspanningen van Equinix, maar staat haar handelen binnen Virtu na de overname zelfs haaks op realisering van de Earn Out voor Verkopers. Daar komt nog bij, dat op 3 april 2008, derhalve binnen twee maanden na de overname, Equinix al een ingebrekestelling<sup>14</sup> aan Verkopers uitbracht stellende dat vanwege tekortkomingen (een gedeelte van) de reeds betaalde koopprijs voor de aandelen Virtu werd teruggevorderd, hetgeen volstrekt tegendraads is te achten ten opzichte van de nakoming van de verplichtingen van de Earn Out.

#### Verrekening

14. Ter comparitie van 24 juni 2015 heeft Equinix nog een beroep op verrekening gedaan, doelend op de conventionele vordering, waaromtrent in het tussenvonnis van 7 januari 2015 is beslist.

De rechtbank stelt voorop dat tot die comparitie -voor zover na te gaan- in geen van de door Equinix in reconventie geproduceerde processtukken een verrekeningsverweer is gevoerd en dat dit verweer uit dien hoofde tardief gevoerd is te achten.

Voor zover echter zou moeten worden aangenomen dat Equinix op enig moment tijdig maar impliciet een dergelijk verweer moet worden geacht te hebben gevoerd, kan dat Equinix evenmin baten, omdat naar het oordeel van de rechtbank die (tegen-)vorderingen volstrekt onvoldoende geconcretiseerd en

gesubstantieerd zijn<sup>15</sup> en mitsdien niet ter verrekening met deze Earn Out kunnen worden opgevoerd.

#### Conclusies

15. De rechtbank is van oordeel dat Equinix niet alleen tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de Earn Out, maar Equinix de realisering daarvan voor Verkopers ook heeft verhinderd in de zin van artikel 6: 23 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

Mitsdien heeft te gelden dat Equinix gehouden is tot nakoming van haar verplichtingen op grond van die Earn Out als waren alle targets van die regeling gehaald.

16. Zulks houdt in dat de primaire eis van Verkopers voor toewijzing in aanmerking komt.

De verklaring voor recht omtrent vrijgave van de Escrow Amount is toewijsbaar.

De berekening van wettelijke rente door Verkopers<sup>16</sup> over de toe te wijzen bedragen komt de rechtbank juist voor en zal dienovereenkomstig worden toegewezen.

De vordering omtrent (mogelijk) koersverschil van de aandelen Equinix Inc. tussen

4 oktober 2013 en heden, acht de rechtbank niet relevant omdat kennisname van de website van Equinix Inc. (Stock Information) leert dat de koers van die aandelen zich destijds rond

\$ 185 en thans rond \$ 290 per aandeel beweegt.

De gevorderde verklaring van recht ten aanzien van de beslagschade is niet toewijsbaar, waar de gevorderde verklaring ten aanzien van advocaatkosten niet, althans volstrekt onvoldoende, is gespecificeerd en gemotiveerd als schade boven de in de opheffingskortgedingen geliquideerde proceskosten.

#### **In conventie en reconventie**

17. Equinix zal als in het ongelijk gestelde partij zowel in conventie als reconventie in de proceskosten worden veroordeeld.

**De beslissing**  
**De rechtbank rechtdoende:**

In conventie:

I. Wijst af de vorderingen van Equinix.

II. Veroordeelt Equinix in de kosten van de procedure aan de zijde van Verkopers gevallen en tot op deze uitspraak begroot op 3.715,-- aan griffierechten en 16.055,-- aan salaris voor de advocaat.

In reconventie:

III. Verklaart voor recht dat de afwijzing van de conventionele vorderingen van Equinix onder de Escrow Agreement heeft te gelden als de situatie dat *the relevant Claim(s) has or have been withdrawn by Purchaser* als bedoeld in de artikelen 5.5 en 5.6 van de Escrow Agreement;

IV. Verklaart voor recht dat de voorwaarden van artikel 3.1, 4.1, 4.2 en 5.1 van de Earn Out regeling gelden als vervuld;

V. Veroordeelt Equinix om zowel aan ROOQ B.V. als aan SLASHME B.V. binnen tien dagen na betekening van dit vonnis:

a. een bedrag van 750.000 te betalen, vermeerderd met wettelijke rente:

-vanaf 1 mei 2008 over 75.000

-vanaf 1 september 2009 over 175.000

-vanaf 1 september 2010 over 250.000

-vanaf 1 september 2011 over 250.000

telkens tot aan de dag der voldoening;

b. 10.000 aandelen Equinix Inc. te leveren of, naar keuze van Equinix, een bedrag te betalen in Euro dat overeenkomt met de waarde van 10.000 aandelen Equinix Inc. op de dag van het wijzen van dit vonnis;

VI. Veroordeelt Equinix in kosten van de procedure aan de zijde van Verkopers gevallen en tot op deze uitspraak begroot op nihil aan verschotten en 22.477,-- aan salaris voor de advocaat.

VII. Verklaart de punten II., III.,V. en VI. van het dictum van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

VIII. Wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Voorts in conventie en reconventie:

IX. Veroordeelt Equinix tot betaling van de nakosten ad 131 zonder betekening dan wel 199 in geval van betekening zomede tot voldoening van hiervoor gestelde veroordeling in de proceskosten binnen veertien dagen na de datum van de datum van dit vonnis en voor het geval voldoening van de volledige kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten, te rekenen vanaf veertien dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

Dit vonnis is gewezen door mrs. van der Veer, Lorist en Van den Wall Bake en op woensdag 30 september 2015 in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier.

- 
- 1 productie 1 dagvaarding
  - 2 productie 10 dagvaarding
  - 3 productie 20
  - 4 productie E89, E90 en E91
  - 5 productie E92, E93 en E94
  - 6 productie E95, E96 en E97
  - 7 CvD conv/CvR rec punten 8.1.1 t/m 8.1.4 en daar genoemde jurisprudentie:  
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013 (Smeets q.q./Qurius  
Rechtbank Rotterdam 5 augustus 2009 LJN: BJ5610
  - 8 punt 8.2.1 e.v. Conclusie van dupliek conventie/repliek reconventie
  - 9 productie E65 email 3-4-2008 Post Mortem, verder CvD conv/CvR rec punten 3.4.2 3.4.8
  - 10 productie E67 email [B] 8 februari 2008, verder CvD conv/CvR rec punten 3.4.9 3.4.17
  - 11 CvD conv/CvR rec punten 3.4.8 3.4.24
  - 12 CvD conv/CvR rec punten 3.4.46 t/m 3.4.51 en 8.2.7
  - 13 CvD conv/CvR rec punt 3.4.53 en 54
  - 14 productie 11 dagvaarding
  - 15 Interlocutoir vonnis van 7 januari 2015 overweging 34.
  - 16 CvD conv/CvR rec punt 9.2.5 en 6
-