

SAMMENFATTENDE PROCESSKRIFT

(Delhovedforhandling angående sagsøgers påstand 1)

Københavns Byret
Sag BS-14788/2021

Breathology Limited
(advokat Sebastian Lysholm Nielsen)

mod

Airofit A/S
(advokat Rasmus Hoffery Nielsen)

PÅSTAND:

Over for Breathology Limiteds påstand 1:

Frifindelse.

ANBRINGENDER:

I forhold til de enkelte dele af Breathology Limiteds (herefter ”Breathology”) påstand 1 gøres gældende:

Ad den principale del af påstand 1:

Fra starten af parternes samarbejde var det forudsat, at dette skulle udfolde sig i overensstemmelse med den trinvis udvikling, som Breatheology selv illustrerede i bilag D.

Det var således forudsat, at der skulle indgås en LOI (hensigtserklæring), som sidenhen skulle afløses af en endelig, bindende aftale.

Det fremgår tydeligt i de forhandlinger, som ledte op til indgåelse af hensigtserklæringen, af de efterfølgende forhandlinger og parternes tilkendegivelser efterfølgende.

Det faktuelle forhold er, at parterne trods gode intentioner ikke kom i mål i forhold til den trinvis udvikling af samarbejdet.

Det bestrides således, at der mellem parterne er indgået en endelig, bindende aftale.

I forhold til den indgåede LOI (bilag 33) er en sådan hensigtserklæring et fremadrettet, forberedende dokument, der pålægger parterne en moralsk, men ikke retlig forpligtelse til at indgå en efterfølgende bindende aftale.

Bilag 33 betegner sig i overskriften som en hensigtserklæring, dvs. et dokument indeholdende parternes hensigter, i modsætning til et dispositivt eller et imperativt udsagn, jf. Bernhard Gomard i Forhandlinger ved det 30. Nordisk Juristmøde i Oslo, 1984, side 267:

”Brug af udtrykket letter of intent som overskrift eller i teksten som en beskrivelse af erklæringens karakter må i almindelighed tages som udtryk for, at afgiveren (parterne) ikke ønsker at binde sig. Grunden til at forretningsfolk undertiden vælger at kalde visse erklæringer afgivet i forbindelse med forberedelsen og afslutningen af en kontrakt for et letter of intent i stedet for enten at bruge betegnelser som f.eks. ordre, tilbud, kontrakt etc. eller udkast eller forslag til et sådant dokument er, at en part eller parterne på den ene side ønsker at præcisere indholdet af en ønskelig kontrakt og at markere en seriøs kontakt imellem sig; men at situationen på den anden side ikke findes moden til øjeblikkelig udarbejdelse og tiltrædelse af den endelige kontrakt.”

Der skal således noget ”ekstra” til, hvis indholdet uanset overskriften skal anses for dispositivt. Bevisbyrden herfor påhviler Breatheology.

Udover selve overskriften i bilag 33 fremgår det af dokumentets indledning, at indholdet i brede vendinger ”broad terms” beskriver parternes *intention* i forhold til samarbejdet.

Det er således en foreløbig *beskrivelse* af parternes *hensigt* med samarbejdet, og ikke – som påstået af Breatheology – en endelig aftale.

En *beskrivelse* af parternes *hensigt* understreger netop, at dokumentets indhold ikke er dispositive løfter, hvilket netop er den præmis, som dokumentets indhold må læses under. Når man både i overskrift og to gange før selve brødteksten er gjort opmærksom på, at dokumentet alene angår parternes hensigt i modsætning til et dispositivt løfte, kan parterne ikke have været i tvivl om, at dokumentets indhold var og er uforbindende.

Den ikke forbindende form, som dokumentet har, understøttes af tilblivelseshistorikken, jf. ovenfor, samt forhandlingsforløbet, hvor dokumentet blev til i al hast, således at Breatheology følte sig betrygget i at kunne introducere Airofit-enheden i tv-programmet med Wozniaki-familien.

Det er netop kendetegnede for en hensigtserklæring, at denne ofte indgås i forbindelse med et hurtigt tidsforløb, hvor der ikke er tid til at forhandle og indgå en egentlig, dispositiv aftale, men hvor parterne uanset dette har behov for tilkendegivelser om aftalepartens seriøsitet, jf. eksempelvis Gomard, Almindelig kontraktsret, 3. udgave, side 87f:

”Et letter of intent kan, selv om det ikke er bindende, give parterne en høj grad af sikkerhed for, at den påtænkte kontrakt vil blive indgået, og denne grad af sikkerhed kan være et tilstrækkeligt grundlag for, at parterne vil fortsætte med de nødvendige forberedelser. En part kan have en væsentlig interesse i på et tidligt tidspunkt at vide, om hans samtalepartner er seriøs, om der er grund til tro, at en forhandling kan ventes at ville føre til et resultat, bl.a. for at kunne tage stilling til, om han vil bruge tid og ressourcer på forberedelser, og om han bør føre parallelle forhandlinger til anden side.”

Det er præcis denne form, som bilag 33 har i den foreliggende sag, hvilket dels dokumenteres af bilag D, samt indholdet i bilag 33 og det efterfølgende forløb, hvor begge parter har forudsat, at forløbet skulle munde ud i en konkret, bindende aftale om vilkår i forbindelse med tildeling af warrants til Breatheology.

Således kan Jacob Mathiesen (daværende CEO hos Breatheology) bekræfte, at Breatheology ikke anså hensigtserklæringen for en endelig, bindende aftale, ligesom korrespondancen mellem eksempelvis Jens Ørnbo og Stig Severinsen (bilag 35) dokumenterer, at også Breatheology var bekendt med, at den uforbindende hensigtserklæring skulle udmøntes i en egentlig dispositiv aftale om warrants.

Hertil kommer, at parterne ikke var blevet enige om selve indholdet i dokumentet og aldrig fik de løst beskrevne mål konkretiseret. Selve tidsaspektet var heller ikke på plads, hvilket eksempelvis kan illustreres ved Stig Severinsens SMS af 16. oktober 2020 (bilag 35), hvor Stig Severinsen blandt andet skrev følgende til Jens Ørnbo:

”Christian (direktøren i Airofit A/S, min tilføjelse) ringede igår og startede med at undskyldte den dårlige kommunikation og meget andet, så det var jo fint. Og vi håber det bliver bedre fremadrettet. Han sagde også dokument lå hos advokaten og ville blive sendt til mig snart, uden dig at komme dato eller tidsansættelse. Jeg spurgte ind til hvad han mente manglede at blive opfyldt, men det ville han ikke lige udtale sig om men tænke over og vende tilbage med. Jeg gjorde også opmærksom på, at han hele tiden havde stillet mig i sigte, at aftalen skulle underskrives/formaliseres i foråret, og det derfor var urimeligt at kigge på fremadrettede/sommerens KPI (hvor jeg jo bare satte mig ned med armene over kors og ventede). Det kunne han godt forstå og var enig i. Jeg spurgte også hvem som havde forfattet dokumentet (LOI). Det havde han og Jacob. Og han ville nu lave et ”skarper” udkast med Advokaten...men det lød ikke til Bestyrelsen skulle/var inde i formuleringen. Nu må vi se – lad os håbe alt klapper og går hurtigt herfra..”

Det fremgår tydeligt i korrespondancen, at parterne ikke var eller blev enige, og at begge sider således har anset bilag 33 for en hensigtserklæring, et dokument som skulle erstattes af en egentlig dispositiv aftale.

En sådan endelig aftale blev aldrig indgået, hvorfor Airofit A/S (herefter ”Airofit”) skal frifindes.

Ad den subsidiære del af påstand 1:

Den subsidiære del af påstand 1 deler skæbne med afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der er indgået en aftale.

LOI’ets bestemmelse om, at Breatheology skulle kompenseres ”accordingly” sigtede alene på den situation, at parterne indgik en endelig, bindende aftale, som derefter ikke blev godkendt af generalforsamlingen.

Forløbet blev et andet, idet generalforsamlingen de facto godkendte en bemyndigelse til bestyrelsen til at udstede warrants til Breatheology; en bemyndigelse som bestyrelsen kunne benytte, når der var indgået en endelig, bindende aftale.

Som anført ovenfor blev en sådan endelig, bindende aftale aldrig indgået.

Kravet baseres således på et ikke eksisterende kontraktsforhold, hvorfor Airofit skal frifindes.

Ad den mest subsidiære del af påstand 1:

Den mest subsidiære del af påstand 1 kommer alene i spil, såfremt retten giver Airofit medhold i, at parterne ikke har indgået en endelig, bindende aftale om aktier/warrant.

Breathologys krav på betaling for udført arbejde eller erstatning for samme støttes (formentlig) på reglerne om prækontraktuel ansvar, der i bedste fald kan resultere i et krav om negativ kontraktsinteresse.

Prækontraktuel ansvar eller culpa in contrahendo kræver en særdeles grov adfærd (retsstridig) fra den anden parts side reelt grænsende til svig, jf. Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 5. udgave, side 104:

”Hovedformålet med at afgive en hensigtserklæring i stedet for et løfte er at undgå løftets forpligtende virkninger. Hensigtserklæringerne rummer pr. definition ikke løftevirkninger (dvs. retsfølger). Sådanne retsvirkninger forudsætter som før nævnt et retsgrundlag uden for hensigtserklæringen. Erstatningsretlige virkninger kan f.eks. komme på tale, hvis hensigtserklæringen ved afgiverens uagtsomhed har påført modtageren tab. Hertil må der dog nok kræves en vis grovbed. Som nærmere anført i afsnit 2.3.a. stilles der på forhånd ganske skrappe krav for at antage culpa in contrahendo, og det forhold, at forhandlingsforløbet resulterer i, at parterne netop ikke ønsker at binde sig ved aftale, må tale for i hvert fald ikke at slække på disse krav. En erstatningspligt må i disse tilfælde formentlig forudsætte et retsstridig forhold, der nærmer sig svig.”

Og videre på side 119 i samme bog:

”Derfor er det almindeligt antaget i dansk ret, at betingelserne for at pålægge erstatning for culpa in contrahendo er skrappe og undtagelsesprægede. Som udgangspunkt må man kræve et evident retsbrug i form af et chikanøst forhold eller en klar overtrædelse af gældende regler for aftaleindgåelse, eller misligholdelse af et eksisterende kontraktforhold (f.eks. en forkontrakt) for at nå til, at en part bliver erstatningsansvarlig for at afbryde aftaleforhandlingen.”

Breathology har ikke løftet bevisbyrden for, at Airofit har udvist culpa in contrahendo i forhandlingsfasen. Det forhold, at forløbet blev mere langstrakt og ikke førte til en aftale,

er ikke tilstrækkeligt til, at Airofit har handlet erstatningspådragende, og det understreges, at Airofit ikke har handlet på skrømt, hvilket også forløbet taler imod.

Forløbet var influeret af, at markedet og Airofit var ramt af eftervirkningerne af COVID-19 situationen, hvilket blandt andet bevirkede, at Airofits generalforsamling først kunne afholdes i november 2020.

Derudover har aktionærerne i Airofit skullet overbevises om hensigtsmæssigheden i at udstede warrants til Breatheology. Der har dog – hvilket også fremgår af parternes korrespondance – været ført reelle forhandlinger, idet Airofits intention var at nå en endelig, bindende aftale med Breatheology. Forholdet var blot det, at forløbet blev forsinket af blandt andet COVID-19 situationen.

Det forhold, at Airofit på baggrund af Breatheology/Stig Severinsens utilstedelige og uacceptable udtalelser og en stigende utilfredshed med samarbejdet vælger at afbryde forhandlingerne, medfører ikke, at der kan rejses et ansvar mod Airofit. Det bestrides i øvrigt, at Airofit skulle have udvist passivitet i forhold til udtalelserne.

Det er i den forbindelse ligegyldigt, om udtalelserne stred imod en nedskrevet ”code of conduct” hos Airofit. Airofit kunne have afbrudt forhandlingerne uanset hvad, men in casu var der faktisk en særdeles vægtig årsag, nemlig Stig Severinsens helt uacceptable udtalelser om landets statsminister.

Endelig bemærkes, at Breatheology og Stig Severinsen ikke har dokumenteret et tab, som har årsagsforbindelse eller i øvrigt er adækvat i forhold til det afbrudte samarbejde. Det skal i den forbindelse holdes for øje, at en erstatning for culpa in contrahendo alene kan angå den negative kontraktsinteresse.

Herudover skal holdes in mente, at parterne siden november 2019 og frem til maj 2021 har haft et samarbejde vedrørende salg af Airofit-enheder, hvor Breatheology har modtaget provision.

Samarbejdet har været i begge parters interesse, herunder har Breatheology og Stig Severinsen nydt godt af at kunne anvende nyhedsinteressen omkring Airofit-enheden, der er et innovativt produkt med unikke egenskaber, til at promovere sit eget varemærke, der var hensygnende, før samarbejdet med Airofit blev etableret, jf. også bilag 12.

ADVOKATFIRMAET
JON PALLE BUHL

Breathology og Stig Severisen havde således en egeninteresse i at promovere Airofit, idet Breathology optjente provision på de salg, som selskabet stod for, ligesom Airofit-mærket havde en positiv afsmittende effekt på Breathology-mærket.

Der er intet usædvanligt i, at Breathology har anvendt ressourcer, herunder egen tid på at promovere Airofit og derved højne sit eget salg med tilhørende indtjening, og disse udgifter kan således ikke under nogen omstændigheder indtales som et tab.

****o0o****

Bemærkninger i forhold til Breathologys principale og subsidiære del fremsat ex tuto for det tilfælde, at retten måtte finde, at Breathology skal have medhold heri:

Påstand 1 (den principale og subsidiære påstand) savner en klarhed, som gør den uegnet til afgørelse, hvorfor Airofit må frifindes.

Påstanden anfører således, at Airofit (den principale del af påstand 1) skal overdrage 2,5% af aktierne i sagsøgte, subsidiært udstede et tilsvarende antal A-warrants, men uden at relatere sig til, hvilken selskabskapital påstanden relaterer sig til. Det samme gør sig gældende i forhold til den subsidiære del af påstand 1.

Siden indgåelsen af hensigtserklæringen (letter of intent) har der været flere kapitalændringer i sagsøgte, som således udvander ejerskabsprocenten for alle aktionærer og indehavere af warrants.

Det gøres ex tuto gældende, at måtte sagsøger få medhold i påstand 1, den principale eller subsidiære del, skal de 2,5% angå selskabskapitalen pr. indgåelsen af hensigtserklæringen, subsidiært i forhold til selskabskapitalen pr. tidspunktet for fremsendelsen af bilag 41, dvs. den 15. februar 2021.

BEVISFØRELSE:

Sagsøgte vil under hovedforhandlingen føre Christian Tullberg Poulsen som vidne med partsstatus.

ADVOKATFIRMAET
JON PALLE BUHL

Endvidere vil sagsøgte føre Jens Ørnbo, Jacob Mathiesen, Sofus Grum-Schwensen og Hans-Christian L. Plett, Claus Peter Jakobsen, advokat Kim Håkonsson, Lene Gerlach, Jeanette Tullberg Poulsen og Sebastian Tullberg Poulsen som vidner.

Herudover påberåbes de af sagen omfattede bilag.

København, den 16. marts 2022

Rasmus Hoffery Nielsen