

lang dat er geen expliciete wettelijke plicht bestond voor een bank om een koppeling met het Handelsregister of het Insolventieregister aan te houden. Op dit oordeel is wat mij betreft wel het een en ander af te dingen. Het is feitelijk juist dat een bank niet verplicht is om een dergelijke koppeling aan te houden. Wel is (en was) een bank verplicht om haar klanten te kennen en ook gedurende de relatie te blijven monitoren, zoals het hof zelf ook onderkent. Deze verplichting volgt uit art. 3 lid 2 sub d Wwft. De precieze invulling van het cliëntenonderzoek kan een bank tot op zekere hoogte zelf invullen, waaronder (bijvoorbeeld) de frequentie waarmee vervolgonderzoek wordt uitgevoerd. Knab heeft meer dan een jaar niet doorgehad dat Valeo Media was ontbonden, failliet was verklaard en was opgehouden te bestaan. Er zal dus meer dan een jaar geen herhaald (eenvoudig) cliëntenonderzoek hebben plaatsgevonden. Zonder nadere toelichting lijkt dit in strijd met de Wwft. Het hof merkt in dit kader op dat de curator onvoldoende heeft toegelicht dat Knab hiermee in gebreke is gebleven. Ik wijs volledigheidshalve op een soortgelijke zaak, waarin een derde een andere bank verweet dat de transactiemonitoring van die bank tekortgeschoten was, als gevolg waarvan de derde schade zou hebben geleden (rechtbank Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898). In die zaak oordeelde de rechtbank dat een niet goed ingericht transactiemonitoringsysteem onder omstandigheden een schending van de hiervoor bedoelde zorgplicht zou kunnen inhouden.

Het lijkt mij terecht dat ook sprake zou kunnen zijn van schending van de bijzondere zorgplicht, zonder dat de bank subjectieve wetenschap had van het misbruik dat heeft plaatsgevonden. Immers, de bank die zijn systemen niet goed inricht, weet minder snel van misbruik en zou daarmee minder snel handelen in strijd met de bijzondere zorgplicht. Wel moeten er specifieke omstandigheden zijn die een dergelijke schending van de zorgplicht en daarmee mogelijke aansprakelijkheid rechtvaardigen.

De curator heeft daarnaast op art. 52 Fw gewezen. Volgens het hof volgt uit art. 52 Fw niet dat de bank op de hoogte gebracht moet worden te zijn van het faillissement van haar rekeninghouders. Ook hier heeft het hof feitelijk gezien natuurlijk helemaal gelijk dat in art. 52 Fw niet staat dat de bank geacht moet worden op de hoogte te zijn van haar rekeninghouders. Het hof legt art. 52 Fw wel verkeerd uit om tot deze conclusie te komen. Het hof stelt immers dat uit art. 52 Fw volgt dat een curator overgemaakte bedragen kan (terug)vorderen van een bank als die overboekingen zijn verricht vanaf de rekening van de gefailleerde waarvoor laatstgenoemde na het faillissement opdracht heeft gegeven. Dit volgt echter niet uit art. 52 Fw, maar uit art. 23 Fw. Art. 52 Fw beschermt wederpartijen van gefailleerden juist tegen de werking van art. 23 Fw in de periode dat de gefailleerde al wel failliet verklaard is, maar dit nog niet bekendgemaakt is. Uit de arresten *Huizer q.q./Rabobank* (HR 28 april 2006, NJ 2006/503, m.nt. Van Schilfgaarde, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber, ECLI:NL:HR:2006:AV0653) en *ING/Manning q.q.* (HR 23 maart 2012, NJ 2012/421, m.nt. Van Schilfgaarde, «JOR» 2012/236, m.nt. Faber, ECLI:NL:HR:2012:BV0614) volgt echter dat een bank niet beschermd wordt door dit artikel, tenzij de betalingsopdracht is gegeven voor de dag dat het faillissement is uitgesproken. Art. 52 Fw lijkt in het onderhavige geval dus geen rol te spelen. Wat de curator waarschijnlijk heeft willen betogen, is dat banken op grond van de werking van art. 23 Fw, en het feit dat zij slechts beperkt beschermd worden tegen onbekendheid met het faillissementsvonnis, extra alert

moeten zijn op een mogelijk faillissement van hun rekeninghouders. Dit constateer ik in ieder geval in de praktijk; meer dan eens heb ik als curator eerder een brief ontvangen van de bank van de gefailleerde dan dat ik van de rechtbank het originele faillissementsvonnis had ontvangen.

Al met al zijn deze oordelen van het hof wrang voor de curator; immers, ervan uitgaande dat Knab weet had (moeten hebben) van de situatie bij Valeo Media, dan zouden de betalingen op haar bankrekening na de opheffing van het faillissement Knab zeker moeten zijn opgevallen, voor zover die bankrekening dan überhaupt nog zou bestaan. Net als de rechtbank in deze zaak heeft geoordeeld, vraag ik mij overigens af of sprake zal zijn van causaliteit. Mijns inziens ontbreekt het *conditio sine qua non*-verband tussen het mogelijke onrechtmatig handelen van Knab en de schade van de schuldeisers van Nieuwe Hollandsche Wind. De beleggers betaalden hun inleg immers niet op de Knab-rekening, maar op een bankrekening van Nieuwe Hollandsche Wind bij ING. Zelfs als de Knab-rekening niet zou kunnen zijn gebruikt om de gelden uiteindelijk weg te sluisen, waren zij hun inleg kwijt geweest.

Ik begrijp dat door de curator cassatie is ingesteld. Mogelijk wordt in het cassatieberoep ook aan de orde gesteld hoe de betalingen op de Knab-rekening na opheffing van het faillissement van Valeo Media moeten worden gekwalificeerd en welke gevolgen de schikking heeft die de curator van Valeo Media met Knab heeft gesloten op de positie van de curator van Nieuwe Hollandsche Wind. Deze elementen lijken in het arrest van het hof niet behandeld te zijn.

mr. T. Hekman
advocaat bij AKD Advocaten & Notarissen

46

De Ondernemingskamer bepaalt dat voor de duur van het geding door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven bij onderhandse akte

Gerechtshof Amsterdam
15 december 2022, nr. 200.311.400/03 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2022:3706
(mr. Vink, mr. Meijer, mr. Wessels, prof. dr. Hoogendoorn RA, prof. dr. mr. Ten Have)
Noot mr. E.P.C. Duinkerke

Enquêteprocedure. Verzoek aanvullende onmiddellijke voorzieningen. Uitgifte aandelen bij onderhandse akte.

[BW art. 2:196 lid 1, 2:349a lid 2]

Essentie: De Ondernemingskamer acht het het meest passend om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, te bepalen dat voorsnog voor de duur van het geding, in afwijking van het bepaalde in art. 2:196 lid 1 BW, door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte.

Samenvatting: Cicerone legt aan haar verzoeken – zeer kort gezegd – ten grondslag dat in de gegeven omstandigheden de door de Ondernemingskamer bij beschikking van 15 juli 2022 mogelijk gemaakte verstrekking van de voor Cicerone

noodzakelijke financiering door Shell tegen uitgifte van aandelen zonder aanvullende onmiddellijke voorziening niet kan worden uitgevoerd.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat zij de vrijheid heeft om zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg hoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (SkyGate)). Dit brengt mee dat de Ondernemingskamer iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Het laatste is met name ook het geval als naar het oordeel van de Ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. De Ondernemingskamer mag daarbij, als aan deze voorwaarden is voldaan, ook afwijken van bepalingen van dwingend recht (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888 (Ver-satell)).

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de in de beschikking van 15 juli 2022 genoemde omstandigheden en de op basis daarvan gemaakte afweging van belangen, die tot het oordeel hebben geleid dat er zwaarwegende redenen waren die maakten dat de toestand van de rechtspersoon het treffen van de in die beschikking genoemde onmiddellijke voorzieningen vereiste, ook nu nog onverkort bestaan. De Ondernemingskamer overweegt verder dat met de bij beschikking van 15 juli 2022 getroffen onmiddellijke voorzieningen uitdrukkelijk werd beoogd mogelijk te maken dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke aanvullende financiering zou kunnen verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone, dat de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022, met instemming van de OK-beheerder heeft besloten aandelen aan Shell uit te geven conform de uitgifteakte, dat art. 2:196 lid 1 BW voor uitgifte van aandelen een notariële akte vereist waarbij de betrokkenen partij zijn, dat Todwick niet bereid of in staat is gebleken een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van de heer Khudaynatov te verstrekken en dat de notaris daarom op grond van de Wwft weigert de uitgifteakte te passeren, zodat de noodzakelijke, aanvullende financiering tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone niet kan worden verstrekt.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat onder deze omstandigheden de toestand van de rechtspersoon vereist dat een aanvullende onmiddellijke voorziening wordt getroffen die alsnog mogelijk maakt dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke, aanvullende financiering kan verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone.

De Ondernemingskamer acht het om die reden het meest passend om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, te bepalen dat vooralsnog voor de duur van het geding, in afwijking van het bepaalde in art. 2:196 lid 1 BW, door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte, overeenkomstig de door de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022 goedgekeurde uitgifteakte waarvan een kopie aan deze beschikking zal worden gehecht.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Shell Overseas Investments B.V.*, gevestigd te 's-Gravenhage, verzoekster,

advocaten: mrs. J.L. van der Schriek en H.F. ten Bruggencate, beiden kantoorhoudende te Amsterdam,

tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Cicerone Holding B.V.*, gevestigd te Amsterdam, verweerster,

advocaat: mr. L.H.K. Peereboom-Bogers, kantoorhoudende te Utrecht,

en tegen de vennootschap naar het recht van Malta *Todwick Holdings Limited*, gevestigd te Marsa (Malta), belanghebbende,

advocaat: mr. M.W. Josephus Jitta, kantoorhoudende te Amsterdam,

en tegen de door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen *mr. E.L. Zetteler*, kantoorhoudende te Utrecht,

belanghebbende, advocaat: mr. L.H.K. Peereboom-Bogers, kantoorhoudende te Utrecht.

Hierna zullen partijen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster als Shell;
- verweerster als Cicerone;
- Todwick Holdings Limited als Todwick;
- mr. E.L. Zetteler als de OK-beheerder.

1. Het verloop van het geding

1.1. Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 15 juli 2022 en 19 juli 2022 in deze zaak.

1.2. Bij beschikking van 15 juli 2022 heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, voor zover nodig in afwijking van de statuten en/of de SHA:

a. mr. C.M. Molhuysen benoemd tot bestuurder van Cicerone met beslissende stem en bepaald dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Cicerone te vertegenwoordigen (hierna: de OK-bestuurder);

b. bepaald dat één van de door Todwick gehouden aandelen in Cicerone met ingang van 15 juli 2022 ten titel van beheer is overgedragen aan een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon;

c. bepaald dat voor het nemen van de in artikel 5.1.2 van de SHA genoemde besluiten géén unanimiteit in het bestuur of de algemene vergadering van Cicerone is vereist en dat die besluiten kunnen worden genomen door een gewone meerderheid in de algemene vergadering, maar uitsluitend indien de door de Ondernemingskamer benoemde en nader bekend te maken beheerder van aandelen daarbij vóór stemt;

d. bepaald dat:

- voor vergaderingen van het bestuur van Cicerone geen quorumvereisten gelden;
- het bestuur van Cicerone een algemene vergadering van Cicerone bijeen kan roepen op een termijn van acht dagen;
- tijdens algemene vergaderingen van Cicerone rechtsgeldig besluiten kunnen worden genomen zonder dat het geplaatste kapitaal volledig vertegenwoordigd is;
- algemene vergaderingen en bestuursvergaderingen van Cicerone rechtsgeldig via audio- of videoverbinding kunnen worden gehouden;

noodzakelijke financiering door Shell tegen uitgifte van aandelen zonder aanvullende onmiddellijke voorziening niet kan worden uitgevoerd.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat zij de vrijheid heeft om zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg hoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (SkyGate)). Dit brengt mee dat de Ondernemingskamer iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Het laatste is met name ook het geval als naar het oordeel van de Ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. De Ondernemingskamer mag daarbij, als aan deze voorwaarden is voldaan, ook afwijken van bepalingen van dwingend recht (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888 (Ver-satell)).

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de in de beschikking van 15 juli 2022 genoemde omstandigheden en de op basis daarvan gemaakte afweging van belangen, die tot het oordeel hebben geleid dat er zwaarwegende redenen waren die maakten dat de toestand van de rechtspersoon het treffen van de in die beschikking genoemde onmiddellijke voorzieningen vereiste, ook nu nog onverkort bestaan. De Ondernemingskamer overweegt verder dat met de bij beschikking van 15 juli 2022 getroffen onmiddellijke voorzieningen uitdrukkelijk werd beoogd mogelijk te maken dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke aanvullende financiering zou kunnen verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone, dat de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022, met instemming van de OK-beheerder heeft besloten aandelen aan Shell uit te geven conform de uitgifteakte, dat art. 2:196 lid 1 BW voor uitgifte van aandelen een notariële akte vereist waarbij de betrokkenen partij zijn, dat Todwick niet bereid of in staat is gebleken een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van de heer Khudaynatov te verstrekken en dat de notaris daarom op grond van de Wwft weigert de uitgifteakte te passeren, zodat de noodzakelijke, aanvullende financiering tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone niet kan worden verstrekt.

De Ondernemingskamer is van oordeel dat onder deze omstandigheden de toestand van de rechtspersoon vereist dat een aanvullende onmiddellijke voorziening wordt getroffen die alsnog mogelijk maakt dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke, aanvullende financiering kan verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone.

De Ondernemingskamer acht het om die reden het meest passend om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, te bepalen dat vooralsnog voor de duur van het geding, in afwijking van het bepaalde in art. 2:196 lid 1 BW, door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte, overeenkomstig de door de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022 goedgekeurde uitgifteakte waarvan een kopie aan deze beschikking zal worden gehecht.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Shell Overseas Investments B.V.*, gevestigd te 's-Gravenhage, verzoekster,

advocaten: mrs. J.L. van der Schriek en H.F. ten Bruggencate, beiden kantoorhoudende te Amsterdam,

tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Cicerone Holding B.V.*, gevestigd te Amsterdam, verweerster,

advocaat: mr. L.H.K. Peereboom-Bogers, kantoorhoudende te Utrecht,

en tegen de vennootschap naar het recht van Malta *Todwick Holdings Limited*, gevestigd te Marsa (Malta), belanghebbende,

advocaat: mr. M.W. Josephus Jitta, kantoorhoudende te Amsterdam,

en tegen de door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen *mr. E.L. Zetteler*, kantoorhoudende te Utrecht,

belanghebbende, advocaat: mr. L.H.K. Peereboom-Bogers, kantoorhoudende te Utrecht.

Hierna zullen partijen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster als Shell;
- verweerster als Cicerone;
- Todwick Holdings Limited als Todwick;
- mr. E.L. Zetteler als de OK-beheerder.

1. Het verloop van het geding

1.1. Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 15 juli 2022 en 19 juli 2022 in deze zaak.

1.2. Bij beschikking van 15 juli 2022 heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, voor zover nodig in afwijking van de statuten en/of de SHA:

a. mr. C.M. Molhuysen benoemd tot bestuurder van Cicerone met beslissende stem en bepaald dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Cicerone te vertegenwoordigen (hierna: de OK-bestuurder);

b. bepaald dat één van de door Todwick gehouden aandelen in Cicerone met ingang van 15 juli 2022 ten titel van beheer is overgedragen aan een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon;

c. bepaald dat voor het nemen van de in artikel 5.1.2 van de SHA genoemde besluiten géén unanimiteit in het bestuur of de algemene vergadering van Cicerone is vereist en dat die besluiten kunnen worden genomen door een gewone meerderheid in de algemene vergadering, maar uitsluitend indien de door de Ondernemingskamer benoemde en nader bekend te maken beheerder van aandelen daarbij vóór stemt;

d. bepaald dat:

- voor vergaderingen van het bestuur van Cicerone geen quorumvereisten gelden;
- het bestuur van Cicerone een algemene vergadering van Cicerone bijeen kan roepen op een termijn van acht dagen;
- tijdens algemene vergaderingen van Cicerone rechtsgeldig besluiten kunnen worden genomen zonder dat het geplaatste kapitaal volledig vertegenwoordigd is;
- algemene vergaderingen en bestuursvergaderingen van Cicerone rechtsgeldig via audio- of videoverbinding kunnen worden gehouden;

– overeenkomstig artikel 5 lid 5 van de statuten – door de algemene vergadering van Cicerone bij een besluit tot uitgifte van aandelen zo nodig kan worden besloten tot uitsluiting van het aan Todwick toekomende voorkeursrecht.

1.3. Bij beschikking van 19 juli 2022 heeft de Ondernemingskamer mr. E.L. Zetteler aangewezen als de beheerder van aandelen.

1.4. Cicerone heeft bij verzoekschrift, met bijlagen, van 18 november 2022 de Ondernemingskamer verzocht om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en voor zover nodig in afwijking van of in aanvulling op de eerder door haar getroffen onmiddellijke voorzieningen, althans door de gevolgen daarvan nader te regelen:

a. te bepalen dat de te wijzen beschikking in de plaats van de notariële akte van uitgifte zoals bedoeld in artikel 2:196 lid 1 BW komt door de doorlopende tekst van de als bijlage 21 bij het verzoekschrift gevoegde akte in de te wijzen beschikking op te nemen;

b. althans, te bepalen dat – in afwijking van art. 2:196 lid 1 BW – voor de duur van de procedure aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte;

c. althans, (een) andere, passende onmiddellijke voorziening(en) te treffen dan wel om de gevolgen van de getroffen onmiddellijke voorzieningen anderszins nader te regelen;

d. kosten rechtens.

1.5. De OK-beheerder heeft bij verweerschrift van 8 december 2022 meegedeeld zich bij het verzoek van Cicerone aan te sluiten.

1.6. Bij e-mail van 8 december 2022 heeft mr. Josephus Jitta meegedeeld dat namens Todwick geen verweerschrift zal worden ingediend.

1.7. Shell heeft geen verweerschrift ingediend.

1.8. Desgevraagd hebben partijen de Ondernemingskamer laten weten dat zij geen behoefte hebben aan een mondelinge behandeling en de Ondernemingskamer verzocht een beschikking te wijzen. Mr. Van der Schriek heeft daarbij meegedeeld dat Shell het verzoek steunt.

2. De feiten

2.1. De Ondernemingskamer heeft in de beschikking van 15 juli 2022 het volgende overwogen:

‘De Ondernemingskamer stelt vast dat gelet op hetgeen hiervoor is overwogen voorshands voldoende aannemelijk is dat:

a. als gevolg van de oorlog in Oekraïne voor de Cicerone-groep per 25 juli 2022 een aanzienlijk liquiditeitstekort dreigt en dat zij zonder aanvullende financiering niet langer aan haar financiële verplichtingen kan voldoen;

b. het voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijk is dat voordien aanvullende financiering beschikbaar komt;

c. die noodzakelijke financiering niet extern kan worden aantrokken en dat Todwick niet bereid of in staat is die financiering te verstrekken;

d. Shell wel bereid is die aanvullende financiering te verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone;

e. daarvoor op grond van de SHA unanimitieit in het bestuur en de algemene vergadering van Cicerone vereist is en dat die unanimitieit er niet is;

f. het bepaalde in de statuten en de SHA in combinatie met de voor Todwick geldende EU sancties er aan in de weg staan dat besluitvorming over een door Shell te verstrekken financiering tegen uitgifte van aandelen tijdig plaatsvindt.

De Ondernemingskamer is in het licht van het voorgaande voorshands van oordeel dat er gegronde redenen bestaan te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Cicerone en dat er zwaarwegende redenen zijn die maken dat de toestand van de rechtspersoon het treffen van de navolgende onmiddellijke voorzieningen vereist.

De Ondernemingskamer heeft daarbij onder ogen gezien dat bij de te treffen onmiddellijke voorzieningen niet alleen rekening gehouden moet worden met de belangen van Shell en de Cicerone-groep – waaronder het belang van haar 1.700 werknemers – bij het verstrekken van de vereiste noodfinanciering, maar ook met het belang van Todwick om haar aandelenbelang in Cicerone zo min mogelijk te zien verwateren en in lijn met de afspraken daarover in de SHA te waarborgen dat dit slechts zal plaatsvinden op basis van een uitgifteprijs waarin de reële waarde van de door Cicerone gedreven onderneming voldoende wordt weerspiegeld.’

2.2. De Ondernemingskamer heeft vervolgens de hiervoor onder 1.2 genoemde onmiddellijke voorzieningen getroffen.

2.3. Op 18 juli 2022 heeft Shell aan Cicerones dochtervennootschap Alliance Holding ltd. een aanvullende noodlening van USD 3,5 miljoen verstrekt.

2.4. De OK-bestuurder heeft in overleg met de OK-beheerder, Shell en Todwick de mogelijkheden en voorwaarden onderzocht waaronder Shell bereid zou zijn om tegen uitgifte van aandelen de noodzakelijke aanvullende financiering aan Cicerone te verstrekken. Dit heeft geresulteerd in een op 5 oktober 2022 tussen Shell en Cicerone gesloten *subscription agreement*.

2.5. Op 24 oktober 2022 heeft de algemene vergadering van Cicerone, met vóór stemmen van Shell en de OK-beheerder, besloten tot uitgifte van aandelen aan Shell conform de daartoe bij de agenda voor de algemene vergadering gevoegde concept uitgifteakte (hierna: ook de uitgifteakte), met uitsluiting van het voorkeursrecht, en besloten tot de voor de uitgifte van aandelen benodigde wijziging van de statuten van Cicerone.

2.6. Cicerone heeft een notaris benaderd om de voor uitgifte van de aandelen aan Shell op de voet van artikel 2:196 lid 1 BW vereiste akte te doen verlijden. De notaris is op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) gehouden cliëntonderzoek te verrichten en dient in dat kader te kunnen beschikken over een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van de *ultimate beneficial owner* (UBO) van Todwick, de heer [A]. De OK-bestuurder is er ondanks herhaalde verzoeken en toezeggingen niet in geslaagd om een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van [A] te verkrijgen. De notaris heeft meegedeeld niet bereid te zijn om zonder een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort de voor uitgifte van de aandelen aan Shell vereiste akte te passeren. Twee andere notarissen hebben hetzelfde standpunt ingenomen.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Cicerone legt aan haar verzoeken – zeer kort gezegd – ten grondslag dat in de gegeven omstandigheden de door de Ondernemingskamer bij beschikking van 15 juli 2022 mogelijk gemaakte verstrekking van de voor Cicerone noodzakelijke financiering door Shell tegen uitgifte van aandelen zonder aanvullende onmiddellijke voorziening niet kan worden uitgevoerd.

3.2. De Ondernemingskamer stelt voorop dat zij de vrijheid heeft om zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzake-

lijk acht en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg behoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, *SkyGate*). Dit brengt mee dat de Ondernemingskamer iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Het laatste is met name ook het geval als naar het oordeel van de Ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. De Ondernemingskamer mag daarbij, als aan deze voorwaarden is voldaan, ook afwijken van bepalingen van dwingend recht (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *Versatel*).

3.3. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de in de beschikking van 15 juli 2022 genoemde omstandigheden en de op basis daarvan gemaakte afweging van belangen, die tot het oordeel hebben geleid dat er zwaarwegende redenen waren die maakten dat de toestand van de rechtspersoon het treffen van de in die beschikking genoemde onmiddellijke voorzieningen vereiste, ook nu nog onverkort bestaan. De Ondernemingskamer overweegt verder dat:

- met de bij beschikking van 15 juli 2022 getroffen onmiddellijke voorzieningen uitdrukkelijk werd beoogd mogelijk te maken dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke aanvullende financiering zou kunnen verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone;
- de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022, met instemming van de OK-beheerder heeft besloten aandelen aan Shell uit te geven conform de uitgifteakte;
- artikel 2:196 lid 1 BW voor uitgifte van aandelen een notariële akte vereist waarbij de betrokkenen partij zijn;
- Todwick niet bereid of in staat is gebleken een gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van de heer Khudaynатов te verstrekken;
- de notaris daarom op grond van de Wwft weigert de uitgifteakte te passeren, zodat
- de noodzakelijke, aanvullende financiering tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone niet kan worden verstrekt.

3.4. De Ondernemingskamer is van oordeel dat onder deze omstandigheden de toestand van de rechtspersoon vereist dat een aanvullende onmiddellijke voorziening wordt getroffen die alsnog mogelijk maakt dat Shell de voor de continuïteit van de Cicerone-groep noodzakelijke, aanvullende financiering kan verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Cicerone.

3.5. De Ondernemingskamer acht het om die reden het meest passend om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, te bepalen dat vooralsnog voor de duur van het geding, in afwijking van het bepaalde in artikel 2:196 lid 1 BW, door Cicerone aandelen aan Shell kunnen worden uitgegeven door middel van een tussen Cicerone en Shell opgemaakte onderhandse akte, overeenkomstig de door de algemene vergadering van Cicerone op 24 oktober 2022 goedgekeurde uitgifteakte waarvan een kopie aan deze beschikking zal worden gehecht.

3.6. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding een proceskostenveroordeling uit te spreken.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

bepaalt bij wijze van onmiddellijke voorziening, vooralsnog voor de duur van het geding, dat in afwijking van het bepaalde in artikel 2:196 lid 1 BW door Cicerone Holding B.V. aandelen kunnen worden uitgegeven aan Shell Overseas Investments B.V., door middel van een tussen Cicerone Holding B.V. en Shell Overseas Investments B.V. opgemaakte onderhandse akte, overeenkomstig de aan deze beschikking als bijlage gehechte akte van uitgifte;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Bijlage

Deed of issue of registered shares Cicerone Holding B.V.

On the [...] day of [...] two thousand and twenty-two:

- *SHELL Overseas Investments B.V.*, a private limited liability company (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*) under the laws of the Netherlands, with seat in The Hague, the Netherlands, address at Carel van Bylandtlaan 30, 2596 HR The Hague, the Netherlands and Trade Register number 27104660 (the ‘*Subscriber*’); and
- *Cicerone Holding B.V.*, a private limited liability company (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*) under the laws of the Netherlands, with seat in Amsterdam, the Netherlands, address at Carel van Bylandtlaan 30, 2596 HR The Hague, the Netherlands and Trade Register number 34261334 (the ‘*Company*’).

Considered that

- A) On the fifth day of October two thousand and twenty-two, the Company and the Subscriber, together with another party, entered into a subscription agreement (the ‘*Subscription Agreement*’). Pursuant to the Subscription Agreement, (i) the Company must issue sixty-two thousand two hundred and twenty-one (62,221) shares, numbered from 90,001 to 152,221 inclusive, each with a nominal value of one euro (EUR 1), (the ‘*New Shares*’) to the Subscriber against an aggregate issue price of twelve million seven hundred and thousand and United States Dollar (USD 12,700,000.00) (the ‘*Subscription Amount*’) (such share issue, the ‘*Share Issuance*’).
- B) On the twenty-fourth day of October two thousand and twenty-two, the general meeting of the Company resolved, among other matters, (i) that the Company shall issue shares in accordance with the Share Issuance and (ii) to exclude the pre-emptive rights in respect of the Share Issuance.
- C) The Company does not have an authorised share capital.

And declared:

1. DEFINITIONS AND CONSTRUCTION

1.1. Definitions

In this deed:

‘*Articles of Association*’ means the Company’s articles of association;

‘*BW*’ means the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*);

‘*Civil Law Notary*’ means the civil law notary mentioned in the preamble of this deed or his deputy;

‘*New Shares*’ is defined in consideration (A);

‘*Parties*’ means the Subscriber and the Company jointly;

‘*Share Issuance*’ is defined in consideration (A);

‘*Subscription Agreement*’ is defined in consideration (A); and

‘*Subscription Amount*’ is defined in consideration (A).

1.2. Construction

In this deed, unless an indication to the contrary appears:

‘*the Netherlands*’ means the European part of the Kingdom of the Netherlands (and all derivative terms, including ‘*Dutch*’, are to be construed accordingly).

Headings do not affect the interpretation of this deed.

2. ISSUE OF SHARES AND ACCEPTANCE

Pursuant to the Subscription Agreement and the resolution as referred to in consideration (B), the Company hereby issues the New Shares to the Subscriber under the obligation to satisfy the Subscription Amount. The Subscriber accepts the New Shares under the obligation to satisfy the Subscription Amount. The method in which the Subscription Amount will be satisfied is set out in the Subscription Agreement.

3. ENTRY INTO The REGISTER

The Company will register the New Shares in the Subscriber's name in its shareholders register.

4. ISSUE PRICE

The method of payment of the Issue Price is described in clause 2.1.2 of the Subscription Agreement and is known to the Subscriber and the Company.

5. SHARE PREMIUM

The amount of the Subscription Amount exceeding the aggregate nominal value of the New Shares will be recorded in the books of the Company as share premium.

6. OBLIGATIONS AND REQUIREMENTS. STATEMENTS

6.1. Obligations and requirements

The Articles of Association do not provide that:

- (a) ownership of the New Shares is subject to contractual obligations;
- (b) ownership of the New Shares is subject to requirements;
- (c) in certain circumstances, shareholders must offer or transfer all or part of their New Shares, as referred to in article 2:192(1) BW.

7. RESCISSION

7.1. Prior agreements

Except as provided in this deed, the agreements concluded by the Parties before this deed was executed remain valid, but the Parties can no longer invoke any conditions subsequent agreed in connection with the issue and subscription of the New Shares. Conditions precedent are deemed to have been met.

7.2. Waiver of the right to rescind

The Parties waive the right to rescind the Subscription Agreement and this agreement of issue pursuant to article 6:265 BW.

8. COSTS

The Subscriber will pay the costs of this deed.

9. GOVERNING LAW

The agreement set out in this deed is governed exclusively by Dutch law.

10. JURISDICTION

All disputes arising out of or in connection with this deed, including disputes concerning its existence, its validity and any non-contractual obligation, will be resolved by the Amsterdam District Court.

NOOT

Cicerone is een joint venture van Shell en Todwick. Zij houden respectievelijk 51% en 49% van de aandelen in het kapitaal van Cicerone. Via dochtermaatschappij Alliance exploiteert Cicerone een groot aantal tankstations in Oekraïne onder de vlag van Shell.

De oorlog in Oekraïne vormt de aanleiding voor de beschikkingen in deze enquêteprocedure. Uit de beschikking van 15 juli 2022 (ECLI:NL:GHAMS:2022:2081) blijkt dat als gevolg van de oorlog een deel van het personeel van Alliance is ge-

vvlucht, is opgeroepen voor militaire dienst of is verdwenen en dat de omzet en inkomsten uit de exploitatie van de tankstations als gevolg van brandstofschaarste aanzienlijk zijn afgenomen. Dit leidde tot ernstige liquiditeitsnood bij Alliance c.q. de Cicerone-groep, waardoor zij dringend aanvullende financiering nodig had. Aangezien Shell in de eerste maanden van de oorlog al verschillende bedragen aan Alliance ter beschikking had gesteld, was zij alleen bereid om verdere aanvullende financiering te verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen. Medeaandeelhouder Todwick, die in handen is van de gesanctioneerde Russische oligarch Khudaynatov, weigerde om medewerking te verlenen aan de uitgifte, terwijl er ook geen alternatieve financieringsbronnen beschikbaar waren. Daar kwam bij dat als Shell Todwick al zou toestaan gebruik te maken van diens voorkeursrecht, de tegoden van Todwick waarschijnlijk zouden moeten worden bevroren als gevolg van de EU-sanctionering en Cicerone daardoor mogelijk in strijd met de sanctiewetgeving zou handelen. Met de verzochte onmiddellijke voorzieningen in deze enquêteprocedure tracht Shell de uitgifte alsnog – zonder de medewerking van Todwick – te bewerkstelligen. Ik sta eerst kort stil bij de eerdere beschikkingen. In de genoemde beschikking van 15 juli 2022 oordeelde de Ondernemingskamer (OK) dat voorshands sprake was van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van en een juiste gang van zaken bij Cicerone en dat er zwaarwegende redenen waren om onmiddellijke voorzieningen te treffen. De voorzieningen die toen zijn getroffen waren (1) het benoemen van een onafhankelijke bestuurder met beslissende stem en met toekenning van de bevoegdheid om Cicerone zelfstandig te vertegenwoordigen, (2) het ten titel van beheer overdragen van één aandeel van Todwick aan een nader te benoemen beheerder, (3) het afwijken van de statutaire en contractuele meerderheids-, quorum- en oproepingseisen die de totstandkoming van het uitgiftebesluit van de algemene vergadering en het goedkeuringsbesluit van het bestuur in de weg zouden kunnen staan en (4) het toestaan om het voorkeursrecht van Todwick zo nodig uit te sluiten. Vier dagen later is de onder (2) bedoelde beheerder benoemd (ECLI:NL:GHAMS:2022:2156).

Nadat de OK-bestuurder in overleg met Shell en Todwick de mogelijkheden voor de uitgifte en de aanvullende financiering heeft onderzocht, is begin oktober 2022 een *subscription agreement* tot stand gekomen tussen Cicerone en Shell waarin zij afspraken hebben vastgelegd over (onder andere) het aantal uit te geven aandelen en het daarop door Shell te storten bedrag. Enkele weken daarna is het uitgiftebesluit genomen met uitsluiting van Todwicks voorkeursrecht. De aanleiding voor het onderhavige (tweede) verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen was dat de notaris niet bereid was om de uitgifteakte te passeren, omdat hij ondanks herhaalde verzoeken en toezeggingen geen gelegaliseerde kopie van het internationale paspoort van Khudaynatov heeft ontvangen, terwijl dat wel verplicht is in het kader van het op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) te verrichten cliëntenonderzoek. Twee andere notarissen hebben vervolgens – naar mijn idee terecht – hetzelfde standpunt ingenomen. Voor Cicerone zat er dan ook niets anders op dan om de OK te verzoeken een van de aanvullende onmiddellijke voorzieningen te treffen zoals geformuleerd in overweging 1.4. De OK beslist positief over het subsidiaire verzoek van Cicerone om te bepalen dat in afwijking van art. 2:196 lid 1 BW en voor de duur van het geding aandelen aan Shell kunnen

worden uitgegeven door middel van een *onderhandse* akte, conform de als bijlage aangehechte akte van uitgifte. Daar aan ligt ten grondslag dat de omstandigheden zoals die zijn beschreven in de beschikking van 15 juli 2022 en de op basis daarvan gemaakte belangenafweging ten tijde van de onderhavige beschikking nog steeds bestaan en dat de weigering van de notaris om de uitgifteakte te passeren zou betekenen dat de aanvullende financiering tegen uitgifte van nieuwe aandelen, die noodzakelijk is voor de continuïteit van Cicerone, alsnog niet kan worden verstrekt (zie r.o. 3.3-3.4). Een en ander maakt het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen volgens de OK noodzakelijk.

Tegen de achtergrond van de geschetste feiten en omstandigheden lijkt de beslissing van de OK mij goed te begrijpen. Wel maak ik enkele opmerkingen. Als eerste valt op dat het primaire verzoek van Cicerone, te weten het verzoek om te bepalen dat de beschikking in de plaats treedt van de notariële akte en om de doorlopende tekst van de bijgevoegde akte op te nemen in de beschikking, wordt afgewezen, maar niet uitdrukkelijk wordt besproken. De reden van de afwijzing is niet duidelijk, maar het valt aan te nemen dat de OK met de verwijzingen naar de *Skygate*-beschikking en de *Versatel*-beschikking heeft willen kiezen voor de minst ingrijpende maatregel om het beoogde doel te bereiken. Het toegewezen subsidiaire verzoek betreft naar zijn aard namelijk een tijdelijke maatregel, omdat deze vooralsnog alleen voor de duur van het geding wordt getroffen, terwijl het primaire verzoek, gelet op de formulering daarvan en het bepaalde in art. 3:300 lid 2 BW, naar zijn aard een permanente maatregel is. Dat laatste ging de OK dus kennelijk te ver.

Als tweede merk ik op dat het toestaan van een aandelenuitgifte 'voor de duur van het geding' mijns inziens een merkwaardig fenomeen is. Naar mijn weten is dit ook de eerste keer dat de OK bij onmiddellijke voorziening een aandelenuitgifte toestaat die in afwijking van art. 2:196 lid 1 BW niet bij notariële akte, maar krachtens een onderhandse akte tussen de vennootschap en de begunstigde aandeelhouder – en dus feitelijk met terzijdestelling van de andere aandeelhouder – wordt geëffectueerd. Dit gaat ver en leidt tot verwatering van Todwicks aandelenbelang van 49% naar circa 29%, maar is wel verklaarbaar tegen de achtergrond van de eveneens uit de *Skygate*-beschikking voortvloeiende regel dat (kort gezegd) voorlopige voorzieningen tevens kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen en de omstandigheid dat een minder ingrijpende maatregel in dit spoedgeval waarschijnlijk niet effectief zou zijn. Het merkwaardige zit hem in de tussen aanhalingstekens geplaatste woorden. De aandelenuitgifte zal namelijk bij het eindigen van het geding bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, aangezien de aanvullende financiering tegen die tijd geheel of gedeeltelijk zal zijn besteed en in de tussentijd ook besluiten kunnen worden genomen op basis van de nieuwe verdeling van aandelen, zodat de vraag is welke waarde nog aan de woorden 'voor de duur van het geding' toekomt. Daar staat tegenover dat Todwick geen verweer heeft gevoerd tegen het onderhavige verzoek. Ook ligt het voor de hand dat aangezien deze onmiddellijke voorziening het geschil (vooralsnog) lijkt te hebben opgelost, er geen onderzoek meer zal worden bevolen, hetgeen bij enquêteprocedures regelmatig voorkomt (vgl. J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege Vereniging Corporate Litigation 2021-2022*, VDHI nr. 178, 2022/3.14.2). Een en ander beperkt mogelijk het risico dat Todwick cassatieberoep zal instellen of de aandelenuitgifte in een later stadium op een andere manier zal proberen ongedaan te maken.

Mijn derde opmerking ziet op de noodzaak van de aandelenuitgifte. Uit de beschikking van 15 juli 2022 blijkt dat Shell voorafgaand aan en tijdens de enquêteprocedure meerdere keren grote bedragen aan de Cicerone-groep c.q. Alliance ter beschikking heeft gesteld zonder dat daar een aandelenuitgifte tegenover stond. Shell was later alleen bereid om aanvullende financiering te verstrekken als daar uitgifte van nieuwe aandelen aan haar tegenover stond. Uit de beschikkingen blijkt niet duidelijk waarom dat zo is. Duidelijk is dat er haast geboden was bij de aanvullende financiering en het is begrijpelijk dat Shell vanwege de verrichte en nog nader te verrichten financiële injecties – Shell verwachtte tot eind 2022 nog circa € 20 miljoen aanvullend te moeten financieren – haar aandelenbelang wilde vergroten, maar gelet op de verwatering die de uitgifte voor Todwick tot gevolg heeft, had de noodzaak van de uitgifte (in deze omvang) wat mij betreft beter mogen worden gemotiveerd.

mr. E.P.C. Duinkerke
De Kempenaer Advocaten N.V.

Civiel recht

47

Geen toetsing toegestaan op basis van het Weens Koopverdrag indien de rechtbank enkel toepassing heeft gegeven aan Nederlands recht met uitsluiting van dit verdrag en er geen grieven zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is

Hoge Raad
24 februari 2023, nr. 22/00265, ECLI:NL:HR:2023:313
(mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Ter Heide, mr. Teuben)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen

Grievensstelsel. Grenzen van rechtsstrijd. Uitleg van uitspraak. Toepasselijkheid Weens Koopverdrag.

[Rv art. 24, 25; BW art. 10:2; Weens Koopverdrag art. 1, 6]

Essentie: Het stond het hof niet vrij om het Weens Koopverdrag (WKV) toe te passen, nu (i) de rechtbank toepassing heeft gegeven aan Nederlands recht met uitsluiting van het WKV en (ii) het hof (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat geen grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is.

Samenvatting: In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op een internationale koopovereenkomst is Nederlands recht van toepassing verklaard, waarbij het Weens Koopverdrag (WKV) niet is uitgesloten. De rechtbank oordeelt dat inderdaad Nederlands recht van toepassing is. Eiseres baseert haar vorderingen op zowel het WKV als het Burgerlijk Wetboek (BW), maar de rechtbank beoordeelt de vorderingen enkel op basis van het BW. In appel worden geen grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht