

ECLI:NL:RBAMS:2022:5466

Agency	Amsterdam District Court
Date of pronouncement	06-09-2022
Date of publication	20-09-2022
Case number	C/13/721936 / KG ZA 22-747 EAM/JT
Formal relations	Appeal: ECLI:NL:GHAMS:2022:3691
Areas of law	Civil law
Special features	Summary proceedings
Content indication	Summary proceedings. Order to allow Russian bank to attend meeting of certificate holders and to be able to vote granted. Russian bank is on European sanctions list. Explanation of provisions European sanctions regulation.
Locations	Rechtspraak.nl JOR 2023/93 with annotation by Prof. CMJ Ryngaert JONDR 2023/387

[Enriched pronunciation](#)**Pronunciation**

—

verdict

AMSTERDAM COURT

Private Law Division, Civil Provisional Relief Judge

case number / roll number: C/13/721936 / KG ZA 22-747 EAM/JT

Summary judgment of September 6, 2022

in the matter of

the company under the law of the Russian Federation
SBK ART LIMITED LIABILITY COMPANY ,
located in Moscow, Russian Federation,
plaintiff by summons on short notice dated August 26, 2022,
lawyer Mr. RC van Wieringhen Borski in Amsterdam,

in return for

the foundation
FORTENOVA GROUP BRANCHES FOUNDATION ,
established in Amsterdam,
defendant,
lawyer mr. JW de Groot in Amsterdam,

and

the foreign company
OPEN PASS LIMITED ,
established in Sliema, Malta,
joined party to the defendant,
attorney-at-law Mr. ARJ Croiset van Uchelen.

The parties will hereinafter be referred to as SBK ART, Fortenova STAK and Open Pass.

1 The procedure

- 1.1. Prior to the oral hearing on 30 August 2022, Open Pass filed an incidental conclusion for joinder on behalf of Fortenova STAK.
- 1.2. Tijdens de mondelinge behandeling heeft SBK ART een wijziging van eis ingediend. Daartegen is geen bezwaar aangevoerd, zodat de voorzieningenrechter de wijziging van eis heeft toegelaten. De voorzieningenrechter heeft ook de voeging toegestaan, omdat Open Pass belang heeft bij de uitkomst van dit kort geding, terwijl SBK ART en Fortenova STAK tegen de voeging geen bezwaar hebben gemaakt. SBK ART heeft de vorderingen zoals omschreven in de dagvaarding en akte wijziging van eis toegelicht. Fortenova STAK en Open Pass hebben verweer gevoerd. SBK ART en Fortenova STAK hebben producties ingediend. Fortenova STAK en Open Pass hebben een pleitnota ingediend. De door SBK ART nader ingediende productie 14 (een brief) is niet toegelaten, nu Fortenova STAK daartegen bezwaar heeft gemaakt en die productie te laat is ingediend.
- 1.3. In verband met de spoedeisendheid van de zaak is op 6 september 2022 de beslissing gegeven, in de vorm van een 'kopstaartvonnis'. Het hierna volgende bevat de uitwerking daarvan en is, zoals ter zitting aangekondigd, afgegeven op 20 september 2022.
- 1.4. Tijdens de mondelinge behandeling waren voor zover van belang aanwezig:

- aan de zijde van SBK ART: [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] (allen via een videoverbinding), met mr. Van Wieringhen Borski;
- aan de zijde van Fortenova STAK: [naam 5] , [naam 6] , [naam 7] en [naam 8] , met mr. De Groot, mr. L. Tolatzis en mr. F. Matheijer;
- aan de zijde van Open Pass: [naam 9] en [naam 10] , met mr. Croiset van Uchelen, mr. J.J. Strijder en mr. J.A. Nouwen (via een videoverbinding).

2 De feiten

- 2.1. In 2017 kwam de Kroatische Agrokor groep in financiële problemen. Vervolgens is met haar schuldeisers een Settlement Plan overeengekomen en heeft een herstructurering en doorstart van de groep plaatsgevonden. Daaruit is medio 2018 Fortenova Grupa d.d., gevestigd te Zagreb in Kroatië, ontstaan (hierna: Fortenova). Fortenova is een van de grootste bedrijven van Zuidoost-Europa en actief in de detailhandel, voedselproductie en landbouw. Fortenova heeft een jaaromzet van meer dan € 5 miljard en telt meer dan 47.000 werknemers.
- 2.2. Onderdeel van de herstructurering en doorstart onder het Settlement Plan was de oprichting van een holdingstructuur in Nederland. In dat kader is op 14 mei 2018 Fortenova STAK opgericht, een financiële holdingmaatschappij die aan het hoofd van de Fortenova groep staat. Fortenova STAK houdt de aandelen in Fortenova Group TopCo B.V. (hierna: Fortenova TopCo). Fortenova TopCo houdt op haar beurt indirect de aandelen in Fortenova.
- 2.3. Het doel van Fortenova STAK is onder meer het houden van de aandelen in Fortenova TopCo ten titel van beheer en ter zake certificaten van aandelen uit te geven, de stemrechten uit te oefenen en dividenden uit te keren aan de certificaathouders, alsmede om te assisteren in de herstructurering van de onderneming van de Agrokor groep en het faciliteren van de uitvoering van het Settlement Plan. Het bestuur van Fortenova STAK bestaat uit de enig bestuurder TMF Netherlands B.V. Fortenova STAK heeft certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo uitgegeven onder haar administratievoorwaarden.
- 2.4. SBK ART is een indirecte dochteronderneming van Sberbank of Russia (hierna: Sberbank). SBK ART is opgericht als special purpose vehicle met als doel het houden van de belangen van Sberbank in de Fortenova groep. Op 5 april 2022 zijn de belangen van Sberbank in de Fortenova groep overgedragen aan SBK ART. Sindsdien houdt SBK ART 41,82% van de door Fortenova STAK uitgegeven certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo.
- 2.5. Kort na die overdracht aan SBK ART hebben Sberbank en SBK ART met Ardoise Holding Zártkörűen Működő Részvénytársaság (hierna: het Hongaarse Indotek Fund) een raamovereenkomst gesloten voor de verkoop van de belangen in Fortenova. Op 8 april 2022 heeft Fortenova op haar website aangekondigd dat SBK ART een overeenkomst heeft gesloten tot de verkoop van haar belang in Fortenova aan het Hongaarse Indotek Fund, onder voorwaarde van goedkeuring van de bevoegde autoriteiten in Hongarije en Nederland. SBK ART verwacht dat de overeenkomst voor het einde van 2022 wordt afgerond.
- 2.6. Open Pass is onderdeel van de Energia Naturalis Group die primair in Kroatië, maar ook in andere Zuidoost-Europese landen, actief is met grote belangen in onder meer de energiesector, de voedingsindustrie, treinvervoer en haven. Open Pass houdt 27,52% van de door Fortenova STAK uitgegeven certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo.
- 2.7. Bij Uitvoeringsverordening (EU) 2022/1270 van de Raad van 21 juli 2022 tot uitvoering van Verordening (EU) Nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen, is Sberbank als de grootste bank van Rusland toegevoegd aan de in bijlage 1 bij Verordening (EU) Nr. 269/2014 opgenomen lijst van natuurlijke personen en rechtspersonen, entiteiten en lichamen die onderworpen zijn aan beperkende maatregelen. Reeds eerder was de Sberbank op de sanctielijst van de Verenigde Staten van Amerika en van het Verenigd Koninkrijk geplaatst.
- 2.8. VTB Bank (Europe) SE (hierna: VTB) houdt 7,27% van de door Fortenova STAK uitgegeven certificaten van aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo en is tevens onderworpen aan beperkende maatregelen uit hoofde van Verordening (EU) Nr. 269/2014.
- 2.9. Als indirecte dochter van Sberbank is SBK ART eveneens getroffen door de beperkende maatregelen uit hoofde van Verordening (EU) Nr. 269/2014. Als gevolg hiervan geldt dat alle tegoeden en economische middelen die toebehoren aan Sberbank en haar indirecte dochter SBK ART worden bevroren en worden geen tegoeden of economische middelen aan haar ter beschikking gesteld, als bedoeld in artikel 2 van Verordening (EU) nr. 269/2014.
- 2.10. Het uitoefenen van het stemrecht op de aandelen in het kapitaal van Fortenova TopCo door Fortenova STAK is conform artikel 11 van haar statuten en het gelijkkluidende artikel 16 van haar administratievoorwaarden voor wat betreft de daar genoemde *Reserved Matters* voorbehouden aan de voorafgaande goedkeuring van de vergadering van certificaathouders. Daarbij geldt, zakelijk weergegeven, het volgende:
- de *Reserved Matters* betreffende business aangelegenheden vereisen een besluitvorming binnen de vergadering van certificaathouders met een gewone meerderheid van meer dan vijftig procent (50%+) van alle uitgegeven en uitstaande certificaten met stemrechten (*Simple Majority*);
 - de *Reserved Matters* betreffende financiering aangelegenheden vereisen een besluitvorming binnen de vergadering van certificaathouders met een gekwalificeerde meerderheid van ten minste zestig procent (60%) van alle uitgegeven en uitstaande certificaten met stemrechten (*Qualified Majority*);
 - de *Reserved Matters* betreffende de corporate governance aangelegenheden (zoals het wijzigen van de statuten) vereisen een besluitvorming binnen de vergadering van certificaathouders met een super gekwalificeerde meerderheid van ten minste zesenzestig twee derde procent (66 2/3%) van alle uitgegeven en uitstaande certificaten met stemrechten (*Super Qualified Majority*).
- 2.11. In artikel 14.6 van de administratievoorwaarden van Fortenova STAK is, zakelijk weergegeven, bepaald dat in het geval in twee achtereenvolgende vergaderingen van certificaathouders het voor een te nemen besluit vereiste stempercentage (een van de hiervoor aangeduide meerderheden) niet is gehaald, het betreffende besluit in een derde vergadering kan worden genomen met instemming van 75% van de stemmen, ongeacht het aantal aanwezige certificaathouders.
- 2.12. In artikel 14.1 en 14.2 van de administratievoorwaarden van Fortenova STAK is, zakelijk weergegeven, bepaald dat het alle certificaathouders met stemrecht, in persoon of via een gevolmachtigde, is toegestaan om de vergadering van certificaathouders bij te wonen en toe te spreken en dat elk certificaat recht geeft op één uit te brengen stem.
- 2.13. Op 9 augustus 2022 heeft het bestuur van Fortenova STAK de certificaathouders uitgenodigd voor de vergadering van certificaathouders van donderdag 18 augustus 2022 te 10.00 uur op het kantoor van [naam kantoor] te Amsterdam. Daarbij heeft zij aangekondigd dat (door de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk of de Europese Unie) gesanctioneerde certificaathouders zijn uitgesloten van het uitoefenen van hun rechten verbonden aan de certificaten, waaronder het mogen stemmen op de vergadering van certificaathouders, zodat de stemrechten van gesanctioneerde partijen buiten beschouwing zullen worden gelaten.
- 2.14. Op de agenda van die vergadering staat onder meer een door Open Pass geagendeerd voorstel om de administratievoorwaarden en statuten van Fortenova STAK te wijzigen (agendapunten 3 en 4). De wijzigingen zien op een verandering van de governance van Fortenova STAK. De agendapunten 3 en 4 luiden als volgt:
- “3. Approval of the amendment of the administrative conditions of STAK (Resolution), in order to, inter alia:
- a. increase the voting threshold for resolutions requiring either a Simple Majority, a Qualified Majority or a Super Qualified Majority, to the affirmative vote cast in a meeting in which 70% of the Depositary Receipts are present or represented;
 - b. create an exception to the main rule as set out above, which is that resolutions are adopted by the affirmative vote cast in a meeting in which 70% of the Depositary Receipts are present or represented. In case at least 35% of the Depositary Receipts are held by sanctioned parties, resolutions shall be adopted by a majority of 60% of the votes cast in favour of a proposed resolution, irrespective of the amount of Depositary Receipts present or represented in a meeting; and
 - c. enable the DR Holder Meeting to adopt resolutions by a majority of 75% of the votes cast in favour of a proposed resolution, irrespective of the amount of Depositary Receipts present or represented at that meeting, at the second meeting regarding such resolution, instead of at the third meeting regarding such resolution, which is the case under the existing administrative conditions.
4. Approval of the amendment of the articles of association of STAK (Resolution), in order to align the articles of association with the amended administrative conditions of STAK.”
- 2.15. Bij brief van 16 augustus 2022 heeft SBK ART aan (het bestuur van) Fortenova STAK meegedeeld dat en toegelicht waarom zij het niet eens is met het standpunt van Fortenova STAK dat gesanctioneerde certificaathouders niet mogen stemmen en zij het evenmin eens is met de beslissing om de door gesanctioneerde certificaathouders uitgebrachte stemmen buiten beschouwing te laten.
- 2.16. Op 17 augustus 2022 heeft SBK ART per e-mail aangekondigd dat zij bij vertegenwoordiger zal verschijnen op de vergadering en een kopie van de volmacht meegestuurd. SBK ART heeft getracht zowel elektronisch als fysiek ter vergadering van 18 augustus 2022 haar stemrechten verbonden aan haar certificaten uit te oefenen. Zij had haar stem willen uitbrengen tegen de voorgestelde wijziging van de corporate governance zoals weergegeven in (voornoemde) agendapunten 3 en 4. De vertegenwoordiger van SBK ART is vervolgens de toegang tot de vergadering ontzegd en na de vergadering is de toegang van SBK ART tot de elektronische stemomgeving geblokkeerd. Fortenova STAK heeft de stemrechten van SBK ART terzijde geschoven.
- 2.17. Bij brief van 18 augustus 2022 heeft Fortenova STAK gereageerd op de brief van 16 augustus 2022 en – kort gezegd – toegelicht dat zij gehouden is de Europese en Amerikaanse sancties na te leven, dat SBK ART daardoor niet mag stemmen en een door SBK ART uitgebrachte stem niet mag worden erkend.

- 2.18. In verband met het niet behalen van de vereiste meerderheid (van alle uitgegeven en uitstaande certificaten met stemrechten) om besluiten te kunnen nemen op de vergadering van 18 augustus 2022 heeft het bestuur van Fortenova STAK op 19 augustus 2022 de certificaathouders uitgenodigd voor een tweede vergadering van certificaathouders voor dinsdag 30 augustus 2022 om 12.00 uur. Daarbij heeft zij wederom aangekondigd dat de stemrechten van gesanctioneerde partijen buiten beschouwing zullen worden gelaten.
- 2.19. Op grond van artikel 13.5 van de administratievoorwaarden van Fortenova STAK kan een vergadering van certificaathouders plaatsvinden tenminste acht dagen na de aankondiging daartoe, zodat een eventuele derde vergadering van certificaathouders op zijn vroegst op 7 september 2022 kan plaatsvinden.
- 2.20. Bij brief van 26 augustus 2022 heeft de advocaat van Fortenova STAK de advocaat van SBK ART (tevens haar gevolmachtigde) meegedeeld dat en toegelicht waarom het bestuur van Fortenova STAK hem ook op de vergadering van 30 augustus 2022 de toegang zal weigeren.
- 2.21. Op 29 augustus 2022 heeft [naam 5] (CEO van de Fortenova Groep) een schriftelijke verklaring opgesteld. Daarin staat kort gezegd dat de Fortenova Groep grote bedreigingen ervaart ten aanzien van haar bedrijfsactiviteiten en continuïteit als gevolg van de perceptie dat zij wordt gecontroleerd door de gesanctioneerde entiteiten SBK ART en VTB die samen 49,90% van de certificaten houden, terwijl de meeste beslissingen worden genomen bij een drempel van 50%. Als voorbeelden noemt hij dat de groep nog geen accountant voor de audit over 2022 heeft kunnen benoemen, dat haar global service provider SAP haar dienstverlening tijdelijk heeft opgeschort en dat financiële instellingen de groep nu zien als 'rode vlag' en aan een sterk verhoogde monitoring hebben onderworpen.

3 Het geschil

- 3.1. SBK ART vordert – samengevat en na wijziging van eis – om bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis:

primair

I. Fortenova STAK te gebieden om gedurende de periode tot en met 31 december 2022 SBK ART toe te laten tot enige vergadering van certificaathouders en haar stemrechten verbonden aan haar certificaten te accepteren en mee te tellen ter zake van de stemming over het voorstel ter zake van agendapunten 3 en 4 (zoals genoemd in randnummer 30 van de dagvaarding), en enig ander voorstel gericht op de wijziging van de administratievoorwaarden en/of de statuten van Fortenova STAK of vergelijkbare agendapunten die anderszins de huidige corporate governance van Fortenova STAK aantasten;

subsidiair

II. Fortenova STAK te verbieden om gedurende de periode tot en met 31 december 2022 haar administratievoorwaarden en/of haar statuten te wijzigen en/of enige vergadering van certificaathouders daartoe bijeen te roepen;

meer subsidiair

III. Fortenova STAK te verbieden om haar administratievoorwaarden en/of haar statuten te wijzigen en/of enige vergadering van certificaathouders daartoe bijeen te roepen, totdat in het kader van artikel 4 van Verordening EU (269/2014) door de bevoegde autoriteit is beslist met kracht van gewijsde op het – binnen twee weken na de datum van dit vonnis ingediende – verzoek van SBK ART om haar toestemming te verlenen voor de vrijgave van haar stemrechten verbonden aan haar certificaten uitsluitend bestemd voor het aanhouden of beheren van die bevroren certificaten, te weten het uitoefenen van haar stemrecht over het voorstel ter zake van agendapunten 3 en 4, en enig ander voorstel gericht op de wijziging van de administratievoorwaarden en/of de statuten van Fortenova STAK;

in alle gevallen

IV. aan het toe te wijzen gebod/verbod een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 5.000.000,00 te verbinden, te vermeerderen met de wettelijke rente;

V. Fortenova STAK te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

- 3.2. SBK ART stelt daartoe – samengevat – het volgende. De opgelegde sancties zijn enkel gericht op het bevriezen van tegoeden en economische middelen, zijn niet gericht op de onteigening daarvan en hebben een tijdelijk karakter. Het uitoefenen van het stemrecht door SBK ART leidt niet tot enige verandering van de certificaten wat betreft aantallen, hoouderschap of eigendom. De voorgestelde wijziging van de governance van Fortenova STAK gaat direct in tegen de belangen van SBK ART en is ongepast, omdat die wijziging er specifiek op is gericht de waarde van het belang van SBK ART in Fortenova te verminderen, hetgeen enkel mogelijk is door het ten onrechte negeren van haar stemrechten. De voorgestelde wijzigingen zullen ertoe leiden dat de gesanctioneerde partijen (met samen circa 50% van de certificaten) buiten spel worden gezet en dat certificaathouder Open Pass een controlerend belang zal verkrijgen in Fortenova. Dit komt in feite neer op een coup. Het uitoefenen van het stemrecht door SBK ART tegen de agendapunten 3 en 4 is niet gericht op enige wijziging, maar juist gericht op het voorkomen van enige wijziging die voor haar een enorme waardevermindering met zich zal meebrengen, haar substantieel en disproportioneel zal benadelen en certificaathouder Open Pass zal bevoordelen. Door het uitoefenen van haar stemrecht tegen de voorgenomen wijziging van de governance wordt ook anderszins geen tegoed gebruikt in die zin dat er gelden, waarden of activa vanuit Europa naar Rusland worden gebracht om daarmee de militaire actie tegen Oekraïne te financieren. Het enige effect van het aldus uitoefenen van de stemrechten door SBK ART is behoud van de status quo en van de waarde van haar bevroren certificaten van aandelen. Uit op de op 26 juli 2022 door de Europese Commissie gegeven antwoorden (met name nummers 14, 15) op Frequently Asked Questions blijkt dat het uitoefenen van het stemrecht door SBK ART tegen de voorgestelde wijziging van de governance niet een verboden wijziging van bevroren tegoeden betreft zoals bedoeld in Verordening (EU) Nr. 269/2014. De beperkende maatregelen zijn er niet op gericht om de rechten verbonden aan de bevroren tegoeden te beperken. De voorgestelde wijzigingen zijn vooral schadelijk in het licht van de in april 2022 aangekondigde verkoop van haar belang aan het Hongaarse Indotek Fund. Die verkoop moet alleen nog worden goedgekeurd door de Nederlandse autoriteiten, maar zal op losse schroeven komen te staan, omdat deze op grond van de drastische wijziging van de governance kan worden ontbonden door het Hongaarse Indotek Fund. Fortenova is er zelf ook bij gebaat dat die verkoop doorgaat, zij heeft dan immers niet langer een gesanctioneerde vennootschap als grootste certificaathouder. Fortenova STAK en haar bestuurder zijn niet gebonden aan Amerikaanse sancties, aldus SBK ART.

- 3.3. Fortenova STAK voert daartegen – samengevat – het volgende verweer.

Uitoefening door SBK ART van haar vergader- en stemrecht kwalificeert als het gebruik van een certificaat. De door SBK ART gehouden certificaten worden echter geraakt door de sancties en zijn bevroren. Bevriezing van goederen, zoals certificaten, houdt in dat het gebruik of de inzet daarvan of de omgang met tegoeden op welke wijze dan ook verboden is. Het Ministerie van Financiën laat er in Addendum I bij zijn Leidraad Financiële Sanctieregeling ook geen misverstand over bestaan: gesanctioneerde aandeelhouders mogen geen stemrechten uitoefenen. Zij mogen dat dus ook niet als het gaat om besluiten die de governance betreffen. SBK ART geeft een verkeerde uitleg aan de door de Europese Commissie gegeven FAQ. Vraag 15 van die FAQ ziet op een geheel andere situatie dan die hier voorligt. Maar ook als aan antwoord 15 een ruimere strekking zou toekomen dan waar de vraag op duidt, is duidelijk dat bij bevroren certificaten ook de stemrechten zijn bevroren. De opsomming in antwoord 15 van situaties waarbij in ieder geval sprake is van 'any change in relation to these shares' is immers duidelijk niet limitatief. Dat het stemmen over een statutenwijziging er volgens de Commissie niet onder zou vallen kan niet uit het antwoord worden afgeleid. De formulering 'could lead' in antwoord 15 dwingt tot een ruime uitleg. In de Verordening zijn geen uitzonderingen opgenomen waaronder een gesanctioneerde partij toch over haar tegoeden mag beschikken. Het is slechts mogelijk om de bevoegde nationale autoriteit om een ontheffing te verzoeken. Op grond van de Europese sancties is het SBK ART dus verboden haar vergader- en stemrechten op de certificaten uit te oefenen, tenzij zij daarvoor een ontheffing heeft gekregen van de Minister van Financiën. SBK ART heeft nagelaten een dergelijke ontheffing aan te vragen en heeft ook niet om opheldering bij het Ministerie gevraagd. Bij gebreke van een ontheffing van het Ministerie zijn de vergader- en stemrechten van SBK ART bevroren. SBK ART had ook een bestuursrechtelijk kort geding tegen het Ministerie aanhangig kunnen maken indien zij het niet eens is met zijn uitleg van de sancties. Fortenova STAK dient zich vanzelfsprekend aan de sancties te houden, en had dus geen andere keuze dan SBK ART de toegang tot de vergadering van certificaathouders te weigeren. Toegang verlenen zou zelfs een strafbaar feit opleveren. Uit artikel 10 lid 1 van de Verordening volgt voorts dat de EU heeft beoogd dat partijen zoals Fortenova STAK het recht hebben om, in het belang van de naleving van sancties en ter bescherming van zichzelf, het zekere voor het onzekere te nemen als zij erop mag vertrouwen dat bevroering van economische middelen potentieel noodzakelijk is voor die naleving. Fortenova STAK mocht daar in dit geval evident op vertrouwen. Ten slotte geldt dat het kort geding zich niet leent voor een geschil als het onderhavige. Voor een grondig onderzoek naar onder meer de bedoelingen van de (Europese) wetgever is geen ruimte. De vorderingen dienen dus te worden afgewezen, aldus Fortenova STAK.

- 3.4. Verder voert Fortenova STAK aan dat ook een belangenafweging in haar voordeel dient uit te vallen. Allereerst heeft Fortenova STAK een zwaarwegend belang om regelgeving rond sancties ten volle na te komen. Verder heeft Open Pass het recht om te agenderen en om een vergadering van certificaathouders op te roepen. Het bestuur van Fortenova STAK is gehouden mee te werken aan het bijeenroepen van de certificaathoudersvergadering en het agenderen van door Open Pass aangedragen agendapunten. Er zijn geen dwingende redenen om dat niet te doen. De voorgestelde wijzigingen zijn in het belang van alle stakeholders. Daarnaast geldt het volgende. De Russische staatsbank Sberbank houdt via SBK ART 41,82% van de door Fortenova STAK uitgegeven certificaten. Daar zit ook direct het probleem in deze zaak. Sberbank neemt geregeld pro-Russische standpunten in over de oorlog in Oekraïne. De Fortenova groep staat sinds de Russische inval in Oekraïne en de sancties jegens Sberbank en VTB onder grote druk van banken, accountants en handelspartners die hun handen afrekken van Fortenova, omdat thans 49,9% van de door Fortenova STAK uitgegeven certificaten worden gehouden door gesanctioneerde Russische partijen. De door [naam 5] in zijn verklaring genoemde omstandigheden kunnen desastreuze gevolgen hebben en kunnen zelfs leiden tot de ondergang van het concern. Het voorstel van Open Pass biedt een oplossing, doordat de perceptie dat Fortenova wordt gecontroleerd door gesanctioneerde partijen en de feitelijke blokkades die de groep daardoor ervaart worden tegengegaan. De voorgestelde wijziging maakt efficiënte besluitvorming mogelijk, ook in een periode waarin meer dan 35% van de certificaten worden gehouden door gesanctioneerde partijen. Open Pass zal in de nieuwe situatie geen vetorecht verkrijgen, nu zij minder dan 30% van de certificaten houdt. Ten slotte is het nog maar zeer de vraag of de verkoop aan het Hongaarse Indotek Fund door zal gaan en valt niet in te zien waaruit het gestelde nadeel voor die koper blijkt. De positie van die koper zal in de huidige en nieuwe situatie niet wezenlijk anders zijn, aldus nog steeds Fortenova STAK.

3.5. Open Pass heeft – samengevat – het volgende aangevoerd. Ten aanzien van de interpretaties van de sancties sluit Open Pass zich aan bij Fortenova STAK. Anders dan SBK ART en VTB is Open Pass op een vrijwillige wijze aandeelhouder in Fortenova geworden. Thans is zij certificaathouder. Zij wil Fortenova in het belang van alle certificaathouders winstgevender en sterker maken. Dat is de afgelopen jaren, mede dankzij Open Pass, ook gelukt. Zij betwist dan ook dat zij als een soort coupplager de macht naar zich toe zou willen trekken. In nauw overleg met het management van Fortenova heeft Open Pass het voorstel voor aanpassing van de governance geagendeerd. De voorgestelde wijzigingen zullen in de markt het vertrouwen wekken dat, voor zover men twijfelt of de Russische entiteiten niet toch mee kunnen stemmen, zoals zij zelf beweren, er zodanige drempels zijn dat zij een groot aantal andere certificaathouders mee moeten krijgen om de door hun geagendeerde besluiten er door te krijgen. En dat, als zij inderdaad niet mee kunnen stemmen, er toch besluitvorming kan plaatsvinden zonder dat dit op quorum-eisen vastloopt. De eerste vergadering heeft al plaatsgevonden. Aldaar werd er slechts marginaal tegen het voorstel gestemd. Men is dus kennelijk ook niet bang voor een 'coup'. VTB heeft overigens aanvaard dat zij niet mocht stemmen vanwege de sancties. Open Pass wil de belangen van Sberbank niet verwateren. Dat zal ook niet het gevolg zijn van de te nemen besluiten. Open Pass heeft nota bene de herbenoeming geagendeerd van twee personen die op voordracht van Sberbank in het bestuur van Fortenova zitten. Met het voorstel op de agenda dat ziet op de machtiging van het bestuur van Fortenova om de certificaten van SBK ART in te kopen, komt Open Pass Sberbank juist tegemoet. SBK ART heeft op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat een gewijzigde governance het Hongaarse Indotek Fund zal afschrikken. Open Pass heeft overigens geen belang om die verkoop te verhinderen. Nu die verkoop voorlopig waarschijnlijk nog niet rond zal zijn is het belang bij de voorgestelde wijzigingen des te groter, aldus Open Pass.

4 De beoordeling

4.1. Het geschil draait in de kern om de vraag of het sanctierecht het gebruik van het vergader- en stemrecht van SBK ART als certificaathouder al dan niet verbiedt, meer specifiek of SBK ART al dan niet moet worden toegelaten tot een vergadering van certificaathouders alwaar wordt beslist over een wijziging van de corporate governance (die ziet op een wijziging in de systematiek van besluitvorming) en of SBK ART aldaar al dan niet mag meestemmen over de agendapunten die daarop zien.

4.2. Van toepassing is de Verordening (EU) Nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen (hierna: de Verordening).

4.3. Het doel van de sancties is om de druk op de Russische regering en economie op te voeren en de middelen van het Kremlin voor de agressie te beperken (Raad van de EU, Persmededeling 8 april 2022). Van belang is verder dat EU-recht in het algemeen voorrang heeft op het recht van de lidstaten.

4.4. De Verordening luidt voor zover van belang als volgt:

"Artikel 1

Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

(...)

f) "bevriezing van tegoeden": voorkoming van mutatie, overmaking, wijziging, gebruik of inzet van of omgang met tegoeden, op welke wijze ook, met als gevolg wijziging van hun omvang, bedrag, locatie, eigenaar, bezit, onderscheidende kenmerken, bestemming of andere wijzigingen waardoor het gebruik van bedoelde tegoeden, inclusief het beheer van een beleggingsportefeuille, mogelijk wordt gemaakt;

g) "tegoeden": financiële activa en voordelen van enigerlei aard, met inbegrip van, maar niet beperkt tot:

(...)

iii) in het openbaar en onderhands verhandelde waardepapieren en schuldbewijzen, met inbegrip van aandelen, certificaten van waardepapieren, obligaties, promesses, warrants, schuldbekentenissen en derivatencontracten;

(...)

Artikel 2

1. Alle tegoeden en economische middelen die toebehoren aan, eigendom zijn, in het bezit zijn of onder zeggenschap staan van alle in bijlage I vermelde natuurlijke personen, of met hen verbonden natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen, worden bevroren.

4.5. Vooropgesteld wordt dat partijen het erover eens zijn dat SBK ART, als (indirecte) dochteronderneming van – de op de Europese lijst van gesanctioneerde (rechts)personen, entiteiten of lichamen (bijlage I bij de Verordening) geplaatste – Sberbank, tevens onder het sanctieregime valt, zodat ook de door SBK ART gehouden certificaten in Fortenova STAK op grond van artikel 1 sub g onder iii jo. artikel 2 van de Verordening zijn bevroren.

4.6. Anders dan SBK ART meent voert Fortenova STAK echter aan dat het bevroren van certificaten tevens inhoudt dat geen gebruik mag worden gemaakt van het aan die certificaten verbonden vergader- en stemrecht, nu op grond van artikel 1 sub f van de Verordening het gebruik of de inzet van of omgang met tegoeden op welke wijze dan ook door bevrozing dient te worden voorkomen.

4.7. De tekst van de Verordening biedt geen concreet antwoord op de vraag of het vergader- en stemrecht ook bevroren dient te zijn. Het komt voor de beantwoording van die vraag dan ook aan op een interpretatie van de Verordening. Ten behoeve van die interpretatie heeft SBK ART verwezen naar een hierna nader te noemen document van de Europese Commissie. Fortenova STAK heeft op haar beurt verwezen naar een hierna nader te noemen document van het Nederlandse Ministerie van Financiën.

4.8. De Europese Commissie heeft op 26 juli 2022 een document gepubliceerd met de titel: *Asset freeze and prohibition to make funds and economic resources available, related provision: Council Regulation 269/2014, Frequently Asked Questions – as of 26 July 2022* (hierna: de FAQ van 26 juli 2022). Daarin staat voor zover relevant het volgende:

" 14. If a national competent authority freezes the funds of a company owned by a listed person and the company has no possibility to buy resources necessary for its operation, is there a possibility for temporary administration of the company by the state or involvement of state representatives in its management, without the objective of making profit, but to avoid worsening its business condition during the asset freeze?"

Last update: 8 April 2022

Sanctions in general and asset freezes in particular do not entail expropriation and are of a temporary nature. Furthermore, EU operators and institutions holding frozen assets should avoid outcomes causing a disproportionate prejudice to the listed person, which would go beyond the objectives of restrictive measures. It is for the national competent authority to determine how to fulfil and monitor this objective, on a case-case by basis.

15. What measure (if any) should competent authorities adopt in respect of listed shareholders with qualifying holdings in an EU bank? Is the freezing of voting rights appropriate/required? In that case, should a proportionality approach be applied, e.g. by starting with increased monitoring of governance?

Last update: 29 April 2022

Shares qualify as 'funds' and therefore must be frozen if belonging to, owned, held or controlled by a listed person. Accordingly, this means that it is prohibited for the listed person to exercise any voting rights which could lead to any change in relation to these shares (e.g. in their volume, amount, location, ownership, possession, character, destination etc.)."

4.9. Op 17 augustus 2022 heeft het Nederlandse Ministerie van Financiën een Addendum I bij de Leidraad Financiële Sanctieregelgeving uitgegeven met de titel: *Veelgestelde vragen i.v.m. territoriale integriteit Oekraïne* (hierna: Addendum I bij de Leidraad). Daarin staat voor zover relevant het volgende:

" Vraag J

Is artikel 2 lid 1 van Verordening (EU) Nr. 269/2014 (...) van toepassing op een Nederlands bedrijf als dat bedrijf voor minder dan 50% eigendom is van gesanctioneerde personen?

Antwoord J

Ook als gesanctioneerde partijen tezamen voor minder dan 50% eigenaar zijn van een Nederlands bedrijf, kan bevrozing als bedoeld in artikel 2 lid 1 van Verordening (EU) Nr. 269/2014 van het bedrijf aan de orde zijn indien de gesanctioneerde personen zeggenschap hebben over het Nederlandse bedrijf. (...) Indien gesanctioneerde partijen minder dan 50% eigenaar zijn van het bedrijf en er geen sprake is van zeggenschap, dan is bevrozing als bedoeld in artikel 2 lid 1 van Verordening (EU) Nr. 269/2014 in beginsel niet aan de orde bij het Nederlandse bedrijf. Het is aan het Nederlandse bedrijf om hierover desgevraagd bewijs en bevestiging over te leggen aan contractpartijen, relaties of autoriteiten.

Los hiervan dienen de minderheidsbelangen van de gesanctioneerde aandeelhouders wel bevroren te zijn, waardoor hen bijvoorbeeld geen dividend kan worden uitgekeerd en zij ook geen stemrechten mogen uitoefenen ten aanzien van het Nederlandse bedrijf."

4.10. Fortenova STAK verwijst SBK ART dat zij in de dagvaarding slechts een aantal antwoorden uit de FAQ van 26 juli 2022 heeft opgenomen, zonder ook de – hierboven vermelde – vragen daarbij te vermelden. In de eerste plaats heeft Fortenova STAK terecht opgemerkt dat vraag 15 op een geheel andere situatie ziet dan de onderhavige (over een wijziging in de corporate governance) die geen verandering teweeg brengt ten aanzien van de bevroren certificaten op zich, wordt er geen afbreuk gedaan aan het doel van de sancties. Het door SBK ART al dan niet tegen de voorgestelde wijziging stemmen zal er immers in geen geval toe kunnen leiden dat zij als gevolg van die stemming gelden of middelen naar Rusland zal kunnen laten vloeien.

4.11. SBK ART heeft voorts, in het licht van het antwoord op vraag 14 van de FAQ van 26 juli 2022, terecht opgemerkt dat voorkomen moet worden dat op een disproportionale manier voorbij wordt gegaan aan het doel van de beperkende maatregelen. Bij een stemming als de onderhavige (over een wijziging in de corporate governance) die geen verandering teweeg brengt ten aanzien van de bevroren certificaten op zich, wordt er geen afbreuk gedaan aan het doel van de sancties. Het door SBK ART al dan niet tegen de voorgestelde wijziging stemmen zal er immers in geen geval toe kunnen leiden dat zij als gevolg van die stemming gelden of middelen naar Rusland zal kunnen laten vloeien.

- 4.12. Niet aannemelijk is geworden dat Open Pass een coup wenst te plegen zoals SBK ART stelt. Voldoende aannemelijk is dat Open Pass het beste voor heeft met Fortenova en met de belangen van de (andere) certificaathouders en dat zij zich oprecht zorgen maakt over het vertrouwen van de markt in Fortenova. Gelet op het mogelijke resultaat van de stemming over de door Open Pass ingebrachte agendapunten 3 en 4 in samenhang bezien met de reden waarom SBK ART door Fortenova STAK niet wordt toegelaten om daarover mee te stemmen, wordt echter het sanctierecht in dit geval op een oneigenlijke manier als legitimatie ingezet ten gunste van Fortenova en ten nadele van SBK ART. Daar is het sanctierecht niet voor bedoeld.
- 4.13. Anders dan Fortenova STAK meent had zij dus niet het recht om, in het belang van de naleving van sancties en ter bescherming van zichzelf, het zekere voor het onzekere te nemen, nu zij er gelet op het voorgaande niet op had mogen vertrouwen dat bevrozing van het vergader- en stemrecht ten aanzien van agendapunten 3 en 4 potentieel noodzakelijk zou zijn voor die naleving.
- 4.14. Nu SBK ART relatief kort geleden de toegang tot de vergadering van certificaathouders is ontzegd en Fortenova STAK haar heeft bericht dat haar stemmen buiten beschouwing worden gelaten en nu een tweede (en eventueel derde) vergadering van certificaathouders op korte termijn zal (kunnen) volgen, stond het SBK ART vrij om dit kort geding aanhangig te maken. Het gaat niet aan dat Fortenova STAK haar verwijt dat zij zich niet met het verzoek om een ontheffing heeft gewend tot de bevoegde autoriteit. Onduidelijk is op welke termijn zij van het Ministerie van Financiën een besluit zou kunnen hebben verkrijgen.
- 4.15. Hoewel, zoals Fortenova STAK heeft aangevoerd, in het antwoord op vraag J van Addendum I bij de Leidraad letterlijk en onvoorwaardelijk staat dat de minderheidsbelangen van gesanctioneerde aandeelhouders bevroren dienen te zijn, waardoor zij ook geen stemrechten mogen uitoefenen ten aanzien van het Nederlandse bedrijf, gaat de voorzieningenrechter daaraan voorbij, nu de antwoorden van de Commissie voegaan op die van het Nederlandse Ministerie van Financiën. Bovendien kunnen er geen rechten worden ontleend aan Addendum I bij de Leidraad, wat daarin ook als disclaimer is vermeld.
- 4.16. Al met al is niet aannemelijk geworden dat in het geval van bevroren certificaten per definitie de daaraan verbonden vergader- en stemrechten met betrekking tot de corporate governance eveneens bevroren dienen te zijn.
- 4.17. Hoewel Fortenova STAK en Open Pass hun eigen belangen, de belangen van de overige certificaathouders en die van de Fortenova Groep voldoende voor het voetlicht hebben gebracht en de voorzieningenrechter er begrip voor heeft dat zij graag zien dat het de Fortenova groep voor de wind gaat, kan het niet zo zijn dat die belangen prevaleren boven een juiste hantering van de sanctieregels. Een belangenafweging kan er dan ook niet toe leiden dat SBK ART in dit geval niet van haar vergader- en stemrecht gebruik zou mogen maken.
- 4.18. Gelet op dit alles is voorshands voldoende aannemelijk dat de bodemrechter het standpunt van SBK ART zal volgen. Nu SBK ART een spoedeisend belang heeft bij haar vordering en van haar niet kan worden gevergd dat zij de uitslag van een bodemprocedure afwacht zal de primaire vordering worden toegewezen. De gevorderde dwangsom zal als prikkel tot nakoming eveneens worden toegewezen.
- 4.19. Fortenova STAK zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van SBK ART worden begroot op:
- dagvaarding € 108,41
 - griffierecht 676,00
 - salaris advocaat 1.016,00
- Totaal € 1.800,41.
- 4.20. De nakosten zullen worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing is vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. gebiedt Fortenova STAK om gedurende de periode tot en met 31 december 2022 SBK ART toe te laten tot enige vergadering van certificaathouders en haar stemrechten verbonden aan haar certificaten te accepteren en mee te tellen ter zake van de stemming over het voorstel ter zake van agendapunten 3 en 4 (zoals genoemd in randnummer 30 van de dagvaarding), en enig ander voorstel gericht op de wijziging van de administratievoorwaarden en/of de statuten van Fortenova STAK of vergelijkbare agendapunten die anderszins de huidige corporate governance van Fortenova STAK aantasten,
- 5.2. veroordeelt Fortenova STAK om aan SBK ART een dwangsom te betalen van € 5.000.000,00 indien zij handelt in strijd met het in 5.1 uitgesproken gebod, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang de dag waarop de dwangsom wordt verschuldigd tot aan de dag van volledige voldoening,
- 5.3. veroordeelt Fortenova STAK in de proceskosten, aan de zijde van SBK ART tot op heden begroot op € 1.800,41, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag met ingang van veertien dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van volledige voldoening,
- 5.4. veroordeelt Fortenova STAK in de na dit vonnis ontstane kosten aan de zijde van SBK ART, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met € 85,00 en de kosten van het betekeningsexploitatiegeval betekening van dit vonnis plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van volledige voldoening,
- 5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

This judgment was rendered by Mr. EA Messer, interim relief judge, assisted by Mr. JE Tiddens, registrar, and pronounced in public on September 6, 2022. 1

1 type: JT coll: MV