

gericht. Art. 198 Rv, waarop het vonnis van de voorzieningenrechter was gebaseerd, is niet van toepassing op Holding B omdat zij de informatie niet aan de deskundige heeft verstrekt. Omdat de vennootschap zelf geen partij is in de geschillenprocedure is art. 198 Rv, dat partijen verplicht de informatie die zij aan een deskundige verstrekken, overigens ook niet op de vennootschap van toepassing. Daarmee heeft de Ondernemingskamer, veronderstel ik, alleen uitspraak willen doen over de vraag of Holding B als de in het kort geding gedaagde aandeelhouder op grond van art. 198 Rv tot het verstrekken van de informatie verplicht kon worden, en niet of een gedaagde in een geschillenprocedure het recht heeft de informatie te ontvangen die een vennootschap met het oog op de prijsbepaling in een geschillenprocedure op grond van art. 2:351 lid 1 BW aan een deskundige verstrekt. Ik denk dat een gedaagde die informatie wel zou moeten kunnen krijgen: artikel 2:351 lid 1 BW regelt de verplichtingen van de vennootschap maar niet de wijze waarop de deskundige op grond van de op het deskundigenonderzoek toepasselijke regelgeving, moet omgaan met de door hem ontvangen informatie. De deskundige is tenslotte geen onderzoeker in een enquêteprocedure. Overigens zou een gedaagde met een verzoek op grond van art. 843a Rv in het algemeen ook zelf een vennootschap kunnen dwingen deze informatie aan hem te verstrekken. Ik neem aan dat Katan<sup>9</sup> in een geval waarin de bestuurder van een aandeelhouder die als eiser in een geschillenprocedure optreedt en die ook zelf bestuurder<sup>10</sup> is van de vennootschap waarvan de aandelen onderwerp van de geschillenprocedure zijn, anders dan de Ondernemingskamer, zou menen dat die aandeelhouder wel beschikt over de door de deskundige verlangde informatie en gedwongen kan worden die aan de gedaagde in de geschillenprocedure te verstrekken, zij het dat wanneer de informatie door de vennootschap aan de deskundige is verstrekt, art. 198 Rv. toepassing mist.

Mr. M.W. Josephus Jitta

## Ondernemingsrecht 2019/103

Rechtbank Amsterdam 8 maart 2019, nr. NCC 19/003 (C/13/661952)  
m.nt. mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, mr. V.R. Vroom & mr. M.J. Bosselaar<sup>1</sup>

JONDR 2019/472  
ECLI:NL:RBAMS:2019:1637

9 B.M. Katan, 'Toerekening van kennis van groepsvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/60.  
10 In dit geval zelfs de enig bestuurder op grond van de tweedefasebeschikking in de enquêteprocedure.  
1 Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, mr. V.R. Vroom en mr. M.J. Bosselaar zijn advocaat te Amsterdam.

### NCC. Uitwinning pandrecht op aandelen. Verzoek pandhouder aan NCC-voorzieningenrechter om toestemming onderhandse verkoop ex artikel 3:251 lid 1 BW.

#### 1. Inleiding en feiten

"De NCC is now open for business", zo klonk het in januari 2019 toen de NCC-wetgeving in werking trad en de Nederlands Commercial Court (NCC) officieel haar deuren opende. De NCC is een internationale handelskamer van de rechtbank Amsterdam (NCC District Court, inclusief voorzieningenrechter<sup>2</sup>) en het gerechtshof Amsterdam (NCC Court of Appeal) waar partijen kunnen procederen in het Engels. De NCC beoogt – kort gezegd – een efficiënte, snelle en voor spelbare behandeling van grote, complexe zaken, door deskundige en gespecialiseerde rechters.

*Commercial courts* zoals de NCC bestaan reeds in Londen, Dublin, Delaware, Dubai en Singapore. Ook binnen Europa worden steeds meer vergelijkbare internationale kamers geïntroduceerd waar partijen in het Engels kunnen procederen. Noemenswaardig zijn de *Chambre internationale de la Cour d'appel de Paris* (Frankrijk) en de *Kammern für internationale Handelssachen* (Duitsland).<sup>3</sup> "Niets doen", zou betekenen dat Nederland meer zaken zou verliezen aan deze, andere buitenlandse rechters en internationale arbitrage.<sup>4</sup>

De NCC werd gepresenteerd als een grote speler onder de *commercial courts*, met een eigen website en promotiefilm-pje.<sup>5</sup> De eerste NCC-zitting trok veel belangstelling en leidde tot de uitspraak van 8 maart 2019.<sup>6</sup>

Deze eerste procedure draaide in de kern om een verzoek van een pandhouder aan de voorzieningenrechter om toestemming voor de onderhandse verkoop van verpande zaken zoals bedoeld in artikel 3:251 lid 1 BW. De feiten waren kort gezegd als volgt.

IPS, gevestigd in Nederland, maakt deel uit van de Airopack groep. Alle aandelen in IPS worden gehouden door IPS Holding, eveneens gevestigd in Nederland. Enig aandeelhouder van IPS Holding is Airopack Technology Group (Airopack), gevestigd in Zwitserland. De voornaamste aandeelhou-

2 NCC Court in Summary proceedings; zowel in kort geding als de voorzieningenrechter. Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 39.  
3 Overigens is onlangs besloten om de *Brussels International Business Court* (België) voorlopig niet te introduceren. Nieuwsbericht van 21 maart 2019 van L'Echo, raadpleegbaar via: <https://www.lecho.be/actualite/archive/le-tribunal-de-commerce-anglophone-ne-verra-pas-le-jour/10109503.html> (geraadpleegd op 25 juni 2019).  
4 Raad voor de Rechtspraak, *Plan tot oprichting van de Netherlands commercial court*, november 2015, p. 3-8.  
5 De NCC-website is raadpleegbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx> (geraadpleegd op 25 juni 2019). De NCC kent bovendien een eigen Twitter- en LinkedIn-pagina.  
6 Zie in dit kader bijvoorbeeld E. Bauw, 'Opinie: Ondernemerschap in de rechtspleging. Over de kansen van een Netherlands Commercial Court', *AA* 2016/2, p. 93-98; en P.E. Ernste en F.E. Vermeulen, 'The Netherlands Commercial Court – an attractive venue for international commercial disputes?', *TCR* 2016/4, p. 127-137.

ders van Airopack zijn Q-Invest, gevestigd in Nederland, en Apollo.<sup>7</sup>

IPS heeft financiering aangetrokken van de Apollo Funds (circa EUR 132 miljoen) en Rabobank (circa EUR 14 miljoen); deze leningen zijn neergelegd in één *Facilities Agreement*. Ter zekerheid van terugbetaling van deze financiering hebben onder meer IPS Holding en Airopack zich garant gesteld voor de verplichtingen van IPS onder de *Facilities Agreement*. Daarnaast heeft IPS Holding ten gunste van Apollo en Rabobank een pandrecht gevestigd op de aandelen van IPS Holding in IPS en de vorderingen van IPS Holding op IPS.<sup>8</sup>

IPS verkeert al geruime tijd in financiële moeilijkheden. Eind 2018 worden diverse opties tot (onder meer) verkoop, herstructurering en herfinanciering onderzocht, echter zonder succes.<sup>9</sup> Eind januari 2019 voldoet IPS de rente onder de *Facilities Agreement* niet en ontstaat een verzuim.

Vervolgens wordt overgegaan tot uitwinning van het pandrecht. Door middel van de uitwinning van het pandrecht wordt een *debt-for-equity swap* beoogd, waarbij Apollo (via het aan haar gelieerde Crossbow) de verpande aandelen en vorderingen zou verkrijgen.<sup>10</sup> In het kader van deze voorgenomen transactie dient de pandhouder ex artikel 3:251 lid 1 BW toestemming van de voorzieningenrechter te verzoeken. Partijen komen overeen om daartoe een verzoek aan de voorzieningenrechter van de NCC te doen.<sup>11</sup>

## 2. Beslissing

De NCC-voorzieningenrechter overweegt – zonder nadere motivering – dat de rechtbank Amsterdam rechtsmacht toekomt op grond van artikel 25 lid 1 en 26 lid 1 van Brussel I bis<sup>12</sup> en artikel 24 van het Verdrag van Lugano.<sup>13</sup> De pandakten bevatten een forumkeuze en partijen – met uitzondering van Q-Invest en Airopack – zijn voorafgaande aan het verzoek aan de voorzieningenrechter een forumkeuzebeding overeengekomen. Alle partijen zijn vervolgens verschenen of hebben de voorzieningenrechter schriftelijk medegedeeld dat zij geen bezwaar hebben tegen bevoegdheid van de NCC-voorzieningenrechter.<sup>14</sup>

In dit geval is naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter ook aan de overige vereisten voor bevoegdheid<sup>15</sup> voldaan, nu (i) de zaak een burgerlijke of handelszaak betreft, het pandrecht een rechtsbetrekking is die ter vrije bepaling van partijen staat en geen andere rechter exclusief bevoegdheid is (conform artikel 1.3.1 (a) NCC Rules), (ii) de zaak een internationaal geschil betreft (conform artikel 1.3.1 (b) NCC Rules), (iii) de NCC-voorzieningenrechter bevoegd is om van dit geschil kennis te nemen (conform artikel 1.3.1 (c) NCC Rules), (iv) partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat de procedure wordt gevoerd in het Engels voor de NCC (conform artikel 1.3.1 (d) NCC Rules) en (v) de voorzieningenrechter blijkens artikel 3:251 BW bevoegd is om over het verzoek te oordelen (conform artikel 1.3.2 (a) NCC Rules).<sup>16</sup>

Ook over het toepasselijk recht is de NCC-voorzieningenrechter vrij kort. Op de vraag of de voorzieningenrechter verzoekster toestemming moet verlenen voor de onderhandse verkoop van aandelen via een *debt-for-equity swap* is Nederlands ondernemings- en eigendomsrecht van toepassing. Aangezien IPS is gevestigd in Nederland, zijn deze regels ook van toepassing op de aandelen (artikel 10:138 lid 1 jo. 10:135 lid 2 BW). Daarbij komt dat Engels recht de *Facilities Agreement* beheerst en Nederlands recht de pandakten vanwege de daarin opgenomen rechtskeuzen (artikel 3 Rome I<sup>17</sup>).<sup>18</sup>

Onder verwijzing naar onder meer *Scheipar*<sup>19</sup> laat de NCC-voorzieningenrechter Q-Invest en Airopack in deze procedure toe als belanghebbenden.<sup>20</sup>

De verweren van de aandeelhouders – onder meer het beoogd van Q-Invest dat de beoogde transactie in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM – gaan naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter niet op.<sup>21</sup>

Dan komt de NCC-voorzieningenrechter toe aan de beoordeling van de prijs. Verzoekster heeft beoogd dat de transactie de waarde van de aandelen maximaliseert en bijdraagt

7 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.1 en 4.2.

8 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.1-4.3.

9 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.4.

10 De beoogde transactie wordt omschreven in Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.6.

11 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.7 en 5.2.

12 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU L* 351/1.

13 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU L* 339/3.

14 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.2.

15 Artikel 30r Rv en het Reglement voor de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam (NCC District Court) en het gerechtshof Amsterdam (NCC Court of Appeal), *Stcr.* 2018, 71 572 (versie december 2018) (NCC Rules).

16 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

17 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU L* 177/6.

18 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

19 HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, r.o. 3.3.2. De NCC-voorzieningenrechter verwijst tevens naar v.zr. Rb. Amsterdam 23 september 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ8848 en v.zr. Rb. Amsterdam 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1439. Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.6 (voetnoot 30).

20 Uit de overwegingen van de voorzieningenrechter volgt niet heel duidelijk dat Q-Invest en Airopack worden aangemerkt als belanghebbenden zoals bedoeld in artikel 282 lid 1 Rv, of dat de voorzieningenrechter de door hen aangevoerde argumenten "gewoon" aanhoort (vgl. v.zr. Rb. Amsterdam 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1439). De voorzieningenrechter lijkt in rechtsoverweging 6.6 de belanghebbendheid-toets van artikel 282 Rv toe te passen.

21 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.7 en 6.8.

aan de continuïteit van de onderneming. Partijen hebben geen dispuut over (de inhoud van) het waarderingsrapport van A&M. De NCC-voorzieningenrechter concludeert derhalve dat de beoogde transactie in de omstandigheden de hoogst mogelijke opbrengst genereert voor de aandelen en wijst het verzoek toe.<sup>22</sup>

### 3. Commentaar

#### 3.1 Inleiding

De NCC-procedure valt samen te vatten in de volgende kenmerken: (i) Engels als proces taal, (ii) eigen procesreglement,<sup>23</sup> (iii) uitdrukkelijke forumkeuze, (iv) internationale handelsgeschillen in zaken ter vrije bepaling van partijen en (v) digitaal procederen via het NCC-systeem (eNCC).<sup>24</sup> Gelet op deze kenmerken levert de eerste NCC-uitspraak enkele relevante gezichtspunten op voor de praktijk.

#### 3.2 Look en feel uitspraak

Noemenswaardig is allereerst de opbouw van de uitspraak. Deze is anders dan anders: een samenvatting (die overigens niet helemaal representatief is voor de inhoud van de uitspraak), definitielijst, procesverloop, achtergrond en feiten, het verzoek, discussiepunten, conclusie en voorziening. Opmerkelijk is dat de wijze van overwegen van de NCC-voorzieningenrechter op enkele punten anders lijkt dan een gemiddelde uitspraak van een Nederlandse (voorzieningen) rechter. De uitspraak heeft in feite meer weg van een uitspraak van een *common law* rechter. Wij wijzen bijvoorbeeld op het gebruik van "Ik" in plaats van "De voorzieningenrechter"; zo overweegt de voorzieningenrechter bijvoorbeeld:

"I agree it is appropriate to consider what is best for the business".<sup>25</sup>

Hiermee krijgt de uitspraak – die naast de NCC Rules ook aan Rv zal (moeten) voldoen<sup>26</sup> – een heel eigen *look* en *feel*, die – althans dat zal de bedoeling zijn – ook niet Nederlandse partijen 'bekend' zal voorkomen.

#### 3.3 Geen vertrouwelijkheid

De zittingen en uitspraken van de NCC zijn net als 'gewone' zittingen en uitspraken in beginsel openbaar. Daarnaast publiceert de NCC op haar website een lijst met zittingen en is de uitspraak – in tegenstelling tot de NCC daarover zelf vermeld<sup>27</sup> – niet geanonimiseerd. Deze handelwijze doet sterk denken aan bijvoorbeeld de Ondernemingskamer,

die op haar website ook een agenda van de zittingen, persberichten en uitspraken publiceert. Wanneer vertrouwelijkheid een relevante factor is, zullen partijen er verstandig aan doen om voor arbitrage te kiezen (arbitrage is vertrouwelijk, tenzij partijen anders overeenkomen).<sup>28</sup> Wij denken dat voor een verzoek om een zitting met gesloten deuren (conform artikel 27 Rv) en/of geheimhouding van bepaalde zaken (conform artikel 29 Rv) in beginsel weinig ruimte zal zijn. De rechtspraak laat immers zien dat dergelijke verzoeken zelden worden toegewezen.<sup>29</sup> In geval van gewichtige redenen kunnen partijen de NCC in ieder geval verzoeken om enkel de NCC van bepaalde stukken kennis te laten nemen (een *motion confidentiality*).<sup>30</sup>

#### 3.4 Bevoegdheid van de NCC; toetsing aan NCC-vereisten

De NCC toetst ambtshalve<sup>31</sup> aan vier limitatieve vereisten of zij bevoegd is om over een geschil te oordelen.<sup>32</sup>

##### 3.4.1 Burgerlijke of handelszaak; niet onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van een andere kamer of rechter én ter vrije bepaling van partijen

Dit vereiste voor bevoegdheid van de NCC valt uiteen in drie aspecten.<sup>33</sup> Allereerst moet sprake zijn van een burgerlijke of handelszaak. In de onderhavige zaak was dat zonneklaar. De NCC-voorzieningenrechter overwoog dan ook dat hiervan sprake was zonder dit te motiveren.<sup>34</sup> In de wetgeschiedenis zijn 'burgerlijke of handelszaken' omschreven als alle zaken die door een handelskamer behandeld kunnen worden.<sup>35</sup> Het betreft civiele geschillen in ruime zin, zoals contractuele- en buitencontractuele-, goederenrechtelijke en vennootschapsrechtelijke geschillen.<sup>36</sup> In dit kader kan ook worden gedacht aan (post) SPA-, aandeelhouders- of *joint venture* geschillen.

Ten tweede behandelt de NCC geen geschillen die zijn onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van een ander gerecht, zoals de Ondernemingskamer of de kantonrechter.<sup>37</sup> In dit kader kan wat ons betreft ook worden gewezen op procedures zoals bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden, die in beginsel aan de bevoegdheid van de Onder-

22 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.21 en 6.22.

23 Dit procesreglement, de NCC Rules, zijn zowel in het Nederlands als Engels beschikbaar.

24 De NCC-procedure geldt in beginsel zowel voor vorderings- als verzoekprocedures. Artikel 1.1.3 NCC Rules. Zie Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 36 en 38.

25 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.21.

26 De NCC past immers ook Nederlands procesrecht, in het bijzonder Rv, toe. Artikel 1.2.1 NCC Rules.

27 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 45 bepaalt: "Uitspraken worden geanonimiseerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) geplaatst. (...)"

28 Zie over de verhouding tussen de NCC en arbitrage H.J. Snijders, 'NCC en arbitrage', *TvA* 2018/1 (p. 1-8).

29 Zie in dit kader bijvoorbeeld *vzr. Rb. Amsterdam* 14 juli 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU3433 en *Rb. Amsterdam* 15 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:7580.

30 Artikel 22 Rv in samenhang met artikel 8.4 NCC Rules. Ook kunnen partijen in een bewijsovereenkomst een afwijkende regeling voor de kennisname van vertrouwelijke stukken overeenkomen.

31 Artikel 1.3.4 en 1.3.5 NCC Rules.

32 Deze vereisten blijken uit artikel 30r lid 1 Rv en artikel 1.3.1 NCC Rules.

33 Artikel 1.3.1(a) NCC Rules.

34 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

35 *Kamerstukken I* 2017/2018, 34 761, nr. B (MvA), p. 2-3. De mate van complexiteit van een geschil doet hierbij niet ter zake.

36 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 36-37. De toelichting noemt in dit kader ook een aantal specifieke rechtsgebieden binnen het civiele recht, zoals verzekingsrecht, financieel recht, IE-recht, aanbestedingsrecht en mededingingsrecht.

37 Artikel 30r lid 1 Rv en artikel 1.3.1(a) NCC Rules. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 11.

nemingskamer dan wel de kantonrechter zijn overgelaten. In de onderhavige zaak speelde dit niet.<sup>38</sup> Wij kunnen ons echter voorstellen dat er geschillen zijn waar dit mogelijk wel een punt van discussie kan zijn.

Tot slot moet het geschil een rechtsbetrekking betreffen die ter vrije bepaling van partijen staat. Familie- en erfrechtelijke geschillen lijken om die reden niet geschikt voor behandeling door de NCC.<sup>39</sup> Het is echter de vraag hoe de NCC zal oordelen in gevallen van samenloop, bijvoorbeeld indien het geschil draait om de uitoefening van bevoegdheden door een certificaathouder, waarbij familie- en/of erfrecht bepalend is voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de certificaten. Verder is in dit verband interessant hoe de NCC om zal gaan met insolventierechtelijke vraagstukken, zoals bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement of het invoeren van de faillissementspauliana door de curator. Volgens de NCC zelf kunnen deze kwesties in beginsel ook aan de NCC worden voorgelegd.<sup>40</sup>

### 3.4.2 Internationaal geschil

Het is de verwachting dat de NCC in zaken vrij snel zal aannemen dat sprake is van een internationaal geschil. Dit blijkt onder meer uit haar eigen procesreglement, waarin de NCC enkele aanknopingspunten noemt.<sup>41</sup> Van een internationaal geschil zal sprake zijn indien één van de partijen zijn woonplaats in het buitenland heeft, buitenlands recht van toepassing is op het geschil, sprake is van buitenlandse aandeelhouders, werknemers of omzet of aan het geschil een ander relevant grensoverschrijdend belang toekomt. Uitgangspunt lijkt dat sprake is van een internationaal geschil zolang het geschil – ten tijde van de forumkeuze voor de NCC<sup>42</sup> – een grensoverschrijdende connectie heeft. Puur nationale geschillen behandelt de NCC niet.<sup>43</sup>

Dat de zaak een internationaal geschil betrof, was hier – om de woorden van de NCC-voorzieningenrechter te gebruiken – “duidelijk”. De voorzieningenrechter achtte hiervoor onder meer relevant dat (i) verzoekster en belanghebbenden in het buitenland gevestigd waren dan wel deel uitmaakten van een internationale groep en (ii) de “documentatie” in het Engels was.<sup>44</sup> Deze omstandigheden, of een combinatie daarvan, zouden naar het oordeel van de NCC-voorzieningenrechter in iedere zaak voldoende zouden moeten zijn om de test te doorstaan. Ook dit bevestigt ons vermoeden dat al snel sprake zal zijn van een internationaal geschil.

### 3.4.3 (Internationale) bevoegdheid rechtbank of gerechtshof Amsterdam

Voor bevoegdheid van de NCC is van belang dat alle betrokken partijen bij de procedure de rechtbank of het gerechtshof Amsterdam hebben aangewezen voor kennisneming van hun geschillen dan wel andere gronden voor bevoegdheid bestaan (bijvoorbeeld de woonplaats van gedaagde(n)).<sup>45</sup> De internationale bevoegdheid zal in beginsel kunnen worden gebaseerd op Brussel I bis of het Verdrag van Lugano,<sup>46</sup> zoals de NCC-voorzieningenrechter in deze zaak ook heeft gedaan, of het Haags Forumkeuzeverdrag.<sup>47</sup> Tussen partijen was overigens ook niet in geschil dat de NCC of de NCC-voorzieningenrechter (in plaats van de NCC District Court) (internationaal) bevoegd was.<sup>48</sup>

### 3.4.4 Uitdrukkelijke forumkeuze

Partijen moeten niet alleen schriftelijk, maar ook uitdrukkelijk kiezen voor een procedure bij de NCC in de Engelse taal.<sup>49</sup> Partijen moeten namelijk niet tegen hun wil bij een procedure voor de NCC worden betrokken.<sup>50</sup> Met “uitdrukkelijk” wordt onder meer bedoeld dat alle betrokken partijen daadwerkelijk instemmen met de forumkeuze; stilzwijgende aanvaarding van een NCC-forumkeuze volstaat in beginsel niet.<sup>51</sup> De forumkeuze kan vóór de procedure bij de NCC of bij een afzonderlijke overeenkomst tijdens een lopende procedure bij een andere Nederlandse rechter worden gedaan.<sup>52</sup> Overigens impliceert een forumkeuze voor de NCC een keuze voor de NCC-voorzieningenrechter. Om die reden is niet vereist in die NCC-forumkeuze ook op te nemen dat de NCC-voorzieningenrechter bevoegd is.<sup>53</sup>

In dit geval waren partijen, met uitzondering van de belanghebbenden, vóór het verzoek overeengekomen dat bij de NCC zou worden geprocedeerd in de Engelse taal. Q-Invest en Airopack, beiden toegelaten als belanghebbenden, hadden de voorzieningenrechter laten weten geen bezwaar te hebben tegen procederen in het Engels bij de NCC.<sup>54</sup> Dit sluit aan bij het vereiste dat in verzoekschriftprocedures derden die zelf bij de procedure betrokken raken, zoals belanghebbenden, moeten instemmen met de NCC als bevoegde rechter en procesvoering bij de NCC in de Engelse taal.<sup>55</sup> Denkbaar is dat in andere gevallen dit mogelijk wel een obstakel

38 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

39 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 37.

40 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 37.

41 Artikel 1.3.1(b) NCC Rules en Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 37-38.

42 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 38.

43 *Kamerstukken II 2016/2017*, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 11 en *Kamerstukken I 2017/2018*, 34 761, nr. B (MvA), p. 2-3. Zie ook Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 37.

44 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

45 Artikel 1.3.1(c) NCC Rules.

46 Vgl. Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 45.

47 Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, 's-Gravenhage, 30 juni 2005, *Trb.* 2009/31.

48 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.2-6.3.

49 Artikel 1.3.1(d) NCC Rules. Zie ook Bijlage II (NCC-beding) NCC Rules, p. 47 voor het forumkeuzebeding van de NCC zelf.

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

51 Artikel 30r lid 1 Rv. Zie Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 39 en *Kamerstukken II 2016/2017*, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 11. Een overeenkomst of clausule die verwijst naar algemene voorwaarden waarin een NCC-forumkeuze is opgenomen is onvoldoende, tenzij de andere partij die forumkeuze uitdrukkelijk en schriftelijk heeft aanvaard.

52 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 38.

53 Artikel 30r lid 3 Rv. Zie Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 39.

54 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.3.

55 Bijlage I (Toelichting) NCC Rules, p. 38.

zal zijn, bijvoorbeeld bij partijen die in vrijwaring worden opgeroepen.

### 3.5 eNCC

In de uitspraak gaat de NCC-voorzieningenrechter ook in op de (vrijwillige) toepassing van de eNCC, het digitale portaal van de NCC.<sup>56</sup> In het procesreglement staat dat partijen procederen en communiceren via de eNCC, tenzij de NCC anders bepaalt.<sup>57</sup> Dit procesreglement was echter opgesteld met als uitgangspunt dat bij de NCC digitaal zou worden geprocedeerd via toepassing van de KEI-wetgeving. Eind 2018 is echter besloten om KEI niet voor de NCC in te voeren.<sup>58</sup> Een addendum op het procesreglement was nodig.<sup>59</sup> Processtukken moeten nu weer op papier worden ingediend; verzoeken en mededelingen aan de NCC geschieden nog wel via de eNCC.<sup>60</sup> Uit de praktijk zijn wij ermee bekend dat ook in enkele andere zaken bij de rechtbank Amsterdam, niet aanhangig bij de NCC, wordt geprocedeerd via de eNCC (op grond van instemming van alle procespartijen).<sup>61</sup>

### 3.6 Bewijsregels

Met betrekking tot de bewijsregels is in het verleden aangekondigd dat de NCC de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (IBA Rules) zoveel mogelijk zou toepassen.<sup>62</sup> Dit lijkt ook logisch, nu de NCC een efficiënte procedure voorstaat met het oog op de internationale rechtspraktijk. Daar komt bij dat ook andere *commercial courts* aansluiting zoeken bij internationale bewijsregels, zoals de IBA Rules of de UNCITRAL Arbitration Rules. Het lijkt er echter op dat de IBA Rules, voor zover de NCC deze regels al zal toepassen, moeten worden toegepast binnen de kaders van Rv.<sup>63</sup> Dat geeft wel een zekere beperking. Niettemin kunnen partijen kiezen voor een ander bewijsrecht dan het Nederlandse bewijsrecht.<sup>64</sup>

56 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 6.4.

57 Artikel 3.2.1 NCC Rules. Zie Bijlage IV (Reglement eNCC) NCC Rules voor specifieke regels voor het gebruik van de eNCC.

58 Inmiddels is het einde van KEI (definitief) in zicht en is een wetsvoorstel ingediend tot intrekking van KEI bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland. *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 175, nr. 2 (VvW).

59 Addendum bij het reglement voor de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam (NCC District Court) en het gerechtshof Amsterdam (NCC Court of Appeal), *Stcr.* 2018, 71 575 (december 2018) (Addendum NCC Rules).

60 Addendum NCC Rules, Wijziging B.

61 Een dergelijke afwijkende procesvoering is mogelijk op grond van artikel 1.4 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken. Wij vermoeden dat dit de basis is voor toepassing van de eNCC in niet NCC-zaken. Een bijkomende omstandigheid is dat de behandeld rechter in de betreffende zaken ook een van de rechters van de NCC is.

62 P.E. Ernste en F.E. Vermeulen, 'The Netherlands Commercial Court – an attractive venue for international commercial disputes?', *TCR* 2016/4, p. 135 en J.B.J. Hoefnagel en T.M. Welling, 'Processuele aspecten van de Netherlands Commercial Court', *TvPP* 2019/2, p. 41; beiden onder verwijzing naar A.E.E. Dorsman, 'Netherlands Commercial Court', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 311.

63 Artikel 1.2.1 NCC Rules. In vergelijkbare zin P.E. Ernste en F.E. Vermeulen, 'The Netherlands Commercial Court – an attractive venue for international commercial disputes?', *TCR* 2016/4, p. 135 en J.B.J. Hoefnagel en T.M. Welling, 'Processuele aspecten van de Netherlands Commercial Court', *TvPP* 2019/2, p. 41.

64 Artikel 8.3 NCC Rules.

### 3.7 Uitwinning pandrecht op aandelen

Voor de meer procedurele aspecten uit de eerste uitspraak van de NCC zijn interessant. Wat betreft de inhoudelijke kant van het geschil, de uitwinning van het pandrecht op aandelen, biedt deze uitspraak weinig nieuws onder de zon.

Hoewel bij iedere financiering van enige omvang sprake zal zijn van een pandrecht op aandelen, is hierover tot op heden verrassend weinig relevante rechtspraak verschenen.<sup>65</sup> De in financiële herstructureringen bekende *Schoeller Arca*-casus uit 2009 is in dat opzicht nog steeds richtinggevend.<sup>66</sup> Daaruit valt af te leiden dat het in beginsel aan de pandhouder is om te bepalen of en wanneer het pandrecht wordt uitgewonnen. Tevens brengt *Schoeller Arca* mee dat het een partij die uitwinning wil voorkomen (zoals een aandeelhouder) doorgaans geen soelaas zal bieden om 'slechts' een concurrerend waarderingsrapport in te dienen dat een hogere waarde van de onderneming staft. In plaats daarvan zal een 'dwarsslijger' vaak gedwongen worden een superieur en onvoorwaardelijk bod op tafel te leggen. Het geschil over waardering staat daarmee vaak centraal in de discussie bij de voorzieningenrechter.

Hoewel de NCC – overigens zonder verwijzing naar *Schoeller Arca* – de regels uit *Schoeller Arca* lijkt te onderschrijven, lijkt van een serieuze discussie over de waardering en voorwaarden voor uitwinning in de onderhavige zaak geen sprake te zijn geweest.<sup>67</sup> Tekenend in dit verband is dat de (groot-)aandeelhouder zelf een waarderingsexpert heeft geïnstrueerd om het waarderingsrapport op te stellen. Bovendien heeft de waarderingsexpert in dit verband kennelijk toegang gehad tot het bestuur van de groep.

Wel overweegt de NCC-voorzieningenrechter dat geen waarde resteert voor de aandeelhouder en dat bij gebreke van het nemen van maatregelen een faillissement waarschijnlijk lijkt. Hoewel de koopprijs voor de aandelen in *cash* slechts EUR 1 bedraagt, acht de voorzieningenrechter van belang dat de pandgever als onderdeel van de transactie van een aanzienlijk deel van de schuldenlast wordt verlost.

65 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld I. van Gasteren, 'Financiële herstructureringen door middel van uitwinning van een pandrecht op aandelen', *FIP* 2010/1, p. 18-23.

66 Rb. Amsterdam 10 september 2009 en 23 september 2009, *JOR* 2009/340 m.nt. N.S.G.J. Vermunt (*Schoeller Arca*). Wel is er recent een aardige uitspraak van de Ondernemingskamer als appelrechter verschenen in het kader van een uitspraak op de voet van artikel 2:342 BW (geschillenregeling), een vordering van de aandeelhouder jegens de pandhouder tot overgang van het stemrecht wegens handelen in strijd met het vennootschappelijk belang. Zie Hof Amsterdam (OK) 10 juli 2018, *JOR* 2019/6 m.nt. C.D.J. Bulten en Rb. Amsterdam 4 mei 2016, *JOR* 2016/327 m.nt. T. Hutten.

67 Gezien de, blijkens de uitspraak van de NCC, ietwat beperkte discussie tussen partijen en het feit dat het bestuur tot op zekere hoogte medewerking lijkt te hebben verleend aan de transactie, valt op te merken dat partijen wellicht ook hadden kunnen kiezen voor uitwinning met medewerking van de pandgever. Dit kwalificeert als een uitwinning zoals bedoeld in artikel 3:251 BW maar vergt geen toestemming van de voorzieningenrechter en is daardoor onder omstandigheden een snelle en efficiënte wijze van uitwinning van een zekerheidsrecht.

Er zitten enkele punten in de casus waar een wat uitgebreidere discussie had mogen worden verwacht, zoals over het element van *credit bidding*. *Credit bidding* (het 'bieden van de schuld' ter voldoening van de koopprijs) komt in de praktijk regelmatig voor bij uitwinning van een pandrecht, zowel in Nederland als in andere landen. Rechtspraak of literatuur in Nederland over dit onderwerp is vrij zeldzaam, maar Van den Berg<sup>68</sup> betoogt naar onze mening terecht dat *credit bidding* in het kader van pandrecht in beginsel mogelijk moet zijn.<sup>69</sup> Vergelijk in dit verband ook de mogelijkheid die artikel 3:251 lid 1 BW biedt tot verblijving van de verpande vermogensbestanddelen aan de pandhouder.

Enigszins verwarrend zijn de overwegingen van de NCC-voorzieningenrechter over wie als pandhouder optreedt in de procedure. In dit geval heeft Elavon het verzoek gedaan. Elavon doet dit verzoek in hoedanigheid van pandhouder,<sup>70</sup> maar ook valt te lezen dat een pandrecht is verstrekt aan Apollo en Rabobank.<sup>71</sup> Vermoedelijk is Elavon pandhouder op basis van een *parallel debt* structuur<sup>72</sup> en zijn Apollo en Rabobank als financiers de uiteindelijke belanghebbenden bij het pandrecht. Slechts Apollo treedt op als koper, hetgeen in het kader van genoemde *credit bidding* met zich brengt dat Rabobank in beginsel recht heeft op een *cash* betaling in verband met de uitwinning.<sup>73</sup>

### 3.8 Tot slot

De uitspraak van 8 maart 2019 is de eerste van de in dit eerste jaar van de NCC verwachte 20 zaken.<sup>74</sup> Of de NCC uiteindelijk echt kan gaan concurreren met andere *commercial courts* zal met name afhangen van de vraag of partijen bereid zijn om een forumkeuze te maken voor de NCC.<sup>75</sup> De eerste NCC-uitspraak lijkt in ieder geval de door de NCC beloofde snelle(re) doorlooptijden te bevestigen. Daarmee geldt deze uitspraak, wat ons betreft, als een mooie start.

*Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, mr. V.R. Vroom & mr. M.J. Bosselaar*

68 S.W. van den Berg, 'Herstructureringsmiddel voor distressed debt investors: credit bidding', *Ondernemingsrecht* 2016/61.

69 Dit ligt in beginsel anders bij uitwinning van een hypotheekrecht, nu artikel 3:270 lid 1 BW vergt dat de koopprijs in handen van de notaris wordt gestort.

70 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 5.1.

71 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.3.

72 Zie hierover onder meer M.H.E. Rongen, *Cessie* (Serie Onderneming & Recht, deel 70), Deventer: Kluwer 2012, p. 216 e.v.

73 Rb. Amsterdam (NCC) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637, r.o. 4.6 onder b.

74 In het tiende jaar van de NCC worden in totaal 125 zaken verwacht; 100 zaken in eerste aanleg en 25 in hoger beroep. *Kamerstukken II 2016/2017*, 34 761, nr. 3 (MvT), p. 8 en *Kamerstukken I 2017/2018*, 34 761, nr. B (MvA), p. 8. Inmiddels, op 4 juli 2019, heeft de NCC een tweede uitspraak gedaan. Zie Rb. Amsterdam (NCC) 4 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5197 (*Symphony Solutions B.V./OpenBet Limited c.s.*).

75 In vergelijkbare zin E. Bauw, 'Opinie: Ondernemerschap in de rechtspleging. Over de kansen van een Netherlands Commercial Court', *AA* 2016/2, p. 93-98; en J. Hoeben, A.L.M. Keirse en M.D. Reijneveld, 'Opteren voor de Netherlands Commercial Court', *Contracteren* 2017/2 (p. 37-46).