

VOORZITTER NEDERLANDSTALIGE ONDERNEMINGSRECHTBANK BRUSSEL (KG) 28 AUGUSTUS 2019

KORT GEDING

Algemeen – Territoriale bevoegdheid kortgedingrechter – Rechtsmiddelen – Derdenverzet – Belang – Beoordeling van de volstreckte noodzakelijkheid – Ontvankelijkheid van eisuitbreiding

De kortgedingrechter van een andere plaats dan de zetel van de vennootschap is territoriaal bevoegd wanneer de gevraagde maatregelen in zijn rechtsgebied uitgevoerd moeten worden.

Ook wanneer de vennootschap een beschikking op eenzijdig verzoekschrift heeft uitgevoerd, heeft zij belang om daartegen op te komen bij derdenverzet.

Volstreckte noodzakelijkheid houdt in dat de gevorderde maatregel zodanig dringend is, van zodanige aard is of op zodanige wijze moet worden geformuleerd, dat de rechten van de verzoeker niet adequaat kunnen worden beschermd via het contradictoire kort geding, zelfs met verkorte termijn om te dagvaarden. Deze vereiste moet strikt worden geïnterpreteerd zodat de procedure op eenzijdig verzoekschrift de uitzondering blijft. Bovendien mag de volstreckte noodzakelijkheid niet veroorzaakt zijn door het gedrag van de eiser.

De beoordeling van de volstreckte noodzakelijkheid moet gebeuren op grond van de elementen die in het verzoekschrift werden ingeroepen. Elementen die nadien aan het licht komen kunnen op zich niet worden betrokken bij de beoordeling of het verzoekschrift terecht werd ingewilligd.

Wanneer het op het ogenblik van het indienen van het verzoekschrift niet duidelijk was of de vennootschap navolging zou geven aan de publieke waarschuwing van de FSMA, was het eenzijdig verzoek tot uitstel van de stemming gepland enkele dagen later gegrond, zelfs indien de dag na de indiening van het verzoek, tijdens het beraad, de vennootschap zelf publiek aankondigde dat zij de stemming over de jaarrekening zou uitstellen.

De maatregelen inzake een verslag van de bedrijfsrevisor en het mededelen van documenten zijn onontvankelijk wanneer er voldoende tijd was om desnoods met verkorting van dagvaardingstermijnen een tegensprekelijk debat te voeren. Dit is het geval wanneer de eisers al weken kennis hadden van het verslag van niet-bevinding van de bedrijfsrevisor, en al weken de mededeling geëist hadden van dezelfde documenten als zij vroegen bij eenzijdig verzoekschrift.

Tegenvorderingen van verweerders op derdenverzet gelden als uitbreiding of wijziging van de oorspronkelijke eis die moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 807 Gerechtelijk Wetboek. Als de tegeneis niet gebaseerd is op een feit of akte aangevoerd in de inleidende akte, dan is zij niet ontvankelijk.

RÉFÉRÉ

Généralités – Compétence territoriale du juge des référés – Voies de recours – Tierce opposition – Intérêt – Appréciation de l'absolue nécessité – Recevabilité d'une extension de la demande

Le juge des référés d'un lieu autre que le siège de la société est compétent territorialement lorsque les mesures demandées doivent être exécutées dans sa juridiction.

Même lorsque la société a exécuté une décision sur requête unilatérale, elle a intérêt à s'y opposer par tierce opposition.

L'absolue nécessité implique que la mesure demandée soit si urgente, soit de telle nature ou doive être formulée de telle manière, que les droits du demandeur ne peuvent être adéquatement protégés par le référé contradictoire, même avec un délai de citation raccourci. Cette exigence doit être interprétée strictement de sorte que la procédure de requête unilatérale reste l'exception. En outre, l'absolue nécessité ne peut pas être causée par le comportement du demandeur.

L'appréciation de l'absolue nécessité doit être faite sur la base des éléments invoqués dans la requête. Les éléments qui apparaissent par la suite ne peuvent pas en soi être pris en compte pour évaluer si la requête a été acceptée à juste titre.

Si, au moment du dépôt de la requête, il n'était pas clair si la société donnerait suite à l'avertissement public de la FSMA, la demande unilatérale de report du vote prévu quelques jours plus tard était fondée, même si, le lendemain du dépôt de la requête, au cours de la délibération, la société elle-même annonçait publiquement qu'elle reporterait le vote sur les comptes annuels.

Les mesures relatives à un rapport du réviseur d'entreprises et à la communication de documents sont irrecevables lorsqu'il y avait assez de temps pour mener un débat contradictoire, le cas échéant, en raccourcissant les délais de citation. C'est le cas lorsque les demandeurs avaient connaissance du rapport de carence du réviseur d'entreprises depuis des semaines, et avaient exigé pendant des semaines la communication des mêmes documents que ceux qu'ils avaient demandés par requête unilatérale.

Des demandes reconventionnelles des défendeurs par tierce opposition comptent comme extension ou modification de la demande initiale qui doivent remplir les conditions de l'article 807 du Code judiciaire. Si la demande reconventionnelle n'est pas fondée sur un fait ou un acte invoqué dans l'acte introductif, elle est irrecevable.

Nyrstar NV / K.V. en J.-M.V.

Zet.: F. Van Liempt (voorzitter)

Pl.: Mrs. B. Allemeersch, S. De Dier, G. Lindemans, S. Ververken, L. Arnauts en R. Wtterwulghe

Zaak: C/1900069

(...)

II. De vorderingen

Overeenkomstig haar conclusie van 5 augustus 2019 verzoekt Nyrstar:

– *het derdenverzet van Nyrstar ontvankelijk en gegrond te verklaren, en bijgevolg:*

° *in limine litis: de territoriale bevoegdheid van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Brussel vast te stellen en op die grond de beschikking te hervormen;*

° *in hoofdde: de onontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering vast te stellen, deze af te wijzen en op die grond de beschikking te hervormen;*

° *in ondergeschikte orde: de ongegrondheid van de oorspronkelijke vordering vast te stellen, deze af te wijzen en op die grond de beschikking te hervormen;*

– *wat betreft de tegenvorderingen van verweerders:*

° *in hoofdde: voor recht te zeggen dat deze tegenvorderingen niet in staat van wijzen zijn en dat de laattijdig overlegde stukken conform artikel 740 Ger.W. uit de debatten moeten worden geweerd;*

° *in ondergeschikte orde: deze tegenvorderingen onontvankelijk minstens ongegrond te verklaren;*

° *verweerders te veroordelen tot de betaling van een vergoeding aan Nyrstar van EUR 10.000 per verweerder wegens tergend en roekeloos geding (en, zo Uw zetel dat passend acht, uitspraak te doen over de toepassing van art. 780bis Ger.W.) minstens akte te verlenen aan Nyrstars voorbehoud om ten gronde integrale vergoeding te vorderen van de door haar geleden schade, indien die zich zou materialiseren;*

° *verweerders in ieder geval te veroordelen tot het betalen van de gedingkosten, met inbegrip van de dagvaardingskosten begroot op EUR 230,43 en de rechtsplegingsvergoeding, begroot op het basisbedrag van EUR 1.440, met dien verstande dat Nyrstar vordert dat de rechtsplegingsvergoeding wegens het deloyale procesgedrag van verweerders begroot zou worden op het maximale bedrag van EUR 12.000 indien haar vordering wegens tergend en roekeloos geding niet zou worden toegekend.”*

Overeenkomstig hun syntheseconclusie van 12 augustus 2019 verzoeken de heer K.V. en de heer J.M.V.:

– *Het derdenverzet van eiseres ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;*

Tegenvordering van concluanten ontvankelijk en gegrond te verklaren, en zodoende:

– *Nyrstar te bevelen de gewone algemene vergadering te organiseren in Brussel voor 20 september 2019, met als bijkomende agendapunten:*

° *verslag van de bedrijfsrevisoren aangaande de ontbrekende informatie die het ervan weerhield de jaarrekeningen goed te keuren voor de algemene vergadering van 25 juni 2019;*

° *verslag van de voorlopige bewindvoerder aangaande de onafhankelijkheid van de bestuurders;*

° *benoeming van nieuwe onafhankelijke bestuurders;*

° *verslag van de bedrijfsrevisoren aangaande de financiële stromen (betalingen) in uitvoering van ieder contract en avenant tussen Trafigura en Nyrstar;*

° *goedkeuring van de jaarrekeningen voor 2018;*

° *voorlegging van een voorlopige boekhoudkundige situatie op 30 augustus 2019;*

– *Nyrstar te bevelen volgende documenten op te (laten) maken en op haar website te publiceren, ten minste 10 dagen voor de algemene vergadering:*

° *verslag van de bedrijfsrevisoren aangaande de ontbrekende informatie die het ervan weerhield de jaarrekeningen goed te keuren voor de algemene vergadering van 25 juni 2019;*

° *verslag van de voorlopige bewindvoerder aangaande de onafhankelijkheid van de bestuurders;*

° *verslag van de bedrijfsrevisoren aangaande de financiële stromen (betalingen) in uitvoering van ieder contract en avenant tussen Trafigura en Nyrstar;*

° *goedkeuring van de jaarrekeningen voor 2018;*

° *voorlopige boekhoudkundige situatie op 30 augustus 2019;*

– *een voorlopig bewindvoerder aan te stellen, dewelke exclusieve bevoegdheid zal hebben om de algemene vergadering bijeen te roepen en de raad van bestuur en bedrijfsrevisoren van te sturen om de agendapunten voor te bereiden, de huidige ter beschikking gestelde documenten én de voor de algemene vergadering voorziene verslagen te publiceren op de website van de vennootschap, samen met de andere documenten;*

eiseres te veroordelen in de kosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrag van het basisbedrag van 1.320,00 EUR.”

III. De beschikking van 24 juni 2019

Nyrstar tekent derdenverzet aan tegen de beschikking gewezen op 24 juni 2019 na eenzijdig verzoekschrift, neergelegd door de heer K.V. en de heer J.-M.V. op 21 juni 2019, in de zaak EV/19/00114.

Deze beschikking verklaart de vordering van de heer K.V. en de heer J.-M.V. ontvankelijk en gegrond en luidt als volgt:

“Bijgevolg,

Beveelt de NV Nyrstar, met maatschappelijke zetel te 2490 Balen, Zinkstraat 1 en ingeschreven in de KBO onder nummer 0888.728.945 om:

– *middels zijn raad van bestuur op de algemene vergadering van 25 juni 2019 een verslag te brengen van de bedrijfsrevisor, waarbij deze in detail beschrijft welke informatie hem ontbreekt om de jaarrekening voor 2018 goed te keuren; [hierna: ‘de eerste maatregel’]*

– *middels zijn raad van bestuur op de algemene vergadering van 25 juni 2014 volgende documenten mede te delen (indien nodig ter bescherming van bedrijfsgeheimen, met problematische zinnen geschrapt):*

° *het verslag betreffende de ‘Nazicht van de balansstructuur’ van oktober 2018, vermeld in het jaarverslag voor 2018;*

° *de “Lock-up agreement” van 14 april 2019;*

° *alle door Nyrstar en/of haar dochtervennootschappen ondertekende documenten dewelke betrekking hebben op de uitvoering van de herstructurering voorzien in de ‘Lock-up agreement’ van 14 april 2019, waaronder de lijst van de activa overgeheveld naar de nieuwe vennootschap (‘Newco’);*

° *alle documenten die ter beschikking werden gesteld van de obligatiehouders aangaande de uitvoering van de ‘Lock-up agreement’ van 14 april 2019 (meer bepaald maar niet alleen ter gelegenheid van de stemming van 21 mei 2019);*

° *alle overeenkomsten tussen Nyrstar en/of haar dochtervennootschappen en Trafigura en/of haar dochtervennootschappen, die een materiële impact hebben op de financiële stromen tussen beide groepen (waaronder de overeenkomst vermeld in de procedures die werden doorlopen op grond van artikel 556 van het Wetboek Vennootschappen in 2018); [hierna: ‘de tweede maatregel’]*

– *middels zijn raad van bestuur op de algemene vergadering van 25 juni 2019 de stemming over alle agendapunten (jaarrekeningen, kwijtingen en verloningspakketten) uit te stellen, en de oproeping van een bijkomende algemene vergadering aan te kondigen overeenkomstig de wettelijke termijnen,*

wanneer het wettelijk verslag van de bedrijfsrevisor voorhanden is” [hierna: ‘de derde maatregel’].

IV. Feiten

1. Nyrstar werd opgericht op 13 april 2007 door Zinifex Ltd en Umicore NV. Op 31 augustus 2007 werden de voormalige zink- en loodsmeltings- en legeringsactiviteit van Zinifex Ltd en zinksmeltings- en legeringsactiviteit van Umicore NV ondergebracht in Nyrstar. Sindsdien was Nyrstar een globale multimetaalonderneming, met een leiderspositie op de zink- en loodmarkt, met groeiende posities voor andere basis- en edelmetalen, en met zes smelterijen, een *fumer* (rokerij) en vier mijnen in Europa, Australië en Noord-Amerika. De operationele activiteiten stellen ongeveer 4.200 mensen te werk, waarvan ongeveer 570 in België.

Nyrstar werd in 2007 ook een beursgenoteerde vennootschap.

De heer K.V. en de heer J.-M.V. houden respectievelijk 970.000 en 500 aandelen aan in Nyrstar, d.i. minder dan 1% van de uitstaande aandelen van Nyrstar.

In oktober 2014 is Trafigura Beheer BV (hierna: “Trafigura”) toetreden tot het kapitaal van Nyrstar via haar dochtervennootschap Urion Holdings (Malta) Ltd. Vandaag houdt Trafigura een belang van 24,42% aan in Nyrstar.

In november 2015 heeft Nyrstar een relatieovereenkomst gesloten met Trafigura waarin onder meer wordt bepaald dat de verrichtingen tussen beide partijen marktconform zullen zijn (*at arm's length*) en Trafigura geen aandelen of stemrechten in Nyrstar zal verwerven boven een belang van 49,9%.

In dat kader heeft Trafigura zich toen verbonden om een noodkapitaalverhoging voor een bedrag van 250 à 275 miljoen euro te ondersteunen. In mei 2016 werd een werkkapitaalfaciliteit verstrekt van USD 150 miljoen die in november 2016 werd verhoogd tot USD 250 miljoen.

Daarnaast heeft Nyrstar een aantal commerciële toevoer- en afnameovereenkomsten gesloten met Trafigura.

2. Sinds het derde kwartaal van 2018 heeft Nyrstar aanzienlijke financiële problemen gekend.

Op 20 september 2018 heeft Nyrstar een winstwaarschuwing gepubliceerd. De koers van Nyrstar daalde die dag met 35% en bleef daarna zakken.

Sinds oktober 2018 deelde Nyrstar vervolgens in verschillende aankondigingen mee dat zij een proces was gestart tot nazicht van haar balansstructuur in het licht van de opkomende vervaldatum van haar schulden.

Er volgden daarop analistenrapporten die Nyrstar uitermate negatief beoordeelden, zoals het analistenrapport van ABN Amro van 12 november 2018 met de boodschap: “*Verlaat het schip*” / “*Abandon ship*”.

In persberichten van 21 november 2018 en 6 december 2018 bevestigde Nyrstar dat zij een werkkapitaalfaciliteit van USD 650 miljoen van Trafigura had verkregen.

3. Met een persbericht van 15 maart 2019 heeft Nyrstar aangekondigd dat zij, om haar voortbestaan te trachten te verzekeren, discussies aan het voeren was over een herstructurering, waarvan het economisch effect voor de aandeelhouders een aanzienlijke verwatering zou uitmaken:

“Zoals eerder aangekondigd, werkt de vennootschap aan een nazicht van haar balansstructuur en is zij in constructieve discussies met verschillende van haar financiële stakeholders over een herstructurering en herschikking. Het economisch effect van de herstructurering voor de aandeelhouders van Nyrstar NV zal een heel aanzienlijke verwatering uitmaken.”

4. Op 4 april 2019 heeft Nyrstar van haar aandeelhouders de goedkeuring (met 98% van de uitgebrachte stemmen) gekregen om de jaarvergadering uit te stellen van eind april naar eind juni 2019.

5. Met een persbericht van 15 april 2019 heeft Nyrstar de *“Ondertekening van een lock-up overeenkomst en beëindiging van het nazicht van de balansstructuur”* aangekondigd.

Op 14 april 2019 heeft Nyrstar een zogenaamde *“Lock-up overeenkomst”* gesloten met haar belangrijkste financiële schuldeisers over haar financiële herstructurering. Nyrstar, Trafigura, de obligatiehouders en banken van Nyrstar zijn partijen bij deze overeenkomst.

De herstructurering werd toegelicht aan het publiek en houdt in dat de activa van Nyrstar worden overgedragen aan een nieuw opgerichte Engelse vennootschap, NN2. Als gevolg van de herstructurering houdt Nyrstar 2% van NN2 aan; de overige 98% behoort toe aan Trafigura. Nyrstar krijgt daarnaast een verkoopoptie (*“put option”*) met een uitoefenprijs van 20 miljoen euro indien zij zou wensen haar participatie van 2% te verkopen.

6. Op 26 mei 2019 heeft Nyrstar de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekeningen voor het boekhoudjaar dat geëindigd is op 31 december 2018 gepubliceerd.

Over deze jaarrekening heeft de commissaris, met name Deloitte Bedrijfsrevisoren CVBA, op 26 mei 2019 een verslag van niet-bevinding afgeleverd met volgende inhoud:

“In het kader van de wettelijke controle van de jaarrekening van Nyrstar NV (de ‘vennootschap’) brengen wij u verslag uit over de uitvoering van ons mandaat van commissaris, in toepassing van artikel 143, tweede lid van het Wetboek van Vennootschappen.

Informatie van materieel belang om onze controlewerkzaamheden uit te voeren werd ons niet tijdig verstrekt waardoor wij niet in de mogelijkheid waren om deze informatie eerder in onze controlewerkzaamheden in overweging te nemen. Wij hebben daardoor niet de gelegenheid gehad om

deze informatie grondig te evalueren en meer bepaald de eventuele impact ervan op onze conclusie na te gaan.

Bijgevolg zijn wij niet in staat om ons commissarisverslag over de jaarrekening bestemd voor de algemene vergadering op te stellen, noch om de termijnen na te leven die in het Wetboek van Vennootschappen zijn voorgeschreven in verband met de terbeschikkingstelling ervan.

Wij hebben het bestuursorgaan vandaag herinnerd aan de wettelijke verplichting betreffende de door het Wetboek van Vennootschappen vastgestelde termijnen voor het overhandigen van de vereiste documenten aan de commissaris en de aandeelhouders.

Onderhavig verslag is niet het commissarisverslag bedoeld in artikelen 143, eerste lid en 144 van het Wetboek van Vennootschappen en kan niet worden gebruikt om te voldoen aan de vereiste van artikel 100, § 1, 4° van het Wetboek van Vennootschappen.”

7. Met brief van 3 juni 2019 heeft de raadsman van de heer K.V. en de heer J.-M.V. Nyrstar in gebreke gesteld tot het verlenen van bijkomende informatie.

In de brief wordt verwezen naar het verslag van niet-bevinding van Deloitte Bedrijfsrevisoren CVBA.

De heer K.V. en de heer J.-M.V. stellen dat zij ernstige vragen hebben bij de relatie tussen Nyrstar en Trafigura en de herstructurering die ertoe zou leiden dat de aandeelhouders van Nyrstar een belang van slechts 2% overhouden. Sinds Trafigura in 2016 *de facto* controle over Nyrstar kreeg, zou Nyrstar er financieel zwaar op achteruit zijn gegaan ten voordele van Trafigura die er – verhoudingsgewijs – evenveel op voorruit zou zijn gegaan, afgaande op de graadmeter van de Ebida.

Om de verhouding tussen de beide ondernemingen en de huidige situatie beter te kunnen inschatten, stelden de heer K.V. en de heer J.-M.V. Nyrstar in gebreke om een aantal documenten publiek te maken. Het betreft:

– alle overeenkomsten tussen Nyrstar en/of haar dochtervennootschappen en Trafigura en/of haar dochtervennootschappen, die een materiële impact hebben op de financiële stromen tussen beide groepen (waaronder de overeenkomst vermeld in de procedures die werden doorlopen op grond van art. 556 van het Wetboek Vennootschappen in 2018);

– de volledige *“Lock-up agreement”* van 14 april 2019;

– alle documenten die ter beschikking werden gesteld van de obligatiehouders met het oog op hun goedkeuring van de huidige herstructurering van de onderneming en nieuw op te richten Engelse vennootschap;

– elk ander document/”term sheet” in verband met de (modaliteiten van de) herstructurering.

Indien (de raad van bestuur van) Nyrstar deze documenten niet zou overhandigen en geen volledige transparantie zou

verlenen over de verhouding tussen Nyrstar en Trafigura binnen een termijn van 10 dagen, zouden de heer K.V. en de heer J.-M.V. verdere gerechtelijk stappen overwegen, onder meer met het oog op het uitstel van de algemene vergadering.

8. Met brief van 13 juni 2019 heeft Nyrstar deze ingebrekestelling beantwoord.

Nyrstar beklemtoont in haar antwoord dat zij reeds belangrijke informatie met betrekking tot de herstructurering in detail heeft verleend in haar persbericht van 15 april 2019 evenals in het jaarverslag met betrekking tot het boekjaar eindigend op 31 december 2018.

Voorts zou de raad van bestuur meer uitleg verschaffen over de aard en de huidige status van de implementatie van de herstructurering als onderdeel van haar presentatie van de jaarrekening en het jaarverslag, en zou de raad van bestuur eveneens antwoorden op eventuele vragen.

Naarmate de implementatie van de herstructurering vordert, zou Nyrstar alle informatie die zij openbaar moet maken in overeenstemming met de Belgische wetgeving, met inbegrip van de verordening marktmisbruik, ook openbaar maken.

In de brief worden voor het overige de aanspraken van de heer K.V. en de heer J.-M.V. formeel en ten volle betwist.

9. De heer K.V. en de heer J.-M.V. hebben vervolgens op 14 juni 2019 klacht ingediend bij de FSMA.

10. Op 19 juni heeft de ESMA volgende waarschuwing gepubliceerd:

“De FSMA is van oordeel dat de aandeelhouders over onvoldoende informatie beschikken om de jaarrekening voor het boekjaar afgesloten op 31 december 2018 goed te keuren op de algemene vergadering van 25 juni 2019. De FSMA baseert zich voor dit oordeel op het feit dat de commissaris bij deze jaarrekening een verslag van niet-bevinding heeft afgeleverd.

De FSMA heeft de raad van bestuur van Nyrstar daarom gevraagd of, in overeenstemming met artikel 555 van het Wetboek van Vennootschappen, tijdens de zitting, de beslissing met betrekking tot de goedkeuring van de jaarrekening vijf weken uit te stellen.

De FSMA heeft Nyrstar eveneens aanbevolen om:

– tijdens de algemene vergadering van 25 juni 2019 en ook al staat dit punt niet op de dagorde:

° volledige transparantie te verschaffen over de omstandigheden die hebben geleid tot de ondertekening van de lock-up overeenkomst en de herkapitalisatievoorwaarden aangekondigd op 15 april 2019;

° te antwoorden op vragen die hun door de aandeelhouders worden gesteld;

– de informatie die tijdens de voornoemde algemene vergadering aan de aandeelhouders zal worden verstrekt zo snel mogelijk ook op haar website beschikbaar te maken, met inbegrip van de vragen en de antwoorden op de vragen van de aandeelhouders.”

11. Op 19 juni 2019 hebben de onafhankelijke bestuurders van de raad van bestuur van Nyrstar, bijgestaan door Grant Thornton als onafhankelijk deskundige, het verslag overeenkomstig artikel 524 van het Wetboek van Vennootschappen afgeleverd en publiek gemaakt.

Het verslag bevat een beschrijving van, en een opinie over de herstructurering, de alternatieve opties die Nyrstar heeft overwogen, de lock-up overeenkomst, de term sheets en de implementerende overeenkomsten. In het verslag wordt besloten/beklemtoond dat er geen valabele alternatieven waren voor Nyrstar die een betere uitkomst hadden voor de stakeholders, inclusief de aandeelhouders. Wat deze laatste betreft wordt in het verslag benadrukt dat de aandeelhouders in een insolventiescenario nul euro zouden ontvangen.

12. Met brief van 19 juni 2019, zij het met e-mail van 20 juni 2019 (om 00:02u) overgemaakt, heeft de raadsman van de heer K.V. en de heer J.-M.V. Nyrstar nogmaals in gebreke gesteld.

In de brief wordt in de eerste plaats de eis herhaald die reeds met brief van 3 juni 2019 was geformuleerd, met name de mededeling van een reeks documenten.

Vervolgens wordt verwezen naar de waarschuwing van de FSMA en wordt aan Nyrstar gevraagd of zij volledig gehoor zal geven aan de oproep van de FSMA.

Indien Nyrstar de oproep van de FSMA niet volledig zou opvolgen, liet de raadsman verstaan dat hij reeds de instructie van zijn cliënten had ontvangen om de opschorting van de algemene vergadering en/of van de besluiten van de algemene vergadering van 25 juni 2019 in rechte te eisen.

De brief bevat ten slotte een aantal schriftelijke vragen met het oog op de algemene vergadering van 25 juni 2019.

13. Met brief van 20 juni 2019 heeft Nyrstar deze tweede ingebrekestelling beantwoord.

In de brief lijst Nyrstar de informatie/documenten op die zij op dat moment reeds heeft bekendgemaakt. Nyrstar stelt dat zij reeds omstandig en in detail informatie heeft verstrekt over de herstructurering:

“Alle overeenkomsten zijn op heel gedetailleerde wijze openbaargemaakt en de raad van bestuur kan weinig toevoegen op het vlak van documentatie, maar de raad van bestuur wenst te benadrukken dat hij beschikbaar zal zijn, ter gelegenheid van de AV, om enige bijkomende of meer gedetailleerde vragen die uw cliënte zou hebben te beantwoorden overeenkomstig het W.Venn. De raad van bestuur zal, op dat moment, ook antwoorden op enige vragen over de controlewerkzaamheden van Deloitte met betrekking tot het

boekjaar 2018 zoals door u gevraagd en op enige vraag met betrekking tot artikel 556 W.Venn. Deloitte zal ook aanwezig zijn.”

Over het verzoek tot uitstel (met vijf weken) van de stemming met betrekking tot de goedkeuring van de jaarrekening (art. 555 W.Venn.) antwoordt Nyrstar als volgt:

“Zoals Nyrstar heeft uitgelegd aan de FSMA, is de beslissing van de raad van bestuur om de stemming uit te stellen een beslissing die genomen moet worden in het vennootschapsbelang. In dat opzicht zal de raad van bestuur zeker rekening houden met het advies verstrekt door uw cliënt en de FSMA, maar ook met het vennootschapsbelang van Nyrstar en Nyrstars andere aandeelhouders (die dit verzoek niet hebben uitgedrukt) en stakeholders, alsook met zijn wettelijke verplichtingen. Dit is een beslissing die de raad van bestuur nog steeds in overweging neemt en nu niet op kan reageren. Wij zullen u ten gepaste tijde verder inlichten.”

14. Op 21 juni 2019 hebben de heer K.V. en de heer J.-M.V. een eenzijdig verzoekschrift ingediend bij de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel.

15. Met persbericht van 22 juni 2019 (om 19:00u) deed Nyrstar de volgende aankondiging:

“Nyrstar NV (...) kondigt vandaag aan dat zij de besluiten over de jaarrekeningen voor het boekjaar afgesloten op 31 december 2018 intrekt van de voorgestelde agenda en besluiten van de gewone algemene aandeelhoudersvergadering. De aandeelhoudersvergadering zal nog steeds plaatsvinden op dinsdag 25 juni om 11.00 uur CEST, te BluePoint, A. Reyerslaan 80, 1030 Brussel, België. De vennootschap zal een nieuwe aandeelhoudersvergadering plannen om te beraadslagen en te besluiten over de jaarrekeningen van zodra de commissaris zijn controlewerkzaamheden heeft voltooid.”

16. Met beschikking van 24 juni 2019 heeft de voorzitter van deze rechtbank het eenzijdig verzoek van de heer K.V. en de heer J.-M.V. volledig ingewilligd (zie hoger onder III).

17. Nyrstar heeft de beschikking van 24 juni 2019 volledig uitgevoerd. Zij heeft alle gevraagde documentatie voorgelegd tijdens de algemene vergadering van 25 juni 2019. Er werd eveneens een data room geopend waarin alle onderliggende documentatie in het kader van de herstructurering beschikbaar wordt gemaakt voor de aandeelhouders die daartoe toegang vragen.

18. De herstructurering is intussen voltooid en bekrachtigd door het Engelse *High Court* op 26 juli 2019, en erkend door het *U.S. Bankruptcy Court, Southern District of New York* op 30 juli 2019.

(...)

V. In rechte

(...)

2. Bevoegdheid

22. Nyrstar stelt dat de beschikking van 24 juni 2019 gewezen is door een territoriaal onbevoegde rechter. Niet de voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel zou bevoegd zijn, maar wel de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

23. De rechter in kort geding is territoriaal bevoegd wanneer de verzochte dringende en voorlopige maatregelen in zijn rechtsgebied moeten worden uitgevoerd.

24. In dit geval moest Nyrstar de door verweerders verzochte maatregelen voornamelijk “middels zijn raad van bestuur op de algemene vergadering van 25 juni 2019” in Brussel uitvoeren (verslag uitbrengen op de algemene vergadering, documenten meedelen op de algemene vergadering, de stemming over agendapunten op de algemene vergadering uitstellen, ...).

De voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel was daarom wel degelijk bevoegd om kennis te nemen van het eenzijdig verzoekschrift van de heren K.V. en J.-M.V.

De omstandigheid dat de maatregelen door de raad van bestuur eveneens moeten worden voorbereid, of zelfs gedeeltelijk uitgevoerd (oproeping van een bijkomende algemene vergadering, ...), op de maatschappelijke zetel in Balen, doet geen afbreuk aan de territoriale bevoegdheid van de Brusselse kortgedingrechter.

25. De exceptie van territoriale onbevoegdheid is ongegrond.

3. Ontvankelijkheid van het derdenverzet

26. De ontvankelijkheid van het derdenverzet wordt niet betwist door de heren K.V. en J.-M.V.

De kortgedingrechter ziet evenmin redenen om ambtshalve te besluiten tot de niet-ontvankelijkheid van het derdenverzet. Zo belet het loutere feit dat Nyrstar de beschikking van 24 juni 2018 heeft uitgevoerd, niet dat zij een rechtmatig belang heeft bij haar derdenverzet.

27. Het derdenverzet is ontvankelijk.

4. Oorspronkelijke vordering op eenzijdig verzoek

28. Artikel 524, tweede en derde lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank bij voorraad uitspraak kan doen in de gevallen die hij spoedeisend acht en dit in een aangelegenheid die tot zijn bevoegdheid behoort.

De zaak wordt voor de voorzitter aanhangig gemaakt in kort geding, of in geval van volstreekte noodzakelijkheid, bij verzoekschrift.

Het recht van verdediging, zoals dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM, laat slechts toe gebruik te maken van het eenzijdig

verzoekschrift bij volstreekte noodzakelijkheid. Partijen moeten immers in principe de mogelijkheid hebben om ter vrijwaring van hun rechten tegenspraak te voeren.

Volstreekte noodzakelijkheid houdt in dat de gevorderde maatregel zodanig dringend is, van zodanige aard is of op zodanige wijze moet worden geformuleerd, dat de rechten van de verzoeker niet adequaat kunnen worden beschermd via het contradictoire kort geding, zelfs met verkorte termijn om te dagvaarden.

Dergelijke uitzonderlijke toestand, die toelaat af te wijken van de algemene regel van de tegensprekelijke rechtspleging ter bescherming van de rechten van verdediging van degenen tegen wie de maatregel gevorderd wordt, is voorhanden:

– wanneer zelfs de minste vertraging die inherent is aan de rechtspleging op tegenspraak incompatibel is met de te verlenen rechtsbescherming (extreme urgentie), zoals bijvoorbeeld de onmiddellijke dreiging van een ernstige en onherstelbare schade;

– wanneer redelijkerwijze concreet en objectief aannemelijk wordt gemaakt dat de gerechtvaardigde vrees bestaat dat, gelet op de aard van de gevorderde maatregel, deze niet op doeltreffende manier kan worden uitgesproken na tegenspraak, omdat dit de geïncrimineerde partij in staat zou stellen om op het gevorderde te anticiperen en deze maatregel ondoeltreffend te maken (de vereiste van het gewenste verassingseffect); of,

– wanneer er geen tegenpartij is of deze onbekend of afwezig is of onmogelijk te identificeren.

Aangezien de procedure op eenzijdig verzoekschrift de uitzonderingssituatie betreft, dient de vereiste van volstreekte noodzakelijkheid strikt te worden geïnterpreteerd zodat de procedure op eenzijdig verzoekschrift de uitzondering blijft.

Bovendien mag de volstreekte noodzakelijkheid niet veroorzaakt zijn door het gedrag van de eiser op eenzijdig verzoekschrift, tenzij wanneer de vertraging kan worden verantwoord door een legitiem doel of nieuwe feiten die schade hebben vergroot of dreigen te vergroten. De betrokken eiser moet diligent zijn. Wanneer hij door zijn stilzitten zelf de onmogelijkheid creëert om een tegensprekelijk debat te initiëren, is het niet gerechtvaardigd om een afbreuk te doen aan het tegensprekelijke karakter van de rechtspleging, dat een fundamentele waarborg vormt voor het recht op een eerlijk proces.

29. Het bestaan van de volstreekte noodzakelijkheid moet worden nagegaan op het ogenblik dat het verzoekschrift wordt neergelegd.

De kortgedingrechter moet derhalve in het kader van het derdenverzet nagaan of, op het ogenblik dat de voorzitter werd gevat door middel van een eenzijdig verzoekschrift, er voldoende concrete elementen voorhanden waren om te rechtvaardigen dat er werd afgeweken van de regel van de rechts-

pleging op tegenspraak en een beroep werd gedaan op het eenzijdig verzoekschrift.

Deze beoordeling moet gebeuren op grond van de feitelijke elementen die in het eenzijdig verzoekschrift werden ingeroepen en van de stukken die bij het verzoekschrift werden gevoegd.

Elementen die nadien aan het licht zouden komen, tijdens het beraad of in het kader van de uitvoering van de op eenzijdig verzoekschrift uitgesproken beschikking, kunnen op zich dan ook niet worden betrokken in de beoordeling van de vraag of het verzoekschrift al dan niet terecht werd ingewilligd.

30. Ook het belang van een partij bij het instellen van een vordering op eenzijdig verzoek moet worden beoordeeld op het tijdstip waarop die eis werd ingesteld of het eenzijdig verzoekschrift neergelegd (art. 17 Ger.W.). Elementen die nadien aan het licht komen, hebben in beginsel geen invloed op de beoordeling van de vraag of de partij het vereiste belang vertoont.

31. In die optiek oordeelt de kortgedingrechter thans – na behandeling op tegenspraak – dat er slechts één maatregel aan de vereiste van volstreekte noodzakelijkheid voldoet, met name de door de heren K.V. en J.-M.V. verzochte maatregel waarbij, in navolging van de publieke waarschuwing van de FSMA van 19 juni 2019, aan Nyrstar wordt opgedragen om de stemming over de jaarrekening uit te stellen tot wanneer het verslag van de commissaris voorhanden is (art. 555 W.Venn.).

Immers, met brief van 20 juni 2019 (om 00:02u) stelden de heer K.V. en de heer J.-M.V. Nyrstar formeel in gebreke om navolging te geven aan de publieke oproep van de FSMA van 19 juni 2019 om de stemming over de jaarrekening uit te stellen.

Met brief van 20 juni 2019 antwoordde Nyrstar hierop als volgt:

“Zoals Nyrstar heeft uitgelegd aan de FSMA, is de beslissing van de raad van bestuur om de stemming uit te stellen een beslissing die genomen moet worden in het vennootschapsbelang. In dat opzicht zal de raad van bestuur zeker rekening houden met het advies verstrekt door uw cliënt en de FSMA, maar ook met het vennootschapsbelang van Nyrstar en Nyrstars andere aandeelhouders (die dit verzoek niet hebben uitgedrukt) en stakeholders, alsook met zijn wettelijke verplichtingen. Dit is een beslissing die de raad van bestuur nog steeds in overweging neemt en nu niet op kan reageren. Wij zullen u ten gepaste tijde verder inlichten.”

Op 21 juni 2019, het tijdstip van de neerlegging van het eenzijdig verzoekschrift, was het dus niet duidelijk of Nyrstar navolging zou geven aan de publieke waarschuwing van de FSMA en de stemming over de jaarrekening zou uitstellen tot er een verslag van de commissaris voorhanden is.

De kortgedingrechter oordeelt daarom dat de heren K.V. en J.-M.V. wel degelijk het vereiste belang vertoonden om het eenzijdig verzoek tot uitstel van de stemming in te dienen.

De omstandigheid dat Nyrstar de dag ná de indiening van het eenzijdig verzoekschrift (om 19:00u) – tijdens het beraad van de voorzitter van de rechtbank – publiekelijk aankondigde dat zij ondertussen had beslist om de stemming over de jaarrekening (toch) uit te stellen in afwachting van het verslag van de commissaris, heeft geen invloed op de vraag of het eenzijdig verzoek tot uitstel van de stemming over de jaarrekening al dan niet terecht werd ingewilligd.

Elementen die na de indiening van het verzoekschrift aan het licht komen, hebben in beginsel geen invloed op de vraag of het verzoek terecht werd ingewilligd. In voorkomend geval leidt dit enkel tot de vaststelling dat de gedwongen *uitvoering* van de opgelegde maatregel zonder voorwerp is geworden omdat de betrokken partij, *in casu* Nyrstar, intussen tijdens het beraad vrijwillig is overgegaan tot uitvoering van de haar opgedragen maatregel.

De gevraagde maatregel tot uitstel van de stemming was eveneens hoogdringend, nu de algemene vergadering waarop over de jaarrekening zou worden gestemd, reeds zou doorgaan op 25 juni 2019, hetzij enkele dagen na de indiening van het verzoekschrift, terwijl de publieke waarschuwing van de FSMA dateert van 19 juni 2019.

De kortgedingrechter oordeelt eveneens op grond van de in het verzoekschrift ingeroepen feiten dat de inwilliging van het gevraagde uitstel *prima facie* wettig verantwoord en gegrond is. Nyrstar voert in dit verband (in ondergeschikte orde) ook geen concreet verweer.

32. De andere verzochte maatregelen, met name (i) een verslag brengen van de bedrijfsrevisor over welke informatie ontbreekt en (ii) het meedelen van documenten, voldoen echter niet aan de vereiste van volstreekte noodzakelijkheid.

Het verslag van niet-bevinding van Deloitte Bedrijfsrevisoren CVBA dateert immers reeds van 26 mei 2016.

Op 15 april 2019 had Nyrstar ook reeds in detail gecommuniceerd over de herstructurering van Nyrstar en de Lock-up overeenkomst van 14 april 2019.

Er was dus tijd genoeg om desnoods met verkorting van dagvaardingstermijnen een tegensprekelijk debat te voeren over de uitwisseling van informatie/documenten hierover.

In hun brief van 3 juni 2019 hebben de heren K.V. en J.-M.V. reeds de mededeling geëist van nagenoeg precies dezelfde documenten als deze die worden opgesomd in hun eenzijdig verzoekschrift van 21 juni 2019.

Door hun stilzitten tot 21 juni 2019 hebben zij zelf de onmogelijkheid gecreëerd om hierover een tegensprekelijk debat te initiëren. Er was meer dan voldoende tijd om de mededeling van informatie/documenten via een tegensprekelijke procedure te vorderen.

Bovendien leidt het – vrijwillig dan wel gedwongen – uitstel van de stemming eveneens tot de vaststelling dat er geen volstreekte noodzakelijkheid meer is om deze gevraagde maatregelen op eenzijdig verzoek toe te kennen. De mededeling van de bewuste informatie/documenten werd immers geëist in functie van de stemming die reeds op 25 juni 2019 zou plaatsvinden.

De beschikking van 24 juni 2019 wordt daarom op dit punt hervormd. De kortgedingrechter oordeelt dat de eerste en tweede gevorderde maatregelen onontvankelijk zijn bij gebrek aan volstreekte noodzakelijkheid. Enkel de derde gevorderde maatregel is ontvankelijk en gegrond.

5. Tegenvordering

33. De heren K.V. en J.-M.V. stellen een tegenvordering in tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder die met de opdracht wordt belast om een algemene vergadering bijeen te roepen met een aantal bijkomende agendapunten (zie *supra* onder II).

34. In haar conclusie van 5 augustus 2019 stelt Nyrstar in de eerste plaats dat de tegenvordering niet in staat van wijzen is en bijgevolg niet kan worden behandeld.

Ondertussen blijkt dat de heren K.V. en J.-M.V. afstand hebben gedaan van drie maatregelen die zij initieel – bij wijze van tegenvordering – hadden gevraagd in hun conclusie van 26 juli 2019, en dat zij thans dus enkel nog de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder vragen met voormelde opdracht.

Na partijen hierover eveneens ter zitting te hebben onderzocht, oordeelt de kortgedingrechter dat deze ene tegeneis in staat van wijzen is en kan worden behandeld.

35. Tegenvorderingen die door de verweerders op derdenverzet worden ingesteld, gelden als uitbreiding of wijziging van de oorspronkelijke eis, die moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek.

36. De kortgedingrechter oordeelt in dit geval dat de bij wijze van tegeneis gevorderde maatregel niet aan deze voorwaarden voldoet; zij berust niet op een feit of akte die in de inleidende akte van 21 juni 2019 wordt aangevoerd. De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder wordt gesteund op motieven die niet voorkomen in het eenzijdig verzoekschrift, met name een beweerde misbruik van controle, een beweerde gebrek aan onafhankelijkheid van bepaalde bestuurders en de beweerde aanwezigheid van fraude en wanbeheer.

De tegenvordering is daarom onontvankelijk.

6. Vordering wegens tergend en roekeloos geding

37. Nyrstar stelt dat zowel de oorspronkelijke vordering van verweerders op derdenverzet als hun tegenvorderingen een tergend en roekeloos karakter hebben. Zij stelt dat zij hierdoor schade heeft geleden en vordert daarom een schadever-

goeding die zij *ex aequo et bono* begroot op 20.000 euro per verweerder.

Zo zou de oorspronkelijke vordering tergend en roekeloos van aard zijn omdat verweerders op derdenverzet intentieel de urgentie van hun vordering zouden hebben opgezet om deze niet aan tegenspraak te moeten onderwerpen. De uitvoering van de toegekende maatregelen, de opvolging ervan evenals het voorbereiden van het derdenverzet zouden de reeds zwaar belaste en steeds schaarser wordende personeelscapaciteit bij het juridische en financiële team van Nyrstar zwaar op de proef hebben gesteld. Daarnaast zouden verweerders op derdenverzet de ter beschikking gestelde documenten gebruiken om hun uitspraken in de pers waarachtig te doen klinken.

De tegenvorderingen zouden van eenzelfde lichtzinnigheid getuigen. Verweerders op derdenverzet zouden niet eens de moeite nemen om deze vorderingen van een ernstige motivering of bewijs te voorzien. Ter vrijwaring van haar rechten heeft Nyrstar niettemin een verweer moeten formuleren, wat de druk op haar werking enkel nog zou hebben verhoogd.

38. De elementen die Nyrstar aanhaalt, doen de kortgedingrechter niet besluiten dat de oorspronkelijke eis van verweerders op derdenverzet dan wel hun tegenvordering tergend en roekeloos van aard is.

De kortgedingrechter oordeelt dat de heren K.V. en J.-M.V. hun recht om in rechte op te treden, niet op een wijze hebben uitgeoefend die de perken van de normale uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon *kennelijk* te buiten gaat.

De rechter heeft slechts een marginaal toetsingsrecht en moet zich derhalve terughoudend opstellen. Hij kan enkel bij een manifeste of kennelijke grensoverschrijding sanctionerend optreden.

De kortgedingrechter handhaaft de beschikking van 24 juni 2019 ten dele. Hij stelt vast dat de initiële eis deels onontvankelijk en gegrond is. Enkel twee van de drie gevorderde maatregelen worden onontvankelijk verklaard bij gebrek aan volstreekte noodzakelijkheid. De vaststelling dat de heren K.V. en J.-M.V. de volstreekte noodzakelijkheid zelf hebben veroorzaakt door hun stilzitten, maakt hun procesgedrag of hun vordering daarom nog niet tergend en roekeloos van aard. Er dient zich geen ruimere sanctie aan dan de hervorming van de eerste beschikking op dit punt.

Wat de tegenvorderingen betreft hebben de heren K.V. en J.-M.V., kennelijk na kennisname van het verweer van Nyrstar, afstand van gedaan van drie van de vier maatregelen die zij initieel – bij wijze van tegenvordering – vroegen. Zij hebben enkel hun tegeneis tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder gehandhaafd.

De kortgedingrechter oordeelt dat deze ene tegenvordering onontvankelijk is. Er dient zich op dit punt evenmin een ruimere sanctie aan dan de onontvankelijkheid.

Dat Nyrstar een ruimer verweer heeft moeten formuleren wegens de initieel gevorderde maatregelen (waarvan vervolgens afstand werd gedaan), maakt het procesgedrag van de heren K.V. en J.-M.V. niet tergend en roekeloos van aard.

De kortgedingrechter besluit dat de schade-eis van Nyrstar wegens procesrechtsmisbruik ongegrond moet worden verklaard.

39. Nyrstar wijst er voorts op dat zij onder meer boetes riskeert van de bevoegde mededingingsautoriteiten wegens bedrijfsgeheimen en gevoelige commerciële informatie die zij prijs heeft moeten geven wegens de mededeling van de gevorderde documenten, ook al werd in de gevraagde en toegekende maatregelen aangeduid dat problematische zinnen geschrapt mogen worden ter bescherming van bedrijfsgeheimen.

De kortgedingrechter verleent akte van het voorbehoud dat Nyrstar op dit punt formuleert, maar beklemtoont tegelijkertijd dat een eventuele aansprakelijkheidsvordering voor de rechter ten gronde zal behandeld moeten worden.

(...)

VI. Beslissing

F. Van Liempt, rechter, ter vervanging van de wettelijk belette voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank Brussel, zetelend in het gerechtshuis te 1000 Brussel, Waterloolaan 70, inzake kort geding, Zaal E, bijgegaan door Gert Cassiman, griffier hoofd van dienst,

Rechtsprekende op tegenspraak,

Verklaart zich bevoegd,

Verklaart het derdenverzet van Nyrstar ontvankelijk en deels gegrond,

Vernietigt de beschikking van 24 juni 2018 (EV/19/00114) ten dele en hervormt deze als volgt,

Verklaart de eerste en tweede oorspronkelijk gevorderde maatregelen onontvankelijk bij gebrek aan volstreekte noodzakelijkheid,

Zegt dat de derde oorspronkelijk gevorderde maatregel terecht werd toegekend, bevestigt de beschikking van 24 juni 2018 (EV/19/00114) op dit punt, en bevestigt met name dat Nyrstar gehouden is “*middels zijn raad van bestuur op de algemene vergadering van 25 juni 2019 de stemming over alle agendapunten (jaarrekeningen, kwijtingen en verloningspakketten) uit te stellen, en de oproeping van een bijkomende algemene vergadering aan te kondigen overeenkomstig de wettelijke termijnen, wanneer het wettelijk verslag van de bedrijfsrevisor voorhanden is*”,

Verklaart de tegenvordering van de heren K.V. en J.-M.V. onontvankelijk,

Verklaart de vordering van Nyrstar wegens tergend en roekeloos geding ontvankelijk maar ongegrond,

Verleent akte aan Nyrstar van het voorbehoud dat zij formu-

leert om ten gronde de integrale vergoeding te eisen van door haar geleden schade, indien die zich zou materialiseren,

(...)