

VOORZITTER ONDERNEMINGSRECHTBANK TE ANTWERPEN (KG)

7 JANUARI 2020

KORT GEDING

Algemeen – Belang – Belang van de aandeelhouder – Vraagrecht van de aandeelhouder – Doel en uitoefening – Organisatie van de algemene vergadering – Taal van de notulen – Taal van de debatten – Bevoegdheid van de raad van bestuur om de algemene vergadering te verdagen – Aard van de maatregel – Vordering tot aanstelling voorlopig bewindvoerder

Om belang aan te tonen voor het vragen van voorlopige maatregelen in kort geding, is niet vereist dat de aandeelhouders aanwezig waren op de vergadering waartegen zij opkomen. Het volstaat dat zij aannemelijk maken aandeelhouders te zijn en dat zij aanvoeren dat hun rechten als aandeelhouders geschonden zijn.

Het vraagrecht van de aandeelhouders strekt ertoe om aan hen alle informatie te verschaffen opdat zij met kennis van zaken kunnen deelnemen aan de beraadslaging en de stemming over het jaarverslag en de agendapunten van de algemene vergadering. Het controleren door de aandeelhouders van het beleid dat het bestuur gevoerd heeft, binnen de grenzen van artikel 540 Wetboek van Vennootschappen, is één van de fundamentele bestaansredenen van de algemene vergadering.

Wanneer de minderheidsaandeelhouders hun vraagrecht daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, dan verantwoordt het loutere feit dat zij het oneens waren met de antwoorden, geen tussenkomst van de kortgedingrechter. De minderheidsaandeelhouders hebben volste recht om de vergadering te verlaten in protest, maar zij kunnen daaruit geen argument putten om maatregelen te vragen in kort geding.

De bestuurders moeten de algemene vergadering praktisch organiseren zodat een werkelijk debat mogelijk blijft, ook wanneer de vergadering zeer lang duurt. Dit houdt in dat de vennootschap moet voorzien in drank, maar niet dat zij ook moet zorgen voor catering.

Notulen moeten opgesteld worden met eerbiediging van de taalwetgeving. De discussie en besluitvorming kunnen in een andere taal dan de streektaal verlopen, zoals het Engels, zolang een werkelijke discussie en besluitvorming in die andere taal mogelijk zijn, en dus alleen wanneer de aandeelhouders die taal voldoende begrijpen om deel te nemen aan het debat.

De vennootschap heeft een fout begaan door niet te voorzien dat de vergadering zeer lang zou kunnen duren, en dat de aanwezige tolken hun werk na een aantal uren zouden stopzetten. Deze fout van de vennootschap verantwoordt echter

niet de gevraagde ingrijpende maatregelen indien de eisers het Engels machtig waren, en ook zelf in het verleden in het Engels communiceerden met de vennootschap, en indien na het vertrek van de tolken de vragen en antwoorden vertaald werden door de secretaris van de vergadering. In die omstandigheden is de fout van de vennootschap niet van die aard om een werkelijk debat onmogelijk te maken of zo ernstig te bemoeilijken dat een tussenkomst van de kortgedingrechter noodzakelijk is.

De bevoegdheid van de raad van bestuur om de algemene vergadering tijdens de zitting al dan niet te verdagen is een functionele bevoegdheid. De toetsingsbevoegdheid van de rechter daarover is beperkt en de rechter moet zich bijgevolg terughoudend opstellen. Wanneer de praktische organisatie van de vergadering een werkelijk debat niet onmogelijk maakte, is niet aangetoond dat de raad van bestuur kennelijk de grenzen te buiten ging van een normale uitoefening van zijn bevoegdheid door te weigeren om de vergadering te verdagen.

Wanneer de minderheidsaandeelhouders het beleid van de vennootschap al geruime tijd kennen, en daarover al procedures gevoerd hebben, zich al gewend hebben tot de FSMA en tot de onderzoeksrechter, en wanneer de vennootschap ogenschijnlijk dreigende insolventie aantoonde, dan is er geen grondslag om in kort geding in te breken in de herstructurering die erop gericht is om deze insolventie af te wenden.

De vordering van de eisers tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder om documenten te vrijwaren opdat de overheid daartoe nog toegang zou hebben, wordt afgewezen omdat zij niet kunnen opkomen voor het algemene belang. De vordering is overigens ongegrond wanneer de eisers geen concreet risico aantonen dat de vennootschap moedwillig stukken zou doen verdwijnen.

RÉFÉRÉ

Généralités – Intérêt – Intérêt de l'actionnaire – Demandes en référé – Droit d'interrogation des actionnaires – But et exercice – Organisation de l'assemblée générale – Langue des procès-verbaux – Langue des débats – Compétence du conseil d'administration d'ajourner l'assemblée générale – Demande de désignation d'un administrateur provisoire

Afin de démontrer un intérêt pour demander des mesures provisoires en référé, il n'est pas nécessaire que les actionnaires aient été présents à la réunion qu'ils contestent. Il leur suffit de justifier qu'ils sont actionnaires et de faire valoir que leurs droits en tant qu'actionnaires sont violés.

Le droit d'interrogation des actionnaires a pour but de leur fournir toutes les informations afin qu'ils puissent participer en connaissance de cause aux délibérations et au vote sur le rapport annuel et les points à l'ordre du jour de l'assemblée générale. Le contrôle par les actionnaires de la politique menée par le conseil d'administration, dans les limites de l'article 540 du Code des sociétés, est l'une des raisons d'être fondamentales de l'assemblée générale.

Lorsque les actionnaires minoritaires ont effectivement pu exercer leur droit de poser des questions, le simple fait qu'ils aient été en désaccord avec les réponses ne justifie pas l'intervention du juge des référés. Les actionnaires minoritaires ont tout à fait le droit de quitter l'assemblée en signe de protestation, mais ils ne peuvent en tirer argument pour demander des mesures en référé.

Les administrateurs doivent organiser l'assemblée générale de manière pratique afin qu'un véritable débat reste possible, même lorsque la réunion dure très longtemps. Cela implique que la société doit fournir des boissons, mais pas la restauration.

Des procès-verbaux doivent être établis conformément à la législation linguistique. La discussion et la prise de décision peuvent avoir lieu dans une langue autre que la langue régionale, comme l'anglais, pour autant qu'une véritable discussion et prise de décision soient possibles dans cette autre langue, et donc seulement lorsque les actionnaires comprennent suffisamment cette langue pour prendre part au débat.

La société a commis une faute en ne prévoyant pas que la réunion pourrait durer très longtemps et que les interprètes présents cesseraient leur travail après un certain nombre

d'heures. Toutefois, cette erreur de la part de la société ne justifie pas les mesures considérables demandées si les demandeurs maîtrisaient l'anglais et communiquaient également avec la société en anglais dans le passé et si, après le départ des interprètes, les questions et réponses ont été traduites par le secrétaire de la réunion. Dans ces circonstances, la faute de la société n'est pas de nature à rendre un véritable débat impossible ou si fortement compliqué qu'il nécessite l'intervention du juge des référés.

La compétence du conseil d'administration d'ajourner ou non l'assemblée générale pendant la réunion est une compétence fonctionnelle. La compétence de contrôle du juge à cet égard est limitée et le juge doit donc faire preuve de retenue. Lorsque l'organisation pratique de la réunion n'a pas rendu impossible un véritable débat, il n'a pas été démontré que le conseil d'administration a manifestement dépassé les limites d'un exercice normal de sa compétence en refusant d'ajourner la réunion.

Lorsque les actionnaires minoritaires connaissent depuis longtemps la politique de la société et ont déjà mené des procédures à cet égard, se sont déjà adressés à la FSMA et le juge d'instruction, et lorsque la société semble menacée d'insolvabilité, il n'y a aucune base pour faire obstacle en référé à la restructuration visant à éviter cette insolvabilité.

La demande des demandeurs concernant la désignation d'un administrateur provisoire pour la sauvegarde de documents afin que les autorités puissent encore y avoir accès est rejetée parce qu'ils ne peuvent pas défendre l'intérêt général. De plus, la demande est infondée lorsque les demandeurs ne démontrent pas de risque concret que la société fasse délibérément disparaître des documents.

K.V., J.-M.V. et al. / Nyrstar NV

Zet.: M. De Roeck (voorzitter)

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

Zaak: C/19/00156

I. Situering van het geschil

1. Partijen

De naamloze vennootschap Nyrstar is opgericht op 13 april 2007 en is actief in de verwerking van metaalertsen, in het bijzonder zink. Haar aandelen zijn sinds oktober 2007 toegelaten tot verhandeling op Euronext Brussels.

Eisers zijn 95 aandeelhouders van Nyrstar. Samen houden zij iets minder dan 3% van de aandelen.

Trafigura Beheer BV (hierna "Trafigura") is een internationale grondstoffenhandelaar. Sinds 2014 is zij aandeelhouder van Nyrstar via een dochtervennootschap. Vandaag is zij de grootste aandeelhouder, met 24,42% van de aandelen.

(...)

III. De vorderingen

1. Eisers omschrijven hun vordering als volgt in hun conclusie van 10 december 2019:

de beslissingen van de algemene vergadering van 5 november 2019 van Nyrstar te schorsen voor onbepaalde duur, tot vervangende besluiten van een nieuwe algemene vergadering of een uitspraak ten gronde over de vernietiging ervan;

° een voorlopig bewindvoerder *ad hoc* aan te stellen, met als opdracht:

° een nieuwe algemene vergadering op te roepen, met de agenda van een gewone algemene vergadering, overeenkomstig de wettelijke termijnen;

° de antwoorden op de schriftelijke vragen (inclusief de antwoorden op de mondelinge bijvragen) te laten optekenen en te laten publiceren op de website van de vennootschap, binnen de 15 dagen van de datum van de betekening van de beschikking;

° ervoor te zorgen dat een exemplaar van alle documenten waarover gestemd moet worden, ter beschikking staan van alle ingeschreven deelnemers in het begin van de algemene vergadering;

° ervoor te zorgen dat de deelnemers ter plekke van de vergadering voedsel en drank ter beschikking hebben;

° ervoor te zorgen dat de zaal een hele dag beschikbaar is, alsook de vertalers;

° alle documenten, computerbestanden, informatiedragers of computers te inventariseren en op te bergen in een afgesloten ruimte op de zetel van de vennootschap (behalve wat nodig is voor het dagelijks beheer van de restvennootschap);

° de desgevallend door de FSMA en/of het gerecht opgevraagde informatie te verzamelen en te verschaffen;

° toezicht uit te oefenen op alle leningen die de vennootschap overweegt aan te gaan ten einde het verbod inzake te eerbiedigen;

° alle overige taken van de raad van bestuur voorlopig over te nemen, inzonderheid het opstellen van verslagen overeenkomstig artikelen 633 en 181 Wetboek van Vennootschappen, en het bijeenroepen van een bijzondere algemene vergadering in navolging van de bijzondere algemene vergadering van 9 december 2019;

Nyrstar te verbieden eender welk document, computerbestand, informatiedrager of computer te vernietigen of te verwijderen uit de zetel van de vennootschap;

Nyrstar te verbieden leningen aan te gaan voor meer dan 1 miljoen euro per jaar, tenzij de interesten en terugbetalingen gedekt kunnen worden door de dividenden uit diens participatie in [NN2].

de tegenvordering van Nyrstart voor tergend en roekeloos geding ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;

Nyrstar te veroordelen in de kosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten belope van het basisbedrag van 1.440 euro.

2. De vordering van Nyrstar luidt als volgt in haar conclusie van 13 december 2019:

de laattijdig neergelegde stukken met nummers 1.10, 1.88, 1.89, 1.90, 1.91, 57 en 58 uit het dossier van eisers te weren uit het debat, evenals de laattijdig meegedeelde aanvullende en syntheseconclusie van eisers van 10 december 2019;

de vorderingen van eisers af te wijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond;

eisers te veroordelen tot de betaling van een vergoeding aan Nyrstar van 200 euro per eiser wegens tergend en roekeloos geding (en, zo de rechtbank dat passend acht, uitspraak te doen over de toepassing van art. 780bis Ger.W.), minstens akte te verlenen aan Nyrstars voorbehoud om voor de bodemrechter de integrale vergoeding te vorderen van de door haar geleden schade, indien die zich zou materialiseren;

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

IV. Beoordeling

(...)

2. Toelaatbaarheid: belang

(...)

Opdat zij een belang zouden hebben in deze procedure is niet vereist dat de aandeelhouders aanwezig waren op de vergadering van 8 november 2019 (of eerdere vergaderingen, zoals die van 4 april of 25 juni 2019). Het volstaat dat zij aannemelijk maken aandeelhouders te zijn en dat zij aanvoeren dat hun rechten als aandeelhouders geschonden zijn. Nyrstar verwijst dus ten onrechte naar het feit dat sommige eisers niet op de gewraakte vergadering aanwezig waren.

Nyrstar voerde ook nog aan dat de vorderingen van eisers onontvankelijk zouden zijn wegens (i) gebrek aan hoogdringendheid, en omdat het (ii) geen voorlopige maatregelen zouden uitmaken.

De hoogdringendheid en de aard van de gevraagde maatregelen komen echter niet aan bod voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering, maar bij de beoordeling ten gronde hieronder.

3. De vereiste spoed

3.1. Standpunten van de partijen

3.1.1. Eisers roepen in dat de maatregelen die ze vragen noodzakelijk en dringend zijn, namelijk de schorsing van de besluiten van de algemene vergadering van 5 november 2019 en de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder. Zij betogen dat de minderheidsaandeelhouders recht hebben op een algemene vergadering waarbij al hun vragen op een correcte manier worden beantwoord en waarop zij onderling kunnen beraadslagen.

Voorts brengen zij aan dat het dringend is om de documenten en data van de vennootschap veilig te stellen. Het zou immers in het belang van de minderheidsaandeelhouders

zijn dat, indien de FSMA en het strafrecht onderzoeksdaan willen stellen, zij alle documenten nog kunnen vinden op de zetel van de vennootschap, of die kunnen vragen aan iemand die geen belang heeft bij het achterhouden ervan, in tegenstelling tot het management en de raad van bestuur.

Ten slotte menen eisers dat het ook dringend is om de leningen te beperken die Nyrstar bij Trafigura (Newco of NN2) zou kunnen opnemen.

3.1.2. Nyrstar meent dat er geen dringende nood is aan een schorsing van de besluiten van de algemene vergadering van 5 november 2019. Geen van de daar (volgens haar wettig) genomen besluiten zou een acuut gevaar voor ernstige schade van de eisers meebrengen. Ook de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder is volgens Nyrstar niet dringend.

3.2. Toepasselijke regels

Om een maatregel in kort geding te schragen is vooreerst vereist dat eiser aannemelijk maakt dat een dringende tussenkomst van de rechter nodig is om dreigende schade of een ernstig nadeel te voorkomen.

3.3. Beoordeling

Eisers voeren aan dat hun rechten geschonden zijn op de algemene vergadering van 5 november 2019, en dat, om herstel ten gronde mogelijk te houden, het nodig is de besluiten van die vergadering te schorsen en een voorlopig bewindvoerder aan te stellen.

Indien eisers een voldoende schijn van recht en belangrijk nadeel kunnen aantonen (wat de rechtbank hierna afzonderlijk onderzoekt), dan is deze vordering wel degelijk dringend. Eisers hebben zich zeer snel na de vergadering van 5 november 2019 gewend tot de rechter in kort geding om de gevolgen ervan te neutraliseren. Zij hebben dus niet zelf de urgentie gecreëerd. De maatregelen die zij vragen beogen om hun rechten voor de toekomst veilig te stellen.

De urgentie van de vorderingen van eisers is dus bewezen.

4. De schijn van recht en belangenafweging

4.1. Inleiding – De algemene vereisten voor de tussenkomst van de kortgedingrechter

Om een dringende en voorlopige tussenkomst van de kortgedingrechter te verantwoorden, is niet voldoende dat eisers aantonen dat hun vordering dringend is. Zij moeten ook aantonen dat er voldoende schijn van recht is, wat betekent dat hun aanspraken ogenschijnlijk gegrond zijn om een voorlopig ingrijpen in kort geding te verantwoorden alvorens de rechter ten gronde uitspraak doet. Met andere woorden moet hun vordering voldoende slaagkans hebben voor de rechter die definitief zal oordelen.

Naarmate de voorlopige tussenkomst die eisers aan de rechter in kort geding vragen ingrijpender is, moet die schijn van recht sterker zijn.

Ten slotte moet de rechter in kort geding een afweging van belangen maken. Hij moet het nadeel voor eiser als de maatregel niet toegekend wordt, afwegen tegen het nadeel voor verweerder als de maatregel wel toegekend wordt.

4.2. Toepasselijke regels inzake de schorsing van een besluit van de algemene vergadering

Artikel 64 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt:

“Een besluit van de algemene vergadering is nietig:

1° wegens enige onregelmatigheid naar de vorm waardoor het genomen besluit is aangetast, indien de eiser aantoont dat de begane onregelmatigheid het genomen besluit heeft kunnen beïnvloeden;

2° in geval van schending van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergaderingen of in geval van beraadslaging en besluit over een aangelegenheid die niet op de agenda voorkomt, wanneer er bedrieglijk opzet is;

3° wegens enige andere overschrijding van bevoegdheid of wegens misbruik van bevoegdheid; (...).”

Artikel 179 van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt:

“De vordering tot nietigverklaring wordt tegen de vennootschap ingesteld. Indien daartoe gewichtige redenen zijn, kan de eiser tot nietigverklaring de voorlopige opschorting van de uitvoering van het bestreden besluit in kort geding vorderen. De beschikking tot opschorting en het vonnis van nietigverklaring hebben gevolg ten aanzien van allen.”

De eiser kan een vordering in kort geding instellen tot schorsing van een besluit van de algemene vergadering, indien daartoe gewichtige redenen zijn, en indien zijn (eventueel later in te stellen) vordering tot vernietiging ogenschijnlijk gegrond is.

4.3. Toepasselijke regels inzake het vraagrecht

De bestuurders moeten antwoord geven op de vragen die hun door de aandeelhouders, tijdens de vergadering of schriftelijk, worden gesteld over hun verslag of de agendapunten, voor zover de mededeling van gegevens of feiten niet van dien aard is dat zij nadelig zou zijn voor de zakelijke belangen van de vennootschap of voor de vertrouwelijkheid waartoe de vennootschap of haar bestuurders zich hebben verbonden (art. 540 W.Venn.). Hetzelfde geldt voor de commissarissen voor vragen over hun verslag.

Wanneer verschillende vragen over hetzelfde onderwerp handelen, mogen de bestuurders en de commissarissen daarop één antwoord geven.

Het vraagrecht van de aandeelhouders strekt ertoe om aan hen alle informatie te verschaffen opdat zij met kennis van

zaken kunnen deelnemen aan de beraadslaging en de stemming over het jaarverslag en de agendapunten van de algemene vergadering. Het controleren door de aandeelhouders van het beleid dat het bestuur gevoerd heeft, binnen de grenzen van artikel 540 Wetboek van Vennootschappen, is één van de fundamentele bestaansredenen van de algemene vergadering.

4.4. Beoordeling van de uitoefening van het vraagrecht

4.4.1. Uit de stukken van het dossier blijkt dat de uitoefening van het vraagrecht op de vergadering van 5 november 2019 meerdere uren in beslag heeft genomen.

De vergadering begon om 10 uur. Eerst werden de vragen beantwoord die de aandeelhouders op voorhand schriftelijk gesteld hadden aan de bestuurders of aan de commissaris. Uit de notulen blijkt dat deze beantwoording zeer vaak onderbroken werd door mondelinge vragen. De vergadering werd kort geschorst om 14.30 uur, en er werd water verstrekt. Het was 15.30 uur alvorens de schriftelijke vragen voor de bestuurders afgehandeld waren. Vanaf 15.45 uur gaf de commissaris antwoord op de schriftelijke vragen die aan haar gesteld waren. Ook dit duurde mede door de mondelinge interventies tot 17.00 uur. Dan werd de vergadering geschorst, en water en koffie gegeven. De vergadering werd hervat om 18.15 uur, wanneer de bestuurders het antwoord op de mondelinge vragen aanvatten (voor zover die nog niet behandeld waren in de eerdere antwoorden op de schriftelijke vragen).

Volgens de notulen (stuk 74 Nyrstar) vroeg de voorzitter van de vergadering om 19.00 uur om de gewone algemene vergadering kort te schorsen, om over te gaan tot de buitengewone algemene vergadering (vermits de aanwezige notaris uitsluitend moest vaststellen dat het quorum daarvoor niet bereikt was). De raadsman van de minderheidsaandeelhouders verzette zich tegen dit voorstel, en stelde voor om de gewone algemene vergadering volledig op te schorten en opnieuw bijeen te roepen op 9 december 2019. De raad van bestuur beraadde zich daarover van 19.10 uur tot 19.23 uur en meende dan dat de vergadering toch voortgezet zou worden. Omdat het pas 19.23 uur was, was er volgens de raad van bestuur nog voldoende tijd voor verdere vragen en antwoorden. De raadsman van de minderheidsaandeelhouders maakte hiertegen “(in het Engels) een krachtig bezwaar” en liet een verklaring opnemen in de notulen dat dit de legitimiteit van de vergadering ondermijnde.

Om 19.35 uur vroeg de raadsman van de minderheidsaandeelhouders om de vergadering te schorsen om het aan hen mogelijk te maken om te overleggen. Dit werd aan hen toegestaan. Na dit overleg verzocht de raadsman om een verklaring op te nemen dat de vergadering niet meer ernstig was, en dat de voorwaarden van de vergadering onwettig waren geworden (er waren geen vertalers meer en al negen uur lang geen eten meer), en dat het een rechtsmisbruik zou zijn om

toch voort te gaan. Daarop hebben de minderheidsaandeelhouders de vergadering verlaten om 19.50 uur.

De raad van bestuur is voortgegaan met de behandeling van de mondelinge vragen die eerder waren gesteld, wat afgerond werd om 20.30 uur.

4.4.2. Uit de stukken blijkt dat de minderheidsaandeelhouders zeer talrijke vragen stelden en beantwoord kregen, waarvan de neerslag 114 pagina's vult (bijlage 2 bij de notulen, “*schriftelijke en mondelinge vragen van aandeelhouders en antwoorden*”, bijlage bij stuk 74 Nyrstar). Daaruit blijkt ook dat een heel aantal vragen repetitief waren, of veeleer een eigen commentaar en visie van de minderheidsaandeelhouders waren dan een concrete vraag over de jaarrekening of het jaarverslag.

Het is ook duidelijk dat de minderheidsaandeelhouders het soms grondig oneens waren met de antwoorden die zij kregen (zie bv. “*u liegt*”, op p. 30 en p. 31; “*U heeft de aandeelhouders beroofd van hun volledige investering*”, p. 31; “*Er is geen bescherming van de minderheidsaandeelhouders in dit land.*”, p. 31; “*Ik denk dat de ‘Wolf of Wall Street’ hogere morele normen had dan u.*”, p. 39; aan de commissaris: “*Als ik de commissaris was, zou ik een afkeurende verklaring geven.*”, p. 87).

Het feit dat de minderheidsaandeelhouders het oneens waren met de antwoorden betekent echter niet automatisch dat zij hun vraagrecht niet hebben kunnen uitoefenen.

De minderheidsaandeelhouders hebben ruim hun kritische stem kunnen laten gelden. Zij hebben aldus hun vraagrecht daadwerkelijk kunnen uitoefenen, zij het op een manier die veel tijd vroeg. Zij hebben op hun vragen een inhoudelijk en *prima facie* duidelijk antwoord gekregen (na een groot aantal antwoorden, verwijzen de raad van bestuur en de commissaris weliswaar soms naar het feit dat de vraag al gesteld en beantwoord is of naar hun verslag).

4.4.3. Om te verantwoorden dat de rechter in kort geding ingrijpend tussenkomt in het vennootschapsleven, zoals eisers hier vragen, moeten eisers aantonen dat hun vraagrecht op zulke wijze geschonden is dat een dringende tussenkomst nodig is én dat de rechter die later definitief zal oordelen deze schending wellicht ook zal vaststellen.

Minstens formeel heeft de vennootschap ogenschijnlijk het vraagrecht nageleefd. De aandeelhouders hebben zeer uitvoerig de kans gekregen om schriftelijk en mondeling vragen te stellen en de vennootschap heeft daarop uitvoerig geantwoord. Inhoudelijk zijn eisers het kennelijk fundamenteel oneens met de antwoorden, maar dat betekent *prima facie* niet dat de antwoorden fout waren.

De minderheidsaandeelhouders hebben het volste recht te protesteren door de vergadering te verlaten, wat zij gedaan hebben om 19.50 uur. Maar dit protest doet geen afbreuk aan de *prima facie* vaststelling dat de voorgaande negen uur hun vragen inhoudelijk beantwoord zijn. Zij kunnen geen argu-

ment putten uit het feit dat zij de vergadering verlaten hebben (de rechtbank gaat hierna in op het argument dat de praktische organisatie van de vergadering hun vertrek zou genoodzaakt hebben).

4.5. *Beoordeling van de praktische organisatie van de vergadering*

Eisers menen dat de vergadering aldus georganiseerd was dat zij “uitgehongerd” werden, en dat de vergadering een uitputtingsslag werd.

Het is niet betwist dat bij de ontvangst drank en versnaperingen aangeboden werden. Hoewel de versnaperingen na ongeveer een uur verdwenen, bleef de vennootschap water en koffie aanbieden.

De rechtbank kan aannemen dat een zeer lange vergadering zonder water ertoe kan leiden dat een werkelijk debat onderdrukt wordt. Na meerdere uren zonder water kan een persoon gedehydrateerd raken, wat een impact heeft op zijn welzijn en op zijn functioneren.

Het is echter niet betwist dat doorheen de dag water en koffie ter beschikking was.

Eisers tonen voorts niet aan dat zij een voldoende schijn van recht hebben om de vennootschap te verplichten in catering te voorzien. Er was voedsel bij de aanvang van de vergadering, en drank doorheen de dag. In die omstandigheden kunnen eisers niet voorhouden dat een werkelijk debat onmogelijk gemaakt werd, laat staan dat het, zoals zij aanvoeren, een “schijnvergadering” zou geweest zijn.

Het niet aanwezig zijn van voedsel is daarom geen ogenschijnlijke schending van het vraagrecht van de aandeelhouders.

4.6. *De taal van de vergadering*

Notulen moeten opgesteld worden met eerbiediging van de taalwetgeving. De partijen betwisten niet dat de notulen van Nystar, zoals vereist, in het Nederlands opgesteld zijn.

Nystar voert weliswaar terecht aan dat de discussie en besluitvorming in een andere taal dan de streektaal kunnen verlopen, als de notulen maar de taalwetgeving eerbiedigen. Maar een werkelijke discussie en besluitvorming moet ook in die andere taal wel mogelijk zijn. Aldus is bijvoorbeeld ondenkbaar dat de algemene vergadering plots zou beraadslagen in een taal die de aandeelhouders niet begrijpen en hen dus niet zou mogelijk maken om deel te nemen aan het debat.

In dat opzicht heeft de vennootschap terecht gezorgd voor simultaanvertaling voor de aanwezigen.

De vennootschap heeft echter een fout begaan door niet te voorzien dat de vergadering zou kunnen uitlopen, en dat de aanwezige tolken hun werk na een aantal uren zouden stoppen.

De vergadering is begonnen om 10 uur en de tolken zijn vertrokken om 19 uur.

De duur van deze vergadering was weliswaar ongebruikelijk lang, maar het had voor de vennootschap op voorhand duidelijk moeten zijn dat de minderheidsaandeelhouders zich ernstig zouden roeren. Dat bleek niet alleen uit de talrijke publieke commentaren van de minderheidsaandeelhouders, maar meer nog uit het grote aantal schriftelijke vragen dat zij op voorhand indienden.

Het was in die omstandigheden op het eerste gezicht foutief voor de vennootschap om niet te verzekeren dat voldoende tolken hun diensten tot laat zouden kunnen verlenen.

Deze fout van de vennootschap verantwoordt echter niet de ingrijpende maatregelen die de minderheidsaandeelhouders vragen.

Zoals eerder gesteld, moet de schijn van recht sterker zijn naarmate de maatregel die eisers vragen ingrijpender is. Voorts moeten de belangen van de partijen afgewogen worden.

In dit geval slaat de balans door ten voordele van de vennootschap.

Vooreerst blijkt uit talrijke stukken dat eisers het Engels wel degelijk machtig waren, minstens voldoende om een werkelijk debat mogelijk te maken ook na het vertrek van de tolken. De raadslieden van eisers schreven de vennootschap zelf herhaald in het Engels aan (stukken 24 en 33 Nyrstar en stuk 50 eisers), en zij kwamen op de vergadering zelf tussen in het Engels (stuk 73, p. 7 en stuk 74, p. 9 Nyrstar).

Daarnaast werden na het vertrek van de tolken de vragen en antwoorden vertaald door de secretaris van de vergadering.

In die omstandigheden is de fout van de vennootschap om geen tolken voorzien te hebben na 19 uur niet van die aard om een werkelijk debat onmogelijk te maken of ernstig te bemoeilijken. Deze fout op zich kan dan ook niet leiden tot de vaststelling dat het vraagrecht in zulke mate geschonden is dat een tussenkomst van de kortgedingrechter noodzakelijk is.

4.7. *Beoordeling van de mogelijke gronden tot vernietiging*

4.7.1. NIETIGHEIDSGRONDEN INGEROEPEN DOOR EISERS

Eisers roepen in dat uit het verloop van de vergadering blijkt dat “*de aandeelhouders in de onmogelijkheid gesteld [werden] de vergadering op een nuttige manier bij te wonen tot het einde*”, na bijna 10 uur vergaderen zonder eten en nadat de tolken vertrokken waren. Daardoor menen zij dat zij het vraagrecht niet hebben kunnen uitoefenen en niet kunnen stemmen. Dit zou een schending zijn van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergaderingen uit [...] in de zin van artikel 64, 2° van het Wetboek van Vennootschappen, met de nietigheid van de besluiten als gevolg.

Voorts argumenteren eisers dat de weigering om de algemene vergadering uit te stellen een overschrijding of misbruik van bevoegdheid is door de raad van bestuur, die als gevolg heeft dat de daarna volgende besluiten nietig zijn krachtens artikel 64, 3° van het Wetboek van Vennootschappen.

Deze redenen rechtvaardigen volgens eisers de opschorting van de besluiten van de algemene vergadering, en ook de overige gevraagde maatregelen inzake een voorlopig bewindvoerder, de bescherming van documenten, en het verbieden van leningen.

4.7.2. ARTIKEL 64, 2° WETBOEK VAN VENNOOTSCHAPPEN

Om de nietigheid van een besluit van de algemene vergadering aan te tonen op grond van artikel 64, 2° Wetboek van Vennootschappen moet er hetzij a) een schending van de regels over de werkwijze van de algemene vergadering zijn, of b) een bedrieglijk opzet bij een beraadslaging en besluit over een aangelegenheid die niet op de agenda voorkomt.

Hierboven stelde de rechtbank al vast dat het vraagrecht niet geschonden is in de mate dat de tussenkomst van de kortgedingrechter noodzakelijk zou zijn.

Uit de notulen of uit de overige stukken blijkt voorts niet dat de regels over de werkwijze van de algemene vergadering geschonden werden. Het blijkt evenmin dat er besluiten werden genomen over aangelegenheden die niet op de agenda voorkwamen. Ten overvloede stelt de rechtbank ook vast dat eisers geen bewijs voorleggen van enig bedrieglijk opzet.

De stukken staven niet dat de gewone algemene vergadering of de voorzitter op 8 november 2019 kunstgrepen hebben aangewend om het vraagrecht van eisers te miskennen.

Bijgevolg kan de nietigheid van de besluiten van de algemene vergadering van 11 juli 2017 op het eerste gezicht niet op artikel 64, 2° Wetboek van Vennootschappen gebaseerd worden.

4.7.3. ARTIKEL 64, 3° WETBOEK VAN VENNOOTSCHAPPEN

Vervolgens is de vraag of de besluiten van de algemene vergadering van 8 november 2019 nietig zouden kunnen zijn op basis van artikel 64, 3° Wetboek van Vennootschappen. Zo zou volgens eisers de raad van bestuur zijn bevoegdheid hebben misbruikt door te weigeren om de algemene vergadering tijdens de zitting te verdagen.

De bevoegdheid van het bestuursorgaan is een functionele bevoegdheid, om het vennootschapsbeleid te bepalen en het vennootschapsbelang te vrijwaren. De toetsingsbevoegdheid van de rechter daarover is beperkt en de rechter moet zich bijgevolg terughoudend opstellen.

Eerder heeft de rechtbank al beslist dat de praktische organisatie van de vergadering een werkelijk debat geenszins onmogelijk maakte. In die omstandigheden tonen eisers niet aan dat de raad van bestuur kennelijk de grenzen te buiten

ging van een normale uitoefening van zijn bevoegdheid door te weigeren om de vergadering te verdagen.

Het loutere feit dat de minderheidsaandeelhouders het (zeer grondig) oneens zijn met de meerderheidsaandeelhouders of met de raad van bestuur over het beleid, toont niet aan dat de raad van bestuur misbruik zou plegen.

Bijgevolg kan de nietigheid van de besluiten van de algemene vergadering van 8 november 2019 op het eerste gezicht niet op artikel 64, 3° Wetboek van Vennootschappen gebaseerd worden.

4.8. Voorwerp van het geschil

4.8.1. Voor zover de rechter in dit kort geding kan beoordelen, zijn er geen kennelijke, systematische fouten in de antwoorden van de raad van bestuur op de vragen van de minderheidsaandeelhouders, zelfs als het beleid en het resultaat daarvan mogelijk fouten kan bevatten.

4.8.2. Maar het beleid van het bestuur en de resultaten daarvan zijn niet het voorwerp van dit geschil.

Wat vandaag voorligt is de vraag of er voldoende redenen zijn om dringende maatregelen te nemen om de aandeelhouders te beschermen naar aanleiding van de vergadering van 8 november 2019. De eisers haalden daartoe een aantal argumenten aan die verband hielden met de praktische organisatie, en met de eerbiediging van het vraagrecht, waarover de rechtbank hierboven al oordeelde.

De overige argumenten die eisers aanhalen betreffen niet de uitkomst van de vergadering maar precies hun onenigheid met het beleid en de resultaten daarvan. Dit kenden eisers al geruime tijd, en daarover hebben eisers al een eenzijdig verzoek ingediend en een kortgedingprocedure gevoerd, en hebben zij zich al gewend tot de FSMA en tot de onderzoeksrechter.

4.8.3. Men kan niet om de vaststelling heen dat de raad van bestuur zijn beslissingen zeer uitvoerig heeft onderbouwd en laten nagaan door derden. In talrijke publieke mededelingen en (zeer uitvoerige) publiek gemaakte documenten verdedigde de raad van bestuur de gekozen koers, inclusief inzake de gevolgen voor de aandeelhouders. Alle schuldeisers hebben volgens deze documenten aanzienlijk moeten inleveren.

4.8.4. Ten overvloede geldt dat over de herstructurering al twee vonnissen geveld zijn ten gronde. Zoals eerder vermeld is de herstructurering al 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.

Alvorens over te gaan tot bekrachtiging op 26 juli 2019, heeft de Engelse rechter op 22 juli 2019 een uitspraak geveld waarin hij de voorgenomen herstructurering analyseert (stuk 51 Nyrstar). Hij licht de sinds eind 2018 verslechterde financiële positie van Nyrstar toe, en de impact daarvan op de korte termijn liquiditeit van de vennootschap (randnr. 5). Hij

bespreekt de financiering die Trafigura verstrekte, en het voorstel van herstructurering uitgewerkt met de schuldeisers en obligatiehouders (randnrs. 6 en 7). Hij besluit op basis van het hem voorgelegde bewijs dat het waarschijnlijke alternatief van een herstructurering van het kapitaal een insolventieprocedure zou zijn in meerdere jurisdicties en dat de schuldeisers dan slechts tussen 0,5% en 11,6% zouden recupereren (randnr. 8). De aandeelhouders van Nyrstar hebben volgens hem “gelet op de insolventie van de groep geen economisch belang meer”. Hij noteert echter dat zij door de herstructurering 2% zullen overhouden van de geherkapitaliseerde groep (randnr. 20).

Ten slotte vermeldt de Engelse rechter het verzoek van één houder van obligaties om de behandeling van de zaak uit te stellen tot september 2019. Hij merkt op dat dit verzoek verwijst naar de uitspraak van de voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel van 28 augustus 2019, en voornamelijk naar de situatie van de aandeelhouders. De Engelse rechter besluit niet in te gaan op dit verzoek (randnr. 26):

“Whilst I have considered this letter it is plain that it does not make the case for an adjournment until September 2019. By that date the existing lock-up agreements will have expired and the Nyrstar Group’s cash resources exhausted: the descent into insolvency proceedings is likely already to have occurred.”

De rechtbank vertaalt:

“Hoewel ik deze brief overwogen heb, is het duidelijk dat die niet overtuigt om te verdagen tot september 2019. Tegen die datum zullen de bestaande lock-up overeenkomsten afgelopen zijn, en de financiële middelen van de Nyrstar groep uitgeput: de afdaling naar insolventieprocedure is dan waarschijnlijk al ingezet.”

4.8.5. De minderheidsaandeelhouders hebben uiteraard het recht om vragen te stellen over het economisch en financieel beleid dat de vennootschap in het verleden voerde en daarover eventueel procedures te starten. Uit hun talrijke uitspraken in de pers blijkt ook dat dit hun uiteindelijke doel is (zie onder andere het artikel in *De Tijd* van 2 augustus 2019, stuk 56 Nyrstar, en in *Trends* van 17 oktober 2019, stuk 68 Nyrstar).

De minderheidsaandeelhouders verwijzen voor hun aanspraken naar het verslag van “een externe consultant (*Quantus*)”. Quantus is echter blijkens het KBO-uitreksel een consulting vennootschap gecontroleerd door de heer V., eerste eiser, en mevrouw Evelyne V.W., 21e eiser (stukken 48 en 49 Nyrstar). Dit is dus een verslag eenzijdig opgesteld door een partij in het geschil.

De verklaringen die een partij in haar eigen zaak aflegt zijn loutere beweringen waarop de rechter zijn beslissing niet kan gronden, als die beweringen niet door andere gegevens of enig vermoeden zijn gestaafd. De rechter kan het bestaan

van een feit niet zonder meer afleiden uit de loutere aanvoering van een feit door een partij die in het geding is.

Dit verslag kan dus zeker niet opwegen tegen alle andere gegevens in het zeer uitgebreide dossier, waaruit ogenschijnlijk blijkt dat de recente beslissingen van de raad van bestuur gebaseerd zijn op een dringende economische noodzaak, en in de mate van het mogelijke onafhankelijk getoetst zijn.

4.8.6. Meer belangrijk nog is dat de vraag over aansprakelijkheid over het verleden geen afbreuk doet aan het *prima facie* kennelijke risico op insolventie waarvoor de raad van bestuur nu stond, en waarmee hij nu aan de slag moest.

De minderheidsaandeelhouders maken niet aannemelijk dat zij een ogenschijnlijk recht hebben om in te breken in de herstructurering om deze insolventie af te wenden – onafgezien van hun mogelijke vorderingen in aansprakelijkheid later.

4.9. Conclusie

Het beleid van Nyrstar kennen de minderheidsaandeelhouders al geruime tijd, door eerdere publieke mededelingen en vergaderingen, en is overigens al herhaald inhoudelijk getoetst, onder andere door een verslag van de onafhankelijke bestuurders, door Grant Thornton, en door de Engelse rechter.

Het is niet de roeping van de kortgedingrechter om dit beleid op de helling te zetten op vordering van minder dan 3% van de aandeelhouders.

Nu er geen ogenschijnlijke nietigheidsgrond is voor de besluiten van de algemene vergadering van 8 november 2019, is de vordering tot opschorting ervan in kort geding ongegrond.

5. Vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder

5.1. Bij gebrek aan schorsing is de vordering van eisers tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder om een nieuwe vergadering bijeen te roepen zonder voorwerp.

5.2. Eisers menen voorts dat een voorlopig bewindvoerder ook aangesteld moet worden opdat documenten nog voorhanden zijn, “indien de FSMA en het strafrecht onderzoeksadren wensen te stellen” (conclusie eisers, p. 26). In dat geval zou de overheid volgens hen nog toegang moeten kunnen hebben tot deze documentatie.

Maar hiermee werpen eisers zich op als behoeders van het algemene belang. Eisers kunnen niet optreden voor het algemene belang. Zij kunnen alleen optreden om hun eigen materiële of morele goederen, in het bijzonder hun vermogen, eer en goede naam te vrijwaren.

De wetgever heeft het vrijwaren van het algemene belang toevertrouwd aan de overheid, niet aan individuen. Alleen in [...] welomschreven uitzonderingen (meestal milieu- en consumentengeschillen) heeft de wetgever een collectief

actierecht toegekend aan verenigingen, die dan moeten voldoen aan bijzondere voorwaarden. Zulke uitzondering is hier niet voorhanden.

Eisers tonen evenmin aan dat er een concreet risico zou zijn dat de vennootschap stukken moedwillig zou doen verdwijnen. Zij verwijzen voornamelijk naar de aangifte die een klokkenluider al op 24 oktober 2018 aan de FSMA deed (stuk 29 eisers). Dit kan geen dringende maatregelen verantwoordend eind 2019 of begin 2020.

In die omstandigheden is de vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder met het oog op bewaring van *“alle documenten, computerbestanden, informatiedragers of computers”* in kort geding ongegrond. Hetzelfde geldt voor de algemeen geformuleerde vordering om Nyrstar te verbieden om *“eender welk document, computerbestand, informatiedrager of computer te vernietigen of te verwijderen uit de zetel van de vennootschap”*.

5.3. Eisers vragen ten slotte een voorlopig bewindvoerder om toezicht uit te oefenen op alle leningen die de vennootschap overweegt aan te gaan, en daartoe ook aan de vennootschap verbod op te leggen om *“leningen aan te gaan voor meer dan 1 miljoen euro per jaar, tenzij de interesten en terugbetalingen gedekt kunnen worden door de dividenden uit diens participatie in [NN2]”*.

De aanstelling van een voorlopig bewindvoerder om bepaalde bestuurstaken uit te voeren is een zeer ingrijpende maatregel die in kort geding alleen in uitzonderlijke omstandigheden verantwoord is.

Hierboven heeft de rechtbank al vastgesteld dat de minderheidsaandeelhouders geen ogenschijnlijk recht hebben om in te breken in de herstructurering om de dreigende insolventie af te wenden. Dat is precies wat zij beogen met de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder om toe te zien op de leningen die de vennootschap aangaat.

Om deze reden is de vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder ongegrond.

(...)

VI. Beslissing

Rechtsdoende op tegenspraak, komt de waarnemend voorzitter van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, zetelend in kort geding, tot volgende beslissing:

zij verklaart de vordering van de heren M. Guns, L. Naten, R. Haekens en A. Miele niet ontvankelijk;

zij verklaart de vordering van de overige eisers ontvankelijk maar ongegrond;

zij verklaart de tegenvordering van Nyrstar wegens tergend en roekeloos geding ontvankelijk maar ongegrond;

zij verleent akte aan Nyrstar van haar voorbehoud om ten gronde vergoeding te eisen van door haar geleden schade, indien die zich zou materialiseren.

(...)