

Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afd. Antwerpen, zetelend in kort geding

30 oktober 2020

Voorzitter : M. De Roeck

Advocaten : R. Tas, C. Hotterbeekx, D. Born,

J. Lievens, B. Allemeersch, S. De Dier en

G. Lindemans, de drie laatstgenoemden (tevens)

loco G. Verhoeven en S. Ververken

1. TAALGEBRUIK IN RECHTSZAKEN - GEBRUIK VAN
ANDERSTALIGE BEGRIPPEN IN DE DAGVAARDING

2. VENNOOTSCHAPPELIJK DESKUNDIGEN-
ONDERZOEK (ART. 7:160 WVV) - ONTVANKELIJK-
HEID - GEEN SPOEDEISENDHEID AANTONEN

3. VENNOOTSCHAPPELIJK DESKUNDIGEN-
ONDERZOEK - GEGRONDHEID - GEVAAR VOOR
DE BELANGEN VAN DE VENNOOTSCHAP

4. VENNOOTSCHAPPELIJK DESKUNDIGEN-
ONDERZOEK (ART. 7:160 WVV) - PROVISIONERING
VAN DE KOSTEN

1. Wanneer de Belgische overheid al jaren en regelmatig een uit een andere taal afkomstig begrip gebruikt in haar beslissingen en haar communicatie met haar burgers, is het begrip dermate ingeburgerd dat het niet langer als anderstalig woord kan worden aangemerkt.

Alle vermeldingen die nodig zijn voor de processuele geldigheid van de dagvaarding moeten in de taal van de rechtspleging gesteld zijn. Een woordelijke aanbaling van een anderstalig begrip doet daaraan geen afbreuk voor zover de zakelijke inhoud ervan in de dagvaarding wordt weergegeven. Het gebruik van anderstalige begrippen kan evenmin tot de nietigheid van de dagvaarding leiden wanneer zij geen wezenlijk onderdeel vormen van de daarin opgenomen argumentatie.

2. Voor de ontvankelijkheid van de met toepassing van artikel 7:160 WVV ingestelde vordering tot aanstelling van een gerechtsdeskundige volstaat dat de eisers kunnen aantonen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. Zij moeten niet aantonen dat hun vordering spoedeisend is.

3. Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken is erop gericht om het voor een minderheidsaandeel-

houder die niet actief betrokken is bij het beleid van de vennootschap, mogelijk te maken bewijsmateriaal te verzamelen om met kennis van zaken een procedure te kunnen instellen om een aantasting van het vennootschapsbelang te remediëren, hetzij om deze nog te laten herstellen, hetzij om de schade die daaruit voortvloeit aan de vennootschap te laten vergoeden. Aldus kan de aandeelhouder een onderzoeksmaatregel vorderen in een betwisting die juridisch enkel geldt tussen de vennootschap zelf en haar bestuurders. Daartoe moet de minderheidsaandeelhouder "aanwijzingen" van gevaar voor de belangen van de vennootschap bijbrengen. Dit houdt in dat hij niet een volledig bewijs van de feiten moet kunnen geven, maar dat volstaat dat hij aantoonst dat de (dreigende) schending ervan voldoende ernstig en waarschijnlijk is. Een begin van bewijs is aldus voldoende.

Opdat een vordering tot aanstelling van deskundigen gegrond zou zijn, moeten de eisers aantonen dat er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen. Het volstaat dat bepaalde feiten of omstandigheden erop wijzen dat er een reële kans bestaat dat een grondiger onderzoek ernstige onregelmatigheden in het vennootschapsbeleid aan het licht zou brengen.

4. De onder het oude W.Venn. geldende verplichte provisionering van het vennootschappelijk deskundigenonderzoek door de eisers (oud art. 169, tweede lid W.Venn.) is weggefallen. In de mate dat de kosten van het gevorderde deskundigenonderzoek dermate hoog kunnen zijn dat zij in werkelijkheid een minderheidsvordering niet alleen ontmoedigen maar ook onbereikbaar maken, wordt - mede gelet op de asymmetrie in de machts- en financiële verhoudingen tussen de eisers en de vennootschap en het feit dat de wetgever het vennootschappelijk deskundigenonderzoek mogelijk wilde maken voor aandeelhouders die slechts 1 % van de aandelen bezitten - de provisie ten laste gelegd van de vennootschap.

1. UTILISATION DES LANGUES DANS LES
PROCÉDURES JUDICIAIRES - UTILISATION DE
TERMES EN LANGUE ÉTRANGÈRE DANS LA
CITATION

2. EXPERTISE (ART. 7:160 CSA) - RECEVABILITÉ -
URGENCE PAS À PROUVER

3. EXPERTISE DE LA SOCIÉTÉ - JUSTIFICATION -
DANGER POUR LES INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE

4. RAPPORT D'EXPERT D'ENTREPRISE (ART. 7:160
CSA) - PROVISION POUR FRAIS

1. Lorsque les autorités belges utilisent depuis des années et régulièrement un terme d'une autre langue dans leurs décisions et dans leur communication avec les citoyens, ce terme est devenu tellement ancré qu'il ne peut plus être considéré comme un mot de langue étrangère.

Toutes les indications nécessaires à la validité procédurale de la citation doivent être dans la langue de la procédure judiciaire. L'utilisation *in extenso* d'un terme en langue étrangère n'a pas d'incidence dans la mesure où son contenu substantiel est reproduit dans la citation. L'utilisation de termes en langue étrangère ne peut pas non plus entraîner la nullité de la citation s'ils ne constituent pas une partie essentielle de l'argumentation qu'elle contient.

2. Pour la recevabilité de la demande de désignation d'un expert judiciaire introduite en application de l'article 7:160 CSA, il suffit que les demandeurs puissent prouver que les intérêts de la société sont sérieusement compromis ou risquent de l'être. Ils n'ont pas à prouver que leur demande est urgente.

3. L'expertise en matière de sociétés a pour objet de permettre à un actionnaire minoritaire qui n'est pas activement impliqué dans la politique de la société de réunir des éléments de preuve afin de pouvoir engager, en toute connaissance de cause, une procédure visant à remédier à une atteinte à l'intérêt social, soit à la faire réparer, soit à faire réparer le préjudice qui en résulte pour la société. Ainsi, l'actionnaire peut exiger une mesure d'instruction dans un litige qui ne s'applique légalement qu'entre la société elle-même et ses administrateurs. Pour ce faire, l'actionnaire minoritaire doit fournir des «indices» de danger pour les intérêts de la société. Cela signifie qu'il ne doit pas être en mesure de fournir une preuve complète des faits, mais qu'il suffit qu'il démontre que la violation (imminente) est suffisamment grave et probable. Un début de preuve est donc suffisant.

Pour qu'une demande soit fondée, les demandeurs doivent démontrer qu'il existe des indices que les intérêts de la société sont ou risquent d'être sérieusement compromis. Il suffit que certains faits ou circonstances indiquent qu'il existe une chance réelle qu'une enquête plus approfondie mette en lumière de graves irrégularités dans la politique de l'entreprise.

4. La provision obligatoire en cas d'expertise de la société à charge des demandeurs prévue par l'ancien Code des sociétés (ancien article 169, deuxième alinéa du Code des sociétés) a disparu. Dans la mesure où les coûts de l'expertise demandée peuvent être si élevés que non seulement ils découragent mais rendent en fait irréalisable une action minoritaire,

la provision sera à la charge de la société, compte tenu également de l'asymétrie des rapports de force et financiers entre les demandeurs et la société et du fait que le législateur a voulu rendre l'expertise de la société possible pour les actionnaires qui ne possèdent que 1 % des actions.

BV Quanteus Group, Kris, BV Kris, Evelyne, BV E3V & Partners, e.a. t./ NV Nyrstar, in aanwezigheid van Robert, Jan, Miguel, e.a.

[...]

I. Situering van het geschil

1. Partijen

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

Eisers en de vrijwillig tussenkomende partijen zijn 34 aandeelhouders van NYRSTAR. Samen houden zij 11,69 % van de aandelen.

In oktober 2014 verwierf TRAFIGURA BEHEER B.V. (hierna, samen met haar dochtervennootschappen : "TRAFIGURA") via haar dochtervennootschap URION HOLDINGS (MALTA) LTD. op de beurs een belang van 10,19 % in NYRSTAR (stuk F.19 NYRSTAR). TRAFIGURA is een van 's werelds belangrijkste grondstoffen- en metaalhandelaars en tevens een leverancier en klant van NYRSTAR sinds haar oprichting. Sinds eind 2015 houdt zij 24,42 % van de aandelen en is zij daarmee de grootste aandeelhouder van NYRSTAR.

2. Zware financiële moeilijkheden van NYRSTAR

Beide partijen verwijzen naar de zware financiële moeilijkheden waarmee NYRSTAR al geruime tijd kampt. Haar beurskoers is gezakt van ongeveer 15 euro per aandeel in 2015 tot ongeveer 0,1 euro nu.

NYRSTAR ziet de oorsprong van deze problemen in de beslissing eind 2009 van haar toenmalige raad van bestuur om de activiteiten van de vennootschap uit te breiden tot mijnbouw. Dit heeft volgens haar geleid tot zware verliezen die haar balans hebben ontworcht. Vanaf eind 2015 verkocht zij de mijnen die volgens haar ondermaats presteerden.

Daarnaast heeft NYRSTAR op 9 november 2015 een aantal commerciële toevoer- en afnameovereenkomsten gesloten met TRAFIGURA. In februari 2016 was TRAFIGURA bereid in te schrijven op een noodkapitaalverhoging en in mei 2016 verstrekke zij een werkkapitaalfaciliteit, die in november 2016 werd uitgebreid.

Eisers zien daarentegen de oorsprong van de problemen in de beweerde feitelijke controle van TRAFIGURA over NYRSTAR, en de wijze waarop TRAFIGURA en NYRSTAR een herstructureringsplan opstelden en in uitvoering daarvan overeenkomsten sloten. Deze zouden neerkomen op een “ontmanteling” van de groep zonder enige informatie aan de aandeelhouders.

3. De TFFA en het herstructureringsplan

3.1. In het derde kwartaal van 2018 is de financiële situatie van NYRSTAR aanzienlijk verslechterd. Dit was volgens NYRSTAR het resultaat enerzijds van ongunstige marktomstandigheden en anderzijds van de nakende verplichting tot herfinanciering van obligaties voor 350 miljoen euro. Dit leidde tot een opzegging van haar kredieten en de val van haar beurskoers.

Op 20 september 2018 publiceerde NYRSTAR een winstwaarschuwing. 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 vervaldata van haar schulden.

Er volgden daarop analistenrapporten die NYRSTAR zeer negatief beoordeelden, zoals het analistenrapport van ABN AMRO van 12 november 2018 met de boodschap : “*Verlaat het schip*”.

In persberichten van 21 november 2018 en 6 december 2018 bevestigde NYRSTAR dat zij een werkkapitaalfaciliteit had verkregen (‘TFFA’ genoemd) van 650 miljoen US dollar van TRAFIGURA.

3.2. Artikel 524 (oud) Wetboek van Vennootschappen (hierna ‘W.Venn.’) bevat een belangenconflictprocedure die een genoteerde vennootschap moet toepassen wanneer zij handelt met een verbonden vennootschap. Zulke beslissingen of verrichtingen moeten vooraf onderworpen worden aan de beoordeling van een comité van drie onafhankelijke bestuurders, bijgestaan door één of meer onafhankelijke experts.

NYRSTAR betoogt dat zij deze procedure voorzichtigheidshalve toepaste voor een onderzoek van de TFFA, hoewel TRAFIGURA volgens haar geen verbonden vennootschap van NYRSTAR is.

Het verslag werd opgemaakt door drie bestuurders, Martyn, Carole en Anne. Zij werden bijgestaan door GRANT THORNTON (een accountants- en adviesorganisatie) en door WILKIE FARR & GALLAGHER en ARGO LAW, advocatenkantoren. Het verslag van december 2018 kwam tot het besluit dat deze financiering dringend nodig was om een wereldwijd faillissement te vermijden en dat de overeenkomst in het belang van NYRSTAR was (stuk C.3 NYRSTAR).

3.3. In een persbericht van 15 maart 2019 kondigde NYRSTAR aan dat zij, om te proberen haar voortbestaan te verzekeren, discussies aan het voeren was over een herstructurering, wat voor de aandeelhouders een aanzienlijke verwatering zou meebrengen.

Op 4 april 2019 riep de raad van bestuur van NYRSTAR een buitengewone algemene vergadering bijeen, met als agendapunt het wijzigen van de statuten opdat de gewone algemene vergadering gehouden zou worden op de laatste dinsdag van juni (veeleer dan eind april). Dit voorstel werd met 98 % van de stemmen goedgekeurd, zodat de jaarvergadering van 2019 op 25 juni 2019 zou plaatsvinden.

Met een persbericht van 15 april 2019 meldde NYRSTAR de “*Ondertekening van een Lock-up Overeenkomst en Beëindiging van het Nazicht van de Balansstructuur*”.

Op 14 april 2019 had NYRSTAR deze zogenaamde Lock-up Overeenkomst gesloten over haar financiële herstructurering met TRAFIGURA, haar obligatiehouders en banken.

De herstructurering werd toegelicht aan het publiek en hield in dat de activa van NYRSTAR overgedragen zouden worden aan een nieuw opgerichte Engelse vennootschap, NN2. Als gevolg van de herstructurering zou NYRSTAR 2 % houden van NN2. De overige 98 % zou toebehoren aan TRAFIGURA. NYRSTAR kreeg daarnaast een verkoopoptie (“*put option*”) om deze 2 % participatie te verkopen aan TRAFIGURA voor 20 miljoen euro.

NYRSTAR vermeldt dat zij ook voor de herstructurering voorzichtigheidshalve de belangenconflictprocedure toepaste van artikel 524 (oud) W.Venn.

3.4. Op 26 mei 2019 publiceerde NYRSTAR een persbericht over haar enkelvoudige en geconsolideerde

jaarrekeningen voor het boekhoudjaar geëindigd op 31 december 2018.

Over deze jaarrekening leverde de commissaris van NYRSTAR, DELOITTE BEDRIJFSREVISOREN CVBA, op 26 mei 2019 een verslag van niet-bevinding af. (Dit is het verslag dat de commissaris moet opmaken wanneer het bestuursorgaan hem niet tijdig de nodige stukken geeft om zijn controleverslag over de jaarrekening te kunnen opmaken.)

Ook op 26 mei 2019 had NYRSTAR haar aandeelhouders uitgenodigd voor de jaarlijkse algemene vergadering op 25 juni 2019, met als agendapunt onder meer de goedkeuring van de jaarrekening.

3.5. Op 3 juni 2019 stelde de raadsman van Kris en Jean-Marc, NYRSTAR in gebreke om informatie te verschaffen. Hun brief verwees naar het verslag van niet-bevinding van DELOITTE. Zij hadden ernstige vragen 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 volgens hen *de facto* controle over NYRSTAR kreeg, zou NYRSTAR er financieel zwaar op achteruit zijn gegaan ten voordele van TRAFIGURA die er evenveel op vooruit gegaan zou zijn. Om de verhouding tussen de beide ondernemingen en de huidige situatie beter te kunnen inschatten, stelden Kris en Jean-Marc NYRSTAR in gebreke om een aantal documenten publiek te maken.

NYRSTAR antwoordde bij brief van 13 juni 2019 dat zij reeds belangrijke informatie over de herstructurering in detail had gegeven in haar persbericht van 15 april 2019 en in het jaarverslag over het boekjaar eindigend op 31 december 2018. Voorts zou de raad van bestuur meer uitleg verschaffen over de aard en de status van de implementatie van de herstructurering als onderdeel van de presentatie van de jaarrekening en het jaarverslag, en zou de raad van bestuur eveneens antwoorden op eventuele vragen.

3.6. Kris en Jean-Marc namen geen genoegen met dit antwoord en wendden zich op 14 juni 2019 tot de AUTORITEIT VOOR FINANCIËLE DIENSTEN EN MARKTEN (hierna 'FSMA').

Op 19 juni 2019 publiceerde de FSMA een waarschuwing. Zij vroeg de raad van bestuur om de beslissing tot goedkeuring van de jaarrekening met vijf weken uit te stellen, omdat zij meende dat de aandeelhouders over onvoldoende informatie beschikten om de jaarrekening goed te keuren gelet op het verslag van niet-bevinding van de commissaris. Zij vroeg de raad van bestuur ook om tijdens de vergadering volledige

transparantie te verschaffen over de omstandigheden die hadden geleid tot de ondertekening van de Lock-up Overeenkomst en de herkapitalisatievoorwaarden aangekondigd op 15 april 2019.

3.7. Op 19 juni 2019 leverden Carole, Anne en Jane als onafhankelijke bestuurders van de raad van bestuur van NYRSTAR, hun verslag af over de herstructurering (stuk C.3 NYRSTAR, hierna het 'Verslag 524').

NYRSTAR maakte dit verslag dezelfde dag publiek. Zij voert aan dat dit verslag een gedetailleerde beschrijving bevatte 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. Volgens dit verslag waren er geen valabele alternatieven voor NYRSTAR die een betere uitkomst hadden voor alle belanghebbenden, inclusief de aandeelhouders. Deze laatsten zouden in een insolventiescenario immers nul euro ontvangen.

3.8. Van 14 juni tot 31 juli 2019 voltooide NYRSTAR met haar schuldeisers de herstructurering in acht stappen. Sindsdien heeft NYRSTAR nog slechts één actief, zijnde de participatie van 2 % in NN2, en geen activiteiten of personeel meer.

De herstructurering werd 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.

4. Eerdere kortgedingprocedure door Kris en Jean-Marc

4.1. De raadsliden van Kris en Jean-Marc vroegen op 20 juni 2019 in de vroege ochtend (om 00:02 uur) hoe de vennootschap zou reageren op de waarschuwing van de FSMA en stelden NYRSTAR nogmaals in gebreke.

Het antwoord van NYRSTAR gaf hen geen voldoening en zij dienden op vrijdag 21 juni 2019 een eenzijdig verzoekschrift in bij de voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel. Zij vroegen om aan NYRSTAR te bevelen :

- een verslag bij te brengen van de bedrijfsrevisor, waarbij deze in detail beschrijft welke informatie hem ontbreekt om de jaarrekening voor 2018 goed te keuren;
- een aantal documenten mee te delen aan de algemene vergadering van 25 juni 2019; en



- de stemming over de goedkeuring van de jaarrekening van het boekjaar 2018 uit te stellen tot het controleverslag van de bedrijfsrevisor beschikbaar is.

Op zaterdagavond 22 juni 2019 maakte NYRSTAR echter zelf in een persbericht bekend dat de aangekondigde algemene vergadering weliswaar zou plaatshebben, maar dat zij de besluiten over de jaarrekeningen voor het boekjaar 2018 schrapte als agendapunt. Zij zou voor dit punt een nieuwe aandeelhoudersvergadering plannen zodra de commissaris zijn controlewerkzaamheden had voltooid. NYRSTAR deelde dit dezelfde zaterdagavond ook mee aan de raadsman van de twee eisers.

4.2. Op maandag 24 juni 2019 kende de voorzitter van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank te Brussel het eenzijdig verzoek van de twee eisers volledig toe.

Op de algemene vergadering van 25 juni 2019 voerde NYRSTAR die maatregelen volledig uit, door enerzijds alle stemmingen uit te stellen, en anderzijds een aantal documenten ter beschikking te stellen van de aanwezige aandeelhouders. Zij opende ook een elektronische *data room* waarin alle onderliggende documentatie in het kader van de herstructurering beschikbaar werd gemaakt voor de aandeelhouders die daartoe toegang zouden vragen.

4.3. NYRSTAR tekende bij dagvaarding van 12 juli 2019 derdenverzet aan tegen de beschikking van 24 juni 2019.

Na beide partijen gehoord te hebben, deed de voorzitter opnieuw uitspraak op 28 augustus 2019. De voorzitter oordeelde dat slechts één maatregel voldeed aan de vereiste van volstreekte noodzakelijkheid om eenzijdig maatregelen te kunnen vragen, met name die waarbij aan NYRSTAR werd opgedragen om de stemming over de jaarrekening uit te stellen tot wanneer het verslag van de commissaris voorhanden zou zijn.

De andere eenzijdig verkregen maatregelen, met name (i) de verplichting om een verslag bij te brengen van de bedrijfsrevisor over welke informatie ontbreekt en (ii) het meedelen van documenten op de algemene vergadering, voldeden niet aan de vereiste van volstreekte noodzakelijkheid.

5. Algemene vergadering van 5 november 2019

Nadat de commissaris (DELOITTE) zijn verslag met voorbehoud afgeleverd had op 27 september 2019,

riep de raad van bestuur een nieuwe algemene vergadering bijeen op 5 november 2019 om te besluiten over (onder meer) de jaarrekening van het boekjaar 2018 en de kwijting aan de bestuurders. De jaarrekening werd meerderheid tegen minderheid goedgekeurd.

Eisers voeren aan dat deze vergadering op een onaangepaste manier georganiseerd was, omdat daar geen papieren documenten ter beschikking zouden geweest zijn, geen eten of drinken verstrekt werd, en er na 19 uur ook geen tolken meer waren. Daarop hebben eisers de vergadering verlaten "uit protest".

Drie dagen later, op 8 november 2019, dagvaardden 95 minderheidsaandeelhouders NYRSTAR in kort geding, ditmaal voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen. Zij vroegen in die procedure de schorsing van de besluiten van 5 november 2019, de bijeenroeping van een bijkomende algemene vergadering, en de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder over NYRSTAR.

De waarnemend voorzitter van deze rechtbank wees de vordering af bij beschikking van 7 januari 2020.

6. De bijzondere algemene vergadering van 9 december 2019

Op de vergadering van 5 november 2019 was het aanwezigheidsquorum niet bereikt dat nodig was voor een statutenwijziging, en daarom riep NYRSTAR een nieuwe buitengewone algemene vergadering bijeen op 9 december 2019. Deze vergadering moest zich uitspreken over een verslag van de raad van bestuur overeenkomstig de alarmbelprocedure van artikel 633 (oud) W.Venn. (Artikel 633 legt de zogenaamde alarmbelprocedure op : wanneer ten gevolge van geleden verlies het nettoactief van de vennootschap gedaald is tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal, moet de algemene vergadering bijeenkomen binnen een termijn van ten hoogste twee maanden om te beraadslagen en te besluiten over de ontbinding van de vennootschap en eventueel over andere in de agenda aangekondigde maatregelen.)

Op de vergadering van 9 december 2019 was TRAFIGURA niet aanwezig. Er waren slechts 2,83 % van de aandeelhouders aanwezig, en de toenmalige eisers hadden daarmee de meerderheid van de aanwezige stemmen.

De raad van bestuur stelde voor om de activiteiten van NYRSTAR voort te zetten ondanks de aantasting van het eigen vermogen. Een grote meerderheid van de aanwezige en vertegenwoordigde aandeelhouders

keurde dit voorstel af. Onder hen waren eisers vermeld onder nummers 2 en 4. In conclusie leggen de huidige eisers uit dat hun stem enkel bedoeld was als proteststem tegen de herstructurering, om te vermijden dat een eventuele stem voor de voortzetting van de activiteiten zou geïnterpreteerd worden als een (impliciete) goedkeuring van de herstructurering. Zij schrijven in hun conclusie dat zij geenszins wensen dat NYRSTAR zou worden ontbonden alvorens haar vermogen hersteld wordt.

7. Het derde kort geding

7.1. NYRSTAR stelt dat zij na de buitengewone algemene vergadering van 9 december 2019 gevolg moest geven aan de besluitvorming van haar eigen aandeelhouders. Door het afwijzen van de door de raad van bestuur voorgestelde voortzetting van de activiteiten was de weg van de ontbinding immers ingeslagen. Daarom werd een nieuwe buitengewone algemene vergadering over de ontbinding gepland, samen met twee andere aandeelhoudersvergaderingen, op 25 maart 2020.

Omwille van de Covid-19 pandemie werden deze vergaderingen uitgesteld naar 2 juni 2020.

7.2. Op 27 april 2020 brachten de eisers in onderhavig geding een dagvaarding in kort geding uit lastens NYRSTAR, voor (opnieuw) de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen. Zij vorderen hierin als aandeelhouders van NYRSTAR de aanstelling van een college van vennootschapsrechtelijke deskundigen. Met hun vordering willen de minderheidsaandeelhouders bewijzen verzamelen en op basis daarvan, via de minderheidsvordering, een schadevergoeding bekomen voor NYRSTAR. (Zulke vordering kunnen minderheidsaandeelhouders voor rekening van de vennootschap instellen tegen de bestuurders of de leden van de raad van toezicht instellen, artikel 7:157 WVV).

NYRSTAR verzocht en verkreeg op de inleidende zitting vrij lange conclusietermijnen om haar mogelijk te maken inhoudelijk en diepgaand in te gaan op de verwijten geformuleerd in de inleidende dagvaarding - hetgeen impliceerde dat de zaak pas zou kunnen worden gepleit op de zitting van 15 september 2020, dus na de buitengewone algemene vergadering van 2 juni 2020.

7.3. Bij brief van 11 mei 2020 verzochten enkele aandeelhouders aan NYRSTAR om uitstel van de buitengewone algemene vergadering (van 25 maart 2020 uitgesteld naar 2 juni 2020) en van het besluit tot ontbinding, tot een in kracht van gewijsde gegane

beslissing zou voorliggen over de aanstelling van de vennootschapsrechtelijke deskundigen.

Op 18 mei 2020 voegde NYRSTAR de voorgestelde agendapunten toe aan de agenda van de algemene vergaderingen gepland op 2 juni 2020. De algemene vergadering zou digitaal plaatsvinden, conform het KB nr. 4 van 9 april 2020 (houdende diverse bepalingen inzake mede-eigendom en het vennootschaps- en verenigingsrecht in het kader van de strijd tegen de Covid-19 pandemie).

7.4. Op 29 mei 2020 lieten de eisers in dit kort geding een dagvaarding ten gronde met de minderheidsvordering betekenen aan NYRSTAR, haar huidige bestuurders en haar commissaris. De procedure zal ingeleid worden voor de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout, op 18 november 2020. De eisers vorderen daar een vergoeding voor de beweerde schade aan het vermogen van NYRSTAR.

7.5. Ook op 29 mei 2020 verspreidde de FSMA een persbericht dat zij haar onderzoek naar de communicatie van NYRSTAR uitgebreid had met twee bijkomende luiken (stuk II.12 eisers) :

“De communicatieverstreking door Nyrstar NV is al langer een belangrijk aandachtspunt voor de FSMA. Ze trad dan ook al herhaaldelijk op in dit verband. Zo werd de notering van Nyrstar NV in april 2019 bijvoorbeeld geschorst tot de vennootschap de nodige informatie ter beschikking stelde van de markt over de omvang van de herstructurering. De FSMA publiceerde vorig jaar ook een waarschuwing omdat de aandeelhouders over onvoldoende informatie beschikten om de jaarrekeningen goed te keuren.

Op basis van haar vaststellingen in dit dossier, besliste het directiecomité van de FSMA in september 2019 om de auditeur met een administratiefrechtelijk onderzoek te gelasten naar de informatieverstreking door Nyrstar NV. Dit onderzoek spitte zich in eerste instantie toe op de informatieverstreking over de commerciële relatie met Trafigura.

In het belang van een correcte informatie van de markt, deelt de FSMA mee dat dit onderzoek wordt uitgebreid met twee bijkomende luiken. Het gaat om de informatieverstreking over de verwachte winstbijdrage en de totale kostprijs van de Australische smelterij Port Pirie en over de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de vennootschap eind 2018. Deze uitbreiding laat de auditeur van de FSMA toe ook met betrekking tot deze aspecten de nodige onderzoeksdaden te stellen om mogelijke inbreuken op de financiële wetgeving vast te stellen”.

7.6. Op de buitengewone algemene vergadering van 2 juni 2020 was TRAFIGURA wel aanwezig. Het voorstel tot uitstel in afwachting van een uitspraak over de aanstelling van de vennootschapsrechtelijke deskundigen, werd afgekeurd met 76,26 % van de stemmen. De buitengewone algemene vergadering met de ontbinding als voorwerp, bereikte het voorgescreven quorum niet, zodat ze werd verdaagd naar 30 juni 2020.

In de namiddag van 2 juni 2020 publiceerde de FSMA een persbericht over de beslissing tot invereffeningstelling van NYRSTAR (stuk F.85 van NYRSTAR) :

“De FSMA heeft onder meer kennisgenomen van de dagvaarding tot aanstelling van een college van vennootschapsrechtelijke deskundigen ingeleid voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Antwerpen door bepaalde minderheidsaandeelhouders van NYRSTAR NV op grond van artikel 7:160 van het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen.

Opdat de tussen te komen rechterlijke beslissing met betrekking tot de aanstelling van een college van deskundigen een nuttig effect zou kunnen hebben, onder meer voor de uitoefening door de minderheidsaandeelhouders van het vraagrecht voorzien in artikel 7:139 van voormeld Wetboek, en eveneens rekening houdend met het voorbehoud van de commissaris van de vennootschap is de FSMA van mening dat NYRSTAR NV de beslissing tot invereffeningstelling moet uitstellen tot minstens 3 maanden nadat over deze aangelegenheid een definitieve rechterlijke beslissing zal zijn gevallen”.

NYRSTAR zelf nam na het persbericht contact op met de FSMA (stuk H.22 van NYRSTAR), en vatte per e-mail van 6 juni 2020 de “modus operandi” (werkwijze) samen, zoals door NYRSTAR begrepen na het overleg met de FSMA. De FSMA antwoordde bij e-mail van 8 juni 2020 :

“Wij hebben nota [...] genomen van de maatregelen die de vennootschap beoogt om de positie van de FSMA te kunnen eerbiedigen. Wij zouden ook verwachten dat Nyrstar een comfort letter aan Trafigura vraagt over het feit dat zij deze voorstellen al dan niet zullen steunen om zo vlug mogelijk duidelijkheid te bekomen over de intenties van Trafigura”.

In de daaropvolgende briefwisseling tussen de raadslieden van NYRSTAR en van eisers bereikten zij geen overeenstemming, en de comfort letter kwam er niet. NYRSTAR meende dat de beslissing over het uitstel van de stemming over de ontbinding uitsluitend de aandeelhouders toekwam. Op de buitengewone alge-

mene vergadering van 2 juni 2020 had TRAFIGURA echter al tegen het uitstel gestemd.

7.7. Daarop brachten de eisers op 12 juni 2020 een dagvaarding in kort geding uit lastens NYRSTAR, voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen opdat die een verbod zou opleggen aan NYRSTAR om de buitengewone algemene vergadering van 30 juni 2020 met als agendapunt de ontbinding van NYRSTAR te laten plaatsvinden.

De beschikking van 26 juni 2020 legde aan NYRSTAR het verbod op om deze buitengewone algemene vergadering met als agendapunt de ontbinding van NYRSTAR te laten plaatsvinden, evenals elke andere gewone, bijzondere of buitengewone algemene vergadering met hetzelfde agendapunt, tot drie maanden nadat er een in kracht van gewijsde gegane beslissing over de aanstelling van een college van deskundigen zal zijn geweest.

II. Procedureverloop

[...]

III. De vorderingen

1. Eisers vragen in hun conclusie van 18 augustus 2020 om een college van drie deskundigen aan te stellen, in hoofddorde met een zeer gedetailleerde en omvangrijke opdracht die acht bladzijden beslaat. Zij schrijven dat de verschillende deelaspecten en specifieke onderzoeksmaatregelen in essentie te herleiden zijn tot de volgende vier onderzoeksvragen :

- Te onderzoeken en te adviseren of de transacties tussen de NYRSTAR-groep en TRAFIGURA-groep op en na 9 november 2015 gesloten zijn conform het “*at arm’s length*” en “*on normal commercial terms*” principe en te begroten welke rechtstreekse en onrechtstreekse schade NYRSTAR heeft geleden door schendingen van dit principe;
- Te onderzoeken en te adviseren of NYRSTAR vijf mijnen verkocht aan een prijs die onder de nettowaarde lag op de respectieve data van verkoop, en te begroten welke rechtstreekse en onrechtstreekse schade NYRSTAR daardoor heeft geleden. Daarnaast ook te onderzoeken en te adviseren of de voorwaarden voor NYRSTARs overdracht van al haar rechten uit een zinkafnameovereenkomst met TALVIVAARA MINING COMPANY-groep marktconform waren en te begroten welke rechtstreekse en onrechtstreekse schade NYRSTAR heeft geleden door deze overdracht;

- Te onderzoeken welke de oorzaken waren van de zgn. liquiditeitscrisis, of het wel noodzakelijk was om in het kader daarvan bepaalde overeenkomsten te sluiten (zoals de TFFA en de Lock-up Overeenkomst), te adviseren of de voorwaarden daarvan marktconform waren en de schade te begroten die NYRSTAR heeft geleden door het aangaan ervan.
- Te onderzoeken hoe de raad van bestuur van NYRSTAR de boekhoud- en waarderingsregels heeft toegepast in het kader van de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekeningen van 2016 tot en met 2019 en met name of deze in overeenstemming waren met de wettelijke bepalingen en “best practices” (goede marktpraktijken) ter zake.

Indien zou worden geoordeeld dat de in hoofddorde gevraagde onderzoeksopdracht te ruim is, vragen eisers om het college van deskundigen te gelasten met de beperkter omschreven (samengevatte) onderzoeksopdracht, namelijk de hiervoor vermelde vier onderzoeksvragen.

Eisers vragen om in elk geval het college van deskundigen te gelasten om ook alle andere onregelmatigheden of aanwijzingen van onregelmatigheden die het tijdens zijn onderzoek ontdekt, en die niet vervat zitten onder de onderzoeksopdracht, neer te schrijven in het verslag, en om de klokkenluider, Gilbert, te interviewen;

Zij vragen ten slotte om NYRSTAR te veroordelen tot de provisionering van de kosten en erelonen van het college van deskundigen met inbegrip van de kosten en erelonen van de technische experts die het college van deskundigen zou aanstellen.

2. De vordering van NYRSTAR luidt als volgt in haar conclusie van 8 september 2020 :

- de gedinginleidende dagvaarding nietig te verklaren wegens schending van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;
- in hoofddorde : de vorderingen van eisers af te wijzen als onontvankelijk;
- in ondergeschikte orde : de vorderingen van eisers minstens af te wijzen als ongegrond;
- in uiterst ondergeschikte orde, indien de rechtbank alsnog een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek zou bevelen : eisers te veroordelen tot provisionering van de kosten verbonden aan het door hen gevorderde deskundigenonderzoek;
- in ieder geval : eisers te veroordelen tot de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.440 euro.

IV. Beoordeling

1. Gevraagde nietigverklaring van de dagvaarding

1.1. Standpunten van de partijen

1.1.1. NYRSTAR voert aan dat de dagvaarding veel Engelse termen bevat, in het bijzonder twintig keer de principes “*at arm’s length*”/ “*at arms’ length*” en “*on normal commercial terms*”. Deze principes zouden ook inhoudelijk een wezenlijk onderdeel zijn van het betoog van eisers omdat zij hun vorderingen op de vermeende schendingen ervan baseren, en omdat deze principes als maatstaf dienen voor de aan te stellen deskundigen.

Krachtens de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken (hierna de “Taalwet Gerechtszaken”), zoals die ook in de rechtspraak wordt toegepast, moeten procesakten die dergelijke Engelse termen hanteren nietig worden verklaard.

Omdat artikel 2 van de Taalwet Gerechtszaken als fundamentele regel van gerechtelijke organisatie van openbare orde is, moet belangenschade niet worden aangetoond opdat de akte nietig zou worden verklaard. Het Grondwettelijk Hof heeft het absolute karakter van de nietigheid bevestigd in haar arrest van 19 september 2019. Het is daarom volgens NYRSTAR niet relevant of zij en haar bestuurders de anderstalige termen in de dagvaarding al dan niet begrijpen.

1.1.2. De eisers menen dat het verweer inzake de Taalwet Gerechtszaken dilatoir is. Zij wijzen erop dat het voornamelijk gaat over de Engelstalige benamingen van de overeenkomsten waarbij NYRSTAR partij is (zoals “*Relationship Agreement*, *TFFA*, en *Lock-Up Agreement*”), en Engelstalige citaten daaruit (“*at arm’s length*” en “*on normal commercial terms*”). Eisers hebben deze termen steeds tussen aanhalingstekens en/of cursief weergegeven in de dagvaarding.

Voorts argumenteren de eisers dat geen van de bestuurders van NYRSTAR het Nederlands machtig is, dat alle communicatie, ook de mondelinge antwoorden op vragen in de algemene vergaderingen, in het Engels verloopt, dat overigens ook de voertaal is in de sector van de grondstoffenhandel, en in de belangrijkste documenten en overeenkomsten tussen de NYRSTAR-groep en de TRAFIGURA-groep.

Daarnaast roepen zij in dat de rechtspraak, onder meer van het Hof van Cassatie, zeer terughoudend omspringt met de nietigheid.

1.2. Toepasselijke regels

Krachtens artikel 2 van de Taalwet Gerechtszaken moet de gehele rechtspleging voor deze rechtbank in het Nederlands worden gevoerd. Deze regel is voorgeschreven op straffe van absolute nietigheid.

Alle vermeldingen die vereist zijn voor de processuele regelmatigheid van de akte moeten in de taal van de rechtspleging zijn opgesteld.

Voor de regelmatigheid van een dagvaarding moet deze krachtens artikel 702 Gerechtelijk Wetboek, naast een aantal vermeldingen over eiser en gedaagde en over de procedure, het voorwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering bevatten.

Om een dagvaarding nietig te verklaren omdat er een vreemd woord in staat moeten de volgende voorwaarden vervuld zijn :

- Het moet gaan om een anderstalig woord;
- Van het anderstalig woord moet een zinvolle vertaling mogelijk zijn;
- Het anderstalig woord moet een wezenlijk onderdeel van de dagvaarding uitmaken; een anderstalige passus die louter verduidelijkend of illustratief is, vormt geen wezenlijk onderdeel van de argumentatie en schendt de Taalwet Gerechtszaken niet.

Het is dus niet strijdig met de Taalwet Gerechtszaken om anderstalige termen te gebruiken die onder tusschen in de Nederlandse taal ingeburgerd zijn in het gewoon spraakgebruik en dat van het bedrijfsleven. Het leidt evenmin tot nietigheid om termen te gebruiken die van geen belang zijn of die overbodige vermeldingen zijn.

1.3. Beoordeling

1.3.1. De eisers gebruiken doorheen hun dagvaarding herhaald en steeds samen de woorden “*at arm’s length*”/ “*at arms’ length*” (op armlengte) en “*on normal commercial terms*” (onder normale handelsvoorwaarden). NYRSTAR meent dat deze woorden een wezenlijk deel uitmaken van de middelen die eisers aandragen voor hun vordering.

De term “*at arm’s length*” is van oorsprong weliswaar anderstalig, maar is als uitdrukking nu ingeburgerd in het gewoon Nederlandse taalgebruik en dat van het bedrijfsleven. Aldus verwijst bijvoorbeeld de *Dienst Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken* (een autonome dienst van de Federale Overheidsdienst Financiën, ook gekend als de *Rulingcommissie*), al

jarenlang in haar Nederlandstalige beslissingen naar het ‘arm’s length principe’.

Wanneer de Belgische overheid al jaren en regelmatig de term gebruikt in haar beslissingen en haar communicatie met haar burgers, kan men niet meer beweren dat de term niet ingeburgerd is. Met andere woorden, deze term is geen anderstalig woord meer, zoals bijvoorbeeld ‘business’ dat ook niet is.

Wat de term precies inhoudt en wat de rechtsgevolgen ervan zijn, zal precies het voorwerp zijn van het debat ten gronde. Dat eisers in de dagvaarding niet een letterlijke vertaling van de (ingeburgerde) term opnamen (bijvoorbeeld “op armlengte”), verandert daaraan niets.

1.3.2. De uitdrukking “*on normal commercial terms*” is geen in het Nederlands ingeburgerde term. In zoverre deze term een wezenlijk deel zou uitmaken van de middelen van eisers, geldt wat volgt.

Alle vermeldingen die nodig zijn voor de processuele geldigheid van de dagvaarding moeten in de taal van de rechtspleging gesteld zijn. Een woordelijke aanhaling in een andere taal doet daaraan geen afbreuk voor zover de zakelijke inhoud ervan in de dagvaarding wordt weergegeven.

De zakelijke inhoud van de term “*on normal commercial terms*” is weergegeven in de term “*at arm’s length*”, waarvan het een andere uitdrukking is. “*On normal commercial terms*” kreeg aldus een weergave van de zakelijke inhoud ervan met een andere term, die wél ingeburgerd is.

1.3.3. De eisers gebruiken daarnaast ook nog een aantal Engelstalige namen van contracten, een titel (“Chief Investment Officer”) en economische termen (“*benchmark*”, “*capex multiples*”, en soorten “*cash flow*”).

Deze overige termen vormen geen wezenlijk onderdeel van de argumentatie van de dagvaarding, en brengen dus op die grond niet de nietigheid ervan teweeg. Anders uitgedrukt : ook wanneer men deze termen zou schrappen, wordt de argumentatie van de eisers nog volledig weergegeven.

Ten overvloede geldt wat volgt.

Het kan gebeuren dat in een proceshandeling verwezen moet worden naar een instelling, een begrip of naam in de taal van het land waarvan het vandaan komt. Het vertalen van die naam is vaak niet mogelijk of zinvol. Het moet dus mogelijk zijn om zulke instelling of zulk stuk aan te duiden in die vreemde taal.

Hier hebben de eisers enkele contracten vermeld, met de naam die de partijen, waaronder NYRSTAR, nu eenmaal gegeven hebben aan hun overeenkomsten. De titel die de gedaagde en haar wederpartijen aan hun overeenkomsten gegeven hebben, heeft ook geen pertinentie voor de vordering van eisers. De weergave van die titels brengt dan ook niet de nietigheid mee van de dagvaarding.

Voorts hebben eisers in de dagvaarding wel de inhoud van de overeenkomsten weergegeven, zij het zeer kort. Aldus bijvoorbeeld voor de twee meest aangehaalde contracten (de vermelde nummers verwijzen naar de randnummers in de dagvaarding, de voorzitter benadrukt) :

2. *“een zgn. Lock-Up Agreement (...) waar **de voorwaarden van de herstructurering** werden bepaald, de Nystar groep overgedragen aan NN2 Ltd (...)”*

7. *“bepaalde **essentiële afspraken vast te leggen, om misbruik van de feitelijke controle over Nyrstar nu te vermijden**. Deze afspraken werden vastgelegd in de zgn. Relationship Agreement (...)”*

De benaming die NYRSTAR en haar medecontractanten aan de overeenkomst gegeven hebben is overigens geen wezenlijk onderdeel van de argumentatie van eisers. De inhoud van de overeenkomsten kan dat wel zijn, maar die zal deel uitmaken van het debat ten gronde.

De termen zoals “benchmark” en “cash flow” zijn eveneens ingeburgerd in het Nederlands. De term ‘benchmark’ is zelfs opgenomen in de Woordenlijst Nederlandse Taal, ook gekend als het Groene Boekje, en wordt overigens ook gebruikt door de Rulingcommissie.

De schaarse overige anderstalige vermeldingen zijn van geen wezenlijk belang, en hebben geen pertinentie voor de omschrijving van de vordering van eisers in de dagvaarding.

Om al deze redenen schendt de dagvaarding niet de eentaligheid van de rechtspleging. De dagvaarding is geldig.

2. De vereiste spoed

2.1. De wettekst ten grondslag aan de vordering van eisers

De grondslag van de vordering van de eisers is artikel 7:160, eerste lid Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (hierna ‘WVV’). Dit artikel bepaalt :

“Op verzoek van één of meer aandeelhouders die ten minste 1% hebben van het getal stemmen, of die effecten bezitten die een gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigen ter waarde van ten minste 1.250.000 euro, kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, in kort geding één of meer deskundigen aanstellen om de boeken en de rekeningen van de vennootschap na te zien en ook de verrichtingen die haar organen hebben gedaan, indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen”.

De partijen debatteren over de vraag of op grond van deze wettekst de eisers moeten aantonen dat hun vordering spoedeisend is, en zo ja, of er daadwerkelijk zulke spoedeisendheid is.

2.2. De standpunten van de partijen

2.2.1. NYRSTAR verwijst ernaar dat de wetgever bepaald heeft dat de vordering tot aanstelling van een vennootschapsrechtelijke deskundige ingesteld wordt in kort geding. Zij leidt daaruit af dat, net zoals voor elk kort geding, de eisers moeten aantonen dat hun vordering hoogdringend is. De nieuwe bepaling 7:160, eerste lid WVV heeft immers niet de algemene bepaling buiten werking gesteld van artikel 584, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek dat urgentie een essentiële ontvankelijkheidsvoorwaarde is in kort geding. NYRSTAR houdt daarom voor dat elke vordering in kort geding spoedeisend moet zijn, ook wanneer die een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek tot voorwerp heeft.

Het volstaat voor NYRSTAR ook niet dat de grondvoorwaarde van artikel 7:160 WVV vervuld zou zijn (namelijk dat het vennootschapsbelang in gevaar zou komen) opdat automatisch voldaan is aan de urgentievoorwaarde van artikel 584, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek.

NYRSTAR meent dat vordering van eisers in ieder geval niet spoedeisend is. De eisers zouden immers zeer lang gewacht hebben om deze procedure in te stellen, hoewel zij al sinds juni 2019 hun klachten geldend maken in de pers, op algemene vergaderingen en in eerdere kortgedingprocedures.

Eisers’ vordering wordt volgens NYRSTAR ook niet plots dringend door het uitstel van de besluitvorming over de ontbinding. Door de continuïteit af te wijzen op de algemene vergadering van 9 december 2019 zouden eisers zélf de vennootschap gedwongen hebben om de ontbinding ter stemming voor te leggen, en dus zélf de urgentie veroorzaakt hebben. Eisers

zouden geen objectieve verantwoording geven waarom een spoedige rechterlijke beslissing noodzakelijk is. Zij kunnen dezelfde maatregel vragen ten gronde bij toepassing van artikel 19 Gerechtelijk Wetboek. Ten slotte bewijzen de eisers niet hun beweringen dat er een concreet gevaar zou zijn dat bewijs zou verdwijnen of dat sleutelpersonen onbereikbaar zouden zijn.

2.2.2. De eisers argumenteren in hoofde dat spoedeisendheid geen voorwaarde is voor de aanstelling van een vennootschapsrechtelijke deskundige. Bij de invoering van het nieuw artikel 7:160 WVV zou de wetgever bedoeld hebben om de procedure sneller te laten verlopen, aangezien een vordering in kort geding beter aansluit bij de aard en de doelstelling van het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek en de behoeften van het bedrijfsleven. Daarmee zou de wetgever aangegeven hebben dat in wezen elke vordering tot aanstelling van een deskundige hoogdringend is.

Artikel 584, derde lid Gerechtelijk Wetboek vereist spoedeisendheid opdat de voorzitter zetelend in kort geding bevoegd zou zijn. Die bevoegdheid volgt nu uit de tekst van artikel 7:160 WVV, zodat geen verdere urgentie aangetoond zou moeten worden. Zodra de grondvoorwaarde van artikel 7:160 WVV vervuld is (namelijk dat het vennootschapsbelang in gevaar komt) is de vordering daardoor volgens de eisers noodzakelijk spoedeisend.

De eisers menen overigens dat een beslissing in deze zaak in elk geval dringend is. De FSMA en een eerdere uitspraak in kort geding hebben immers bepaald dat het cruciaal is dat een beslissing over de aanstelling van het college van deskundigen tussenkomen alvorens de beslissing over de ontbinding van NYRSTAR aan haar aandeelhouders wordt voorgelegd. Eisers zouden ook een voldoende schijn van recht en een belangrijk nadeel aantonen. Een uitspraak ten gronde over de aanstelling van deskundigen zou op zich kunnen laten wachten tot 2023. Inmiddels bestaat het gevaar dat bewijs verdwijnen en dat sleutelpersonen niet meer bereikbaar zijn.

Ten slotte betogen de eisers dat zij diligent gehandeld hebben. Zij beschikten slechts over beperkte mogelijkheden om informatie te bekomen, en NYRSTAR heeft geen of onvoldoende antwoorden gegeven op hun vragen. Na de algemene vergadering van 9 december 2019 hebben zij zelf experts gevraagd om de zaak te onderzoeken, wat veel tijd en geld vroeg. Het getuigt volgens hen van zorgvuldigheid dat zij zelf eerst hun onderzoek gedaan hebben om aanwijzingen te verzamelen.

2.3. Beoordeling

Onder artikel 168 (oud) W.Venn. was de ondernemingsrechtbank bevoegd voor de aanstelling van een vennootschapsrechtelijk deskundige. Het nieuwe artikel 7:160 WVV bepaalt dat het gaat om een vordering in kort geding.

De parlementaire voorbereiding vermeldt daarover het volgende (MvT Wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen en houdende diverse bepalingen, Parl. St., Kamer 2018-2019, 54/3119/01, 250-251) :

“Voorts wordt de vordering mogelijk voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank, zetelend in kort geding. Algemeen werd aangenomen dat de procedure voor de gewone rechtbank, die in de artikelen 168 en 169 W.Venn. werd voorgeschreven, niet meer aan de hedendaagse behoeften van het bedrijfsleven beantwoordt en overigens is achterhaald door de evolutie van de rechtspraak van de voorzitters in kort geding”.

De partijen weiden in hun conclusie lang uit over de bedoeling van de wetgever bij de invoering van artikel 7:160 WVV en over de meningen van de auteurs die zich hierover gebogen hebben.

Over één aspect zijn de auteurs het eens, namelijk dat de wetgever de procedure niet heeft willen bemoeilijken, maar wel faciliteren en aanpassen aan de noden van het bedrijfsleven.

De toegang tot de kortgedingrechter bestond uiteraard ook vroeger al voor eisers die kunnen aantonen dat er een vrees bestaat voor redelijk ernstige schade of een ernstig ongemak en dat een normale procedure voor de rechter ten gronde daaraan niet kan verhelpen. Dit gold ook voor de minderheidsvordering tot aanstelling van een deskundige.

De wetgever heeft nu in de wet opgenomen dat de kortgedingrechter bevoegd is voor de aanstelling van een vennootschapsrechtelijk deskundige. Een eiser moet voor de aanstelling van zulke deskundige aantonen *“dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen”*. Deze vereiste komt zeer dicht bij de drempel die geldt voor elke vordering in kort geding.

Het zou tamelijk zinloos zijn voor de wetgever om nog een andere of hogere drempel in te bouwen (namelijk het afzonderlijk moeten aantonen van spoedeisendheid) wanneer de bedoeling net was om de procedure toegankelijker te maken.

Dit geldt des te meer omdat een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek vaak niet bevolen wordt om een *toekomstig* ernstig gevaar af te wenden, maar als onderzoeksmaatregel voor beweerde *historische* onrechtmatigheden. De wetgever wilde dit soort onderzoek niettemin faciliteren.

Om deze reden is het voor de ontvankelijkheid van de vordering van eisers niet vereist dat zij afzonderlijk aantonen dat hun vordering spoedeisend is.

Zij moeten uiteraard wel aanwijzingen bijbrengen dat de belangen van de vennootschap ernstig in gevaar kunnen komen. Of dat het geval is, wordt bij de beoordeling afzonderlijk onderzocht.

3. Het belang van de eiser

[...]

4. De middelen van NYRSTAR over het subsidiariteitsbeginsel, de proportionaliteit en de afwezigheid van dreigend nadeel

4.1. Standpunten van de partijen

4.1.1. NYRSTAR roept in dat een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek bewijsnood vraagt : alleen als aannemelijk gemaakt wordt dat het volstrekt onmogelijk is om bepaalde bewijzen te vergaren zou de rechter een dergelijke maatregel kunnen bevelen. Zij meent dat zij al een enorme hoeveelheid stukken beschikbaar heeft gesteld die de beweringen van de eisers zouden ontkrachten. Daarnaast heeft zij zich in het verleden al laten doorlichten, onder andere door DELOITTE, de commissaris van NYRSTAR voor de audit van de jaarrekening voor 2018, en door verschillende financiële adviseurs en advocatenkantoren in het kader van de kapitaalverhogingen en obligatie-uitgiften in 2016 en 2017. In het kader van deze procedure heeft zij opnieuw experts aangesteld, namelijk STONEHOUSE CONSULTING, FTI CONSULTING en BAKER TILLY BELGIUM BEDRIJFSREVISOREN. Zij voegde hun verslagen bij haar laatste conclusie. Volgens haar zijn ook minder verregaande bewijsmaatregelen beschikbaar voor de eisers.

NYRSTAR voert daarnaast aan dat het gevorderde onderzoek elke proportionaliteit mist. De opdracht met talrijke deelopdrachten telt acht pagina's, en zou in werkelijkheid ertoe strekken het hele beleid van NYRSTAR sinds 2015 te herbekijken, in een poging van de eisers om alsnog onregelmatigheden te ontdekken. Dit zou enorme kosten veroorzaken en een

overlapping zijn met wat andere experts en de commissaris al sinds 2015 hebben onderzocht. Het is volgens haar niet de roeping van vennootschapsrechtelijke deskundigen om een dergelijke allesomvattende historische audit uit te voeren ten dienste van minderheidsaandeelhouders op zoek naar een argument.

NYRSTAR meent dat het deskundigenonderzoek een middel is om nakende malversaties op te sporen en af te wenden. De beweringen van de eisers hebben echter louter betrekking op het verleden, en het nadeel waarop zij zich beroepen is dus voldongen. Overigens stelden de eisers in de procedure ten gronde al een aansprakelijkheidsvordering in, zodat enig stilzitten van de bestuurders evenmin enige schade kan berokkenen. Voor mogelijke vorderingen tegen managers of derden zoals TRAFIGURA is uitsluitend de raad van bestuur bevoegd, en die is vrij om daarover te oordelen, zolang hij daarmee niet kennelijk buiten de marge treedt waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen.

4.1.2. De eisers antwoorden dat NYRSTAR niet kan verklaren dat de commissaris en de FSMA ook de mening zijn toegedaan dat zij onvoldoende informatie gegeven heeft. De eisers zouden geen alternatief hebben dan een deskundigenonderzoek te vorderen, te meer daar de verklaringen van de raad van bestuur in het kader van de uitoefening van het vraagrecht niet gestaafd zijn door stukken en dus niet gecontroleerd kunnen worden. Voorts zouden de bestuurders een belangenconflict hebben en er niet voor terugdeinzen om de zaken verkeerd voor te stellen.

Dat eisers' aantijgingen geen loutere sfeerschepperij zijn, blijkt volgens hen uit het feit dat de commissarisverklaringen, de FSMA en hun eigen experts deze aantijgingen ondersteunen. Zij menen dat hun vaststellingen en vermoedens ernstig en geloofwaardig zijn.

De aanstelling van een college van deskundigen zou hier geen ingrijpende inmenging zijn in de werkzaamheden van NYRSTAR omdat die zelf bevestigt dat haar activiteiten, sinds de overdracht van de NYRSTAR-groep aan TRAFIGURA, beperkt zijn tot het beheer van de 2 % participatie in NN2 Ltd. De schade geleden door NYRSTAR is volgens hen dermate groot dat dit de kosten van een onafhankelijk onderzoek verantwoordt.

De wetgever maakte de vordering tot aanstelling van een vennootschapsrechtelijke deskundige ook

mogelijk voor feiten waarvan het nadeel reeds voltrokken is, maar waarvoor een herstel (in natura of met schadevergoeding) nog mogelijk is. De wetgever zag immers het deskundigenonderzoek als voorbereiding van een minderheidsvordering. Onder het criterium dat de belangen van de vennootschap “*op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen*” is ook de situatie begrepen waarbij de raad van bestuur en/of de meerderheidsaandeelhouder weigeren om een aansprakelijkheidsvordering te stellen namens de vennootschap lastens personen die haar schade hebben veroorzaakt. De raad van bestuur van NYRSTAR en haar meerderheidsaandeelhouder hebben geen enkele intentie om een vergoeding na te streven voor de door de vennootschap geleden schade.

4.2. Beoordeling

4.2.1. Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken is erop gericht om het voor een minderheidsaandeelhouder die niet actief betrokken is bij het beleid van de vennootschap, mogelijk te maken bewijsmateriaal te verzamelen om met kennis van zaken een procedure te kunnen instellen om een aantasting van het vennootschapsbelang te remediëren, hetzij om deze nog te laten herstellen, hetzij om de schade die daaruit voortvloeit aan de vennootschap te laten vergoeden.

Aldus kan de aandeelhouder een onderzoeksmaatregel vorderen in een betwisting die juridisch enkel geldt tussen de vennootschap zelf en haar bestuurders.

Daartoe moet de minderheidsaandeelhouder “aanwijzingen” van gevaar voor de belangen van de vennootschap bijbrengen. Dit houdt in dat hij niet een volledig bewijs van de feiten moet kunnen geven, maar dat volstaat dat hij aantoont dat de (dreigende) schending ervan voldoende ernstig en waarschijnlijk is. Een begin van bewijs is aldus voldoende.

4.2.2. Het gemeenrechtelijk deskundigenonderzoek van artikel 962 Gerechtelijk Wetboek beoogt feitelijke vaststellingen of technisch advies. Daarbij kan de rechter geen rechtsvragen stellen of niet vragen om feiten juridisch te kwalificeren.

Het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek is echter breder, omdat de rechter ook kan vragen om “verrichtingen van de organen” van de vennootschap na te gaan. Het onderzoek vervangt aldus in zekere zin het onderzoek dat de algemene vergadering zou laten doorvoeren wanneer zij een aansprakelijkheidsvordering tegen haar bestuurder over-

weegt. De deskundige kan aldus verslag uitbrengen over het beleid en bestuursfouten.

Uiteraard blijft de aanstelling van een deskundige een onderzoeksmaatregel die alle mogelijke vorderingen en verweerkansen ten gronde openlaat.

4.2.3. Of het gevraagde onderzoek proportioneel is, maakt deel uit van de beoordeling hierna. Indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap in gevaar komen, dan is het loutere feit dat een onderzoek veel moeite zal kosten geen reden om er geen te voeren.

4.2.4. NYRSTAR heeft inderdaad veel informatie ter beschikking gesteld, maar voor de talrijke persberichten en verslagen die zij in deze procedure bijbrengt, geldt dat zij daarbij de pen houdt, dan wel de auteur betaalt. Bovendien voegt zij niet alle onderzoeken bij, en evenmin de documenten die aan de grondslag liggen van de verslagen die zij heeft laten opstellen.

De eisers hebben hun vraagrecht al zeer uitvoerig uitgeoefend. Zij hebben geen andere mogelijkheid om onafhankelijke informatie te krijgen over de verrichtingen die zij aanklagen dan door een onafhankelijke deskundige. Voor zover dus een vordering tot aanstelling van een vennootschapsrechtelijk deskundige subsidiair zou moeten zijn, voldoet de vordering daaraan in dit geschil.

4.2.5. Ten slotte is het deskundigenonderzoek niet uitsluitend bedoeld om nakende malversaties af te wenden, maar ook om historische feiten na te gaan.

De herstructurering die de eisers aanklagen is inmiddels al helemaal uitgevoerd, en volgens de eisers met een ongeziene snelheid. Het kan niet de bedoeling zijn dat een verrichting van het bestuur waarmee een minderheidsaandeelhouder geconfronteerd wordt, uitgesloten wordt van elk onderzoek, louter omdat zij al uitgevoerd is. Daaraan doet het feit dat de vennootschap de aandeelhouders geïnformeerd zou hebben geen afbreuk. De dreigende aantasting van de belangen is dat de (door de meerderheid gesteunde) organen daarop niet aangesproken kunnen worden.

Indien de eisers een gevaar aannemelijk kunnen maken voor de belangen van de vennootschap, wat onmiddellijk hierna onderzocht wordt, kunnen zij dus in dit geval de aanstelling van een vennootschapsrechtelijk deskundige vorderen.

5. Het gevaar voor de belangen van de vennootschap - De grondigheid van de vordering tot aanstelling van deskundigen

5.1. Standpunten van de partijen

5.1.1. De eisers roepen in dat er meer dan voldoende ernstige en overeenstemmende aanwijzingen zijn dat het vennootschapsbelang van NYRSTAR geschaad werd en nog steeds geschaad wordt doordat de huidige raad van bestuur geen herstel van de geleden schade nastreeft. Daartoe halen zij samengevat de volgende argumenten aan.

- Er zouden onrechtmatig liquide middelen aan NYRSTAR onttrokken zijn door en naar TRAFIGURA, via de verschillende commerciële transacties tussen beiden die niet op normale commerciële voorwaarden waren [gevoerd]. Er werden volgens eisers immers aan TRAFIGURA zeer hoge kortingen op de verwerkingslonen van zinkconcentraat toegestaan, veel hoger dan aan haar andere leveranciers. Daartoe brengen de eisers verslagen bij van GLOBAL RESOURCE ASSOCIATES INC (GRA), Damian, Bart en MAZARS BEDRIJFSREVISOREN. Zij verwijzen voorts naar de voorbehouden van de eigen commissaris van NYRSTAR, en de onthullingen van de klokkenluider.
- NYRSTAR zou een aantal mijnen ver onder hun waarde verkocht hebben. Voorts zou NYRSTAR verarmd zijn door de overdracht van haar contractuele rechten betreffende de TALVIVAARA mijn aan TERRAFAME, die deze nadien overdroeg aan TRAFIGURA.
- De beweerde liquiditeitscrisis van NYRSTAR in het vierde kwartaal 2018 is veroorzaakt door TRAFIGURA en de raad van bestuur van NYRSTAR zelf en kon alleszins het hoofd geboden worden indien NYRSTAR de haar beschikbare kredietfaciliteiten had aangesproken.
- Er zou geen noodzaak geweest zijn voor de overdracht van de gehele NYRSTAR-groep aan TRAFIGURA in juli 2019 en de voorwaarden van die overdracht zouden bovendien niet marktconform geweest zijn.

NYRSTAR beweert maar bewijst volgens de eisers niet dat de uiteindelijke overdracht van de gehele NYRSTAR-groep aan TRAFIGURA het gevolg zou zijn van fouten en feiten begaan in een periode vóór de intrede van TRAFIGURA, en daarnaast een aaneenschakeling van pech is. De verslagen die NYRSTAR bijbrengt zijn opgesteld specifiek met het oog op deze procedure en zijn gestoeld op interne

informatie van NYRSTAR die niet wordt voorgelegd en die dus niet gecontroleerd kon worden, evenals op verklaringen van haar eigen raad van bestuur. Voor het overige brengt NYRSTAR enkel haar eigen persberichten bij.

Eisers verwijzen onder andere naar de volgende aanwijzingen dat het verweer van NYRSTAR niet zou stroken met de werkelijkheid :

- NYRSTAR heeft tussen 2015 en eind 2018 een daling in beurswaarde/marktwaarde gekend van één miljard euro.
- De commissaris van NYRSTAR heeft vanaf boekjaar 2018 geen goedkeurende verklaring meer gegeven bij de jaarrekeningen en heeft bovendien voorbehouden geformuleerd over de commerciële transacties tussen NYRSTAR en TRAFIGURA, en over de essentiële en constitutieve handelingen en gebeurtenissen die hebben geleid tot de ont-eigening van NYRSTAR en de aandeelhouders door de overdracht van de NYRSTAR-groep aan TRAFIGURA.
- De FSMA heeft twee uitzonderlijke beslissingen gepubliceerd over NYRSTAR, in juni 2019 over het feit dat NYRSTAR haar aandeelhouders onvoldoende had geïnformeerd en in juni 2020 met een opdracht om een algemene vergadering over de ontbinding van de vennootschap uit te stellen in afwachting van een beslissing in deze procedure.
- Het voormalig hoofd van de interne auditdienst van de NYRSTAR-groep, Gilbert, heeft malversaties tussen NYRSTAR en TRAFIGURA bekendgemaakt en twee klachten ingediend bij de FSMA. De FSMA kende hem het beschermd statuut van klokkenluider toe. De FSMA heeft daarop in oktober 2019 een onderzoek geopend naar NYRSTAR en dit in mei 2020 uitgebreid naar o.m. de informatieverstrekking over de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van NYRSTAR eind 2018. Het directiecomité van de FSMA heeft tevens in oktober 2019 beslist om haar auditeur te vatten met de vraag te onderzoeken of NYRSTAR aan haar informatieverplichtingen is tegemoetgekomen.

De aanwijzingen van de eisers zijn gebaseerd op de publiek beschikbare informatie. NYRSTAR beweert weliswaar over adviezen te beschikken die haar zouden steunen, en naar de overeenkomsten waarbij zij partij was, maar zij brengt deze niet bij. Wat zij bijbrengt zijn uitsluitend rapporten van kantoren die zij zelf betaald heeft. Zij zou de feiten fout voorstellen en haar aandeelhouders misleiden.

5.1.2. NYRSTAR meent vooreerst dat de verslagen die de eisers bijbrengen om hun beweringen te schragen, eenzijdig en ongeloofwaardig zijn. Het verslag van GLOBAL RESOURCE ASSOCIATES zou uitgaan van een volstrekt onbekend bedrijf, en niet wetenschappelijk gefundeerd zijn. Het MAZAR verslag zou niet geloofwaardig zijn, tal van onwaarheden bevatten, vooringenomen zijn en uitspraken doen die de bevoegdheid van een bedrijfsrevisor ver overschrijden. Het CONNELLY verslag zou enkel steunen op anekdotisch bewijs en de auteur zou geen relevante ervaring hebben. Het VAN CAYSEELE verslag leest volgens NYRSTAR *“als een oppervlakkige inleiding tot de rechts-economie en algemene onderhandelingsstechniek”*.

De eisers dragen volgens NYRSTAR ook geen precieze, duidelijke en gedetailleerde aanwijzingen van frauduleuze handelingen aan. Zij zouden hun aantijgingen baseren op manifest ongeloofwaardige, eenzijdige verslagen, waarbij de expertise van de verslaggever ondermaats is. Bovendien zouden de aanwijzingen die eisers aanvoeren elke schijn van gegrondheid ontberen.

- Het zou manifest onwaar zijn dat TRAFIGURA al sinds september 2015 de controle over NYRSTAR zou hebben. Op het niveau van de raad van bestuur zou TRAFIGURA nooit enige beslissende invloed hebben kunnen uitoefenen, en de beweringen van eisers over Martyn en andere personen die een verleden bij TRAFIGURA hebben, zouden louter sfeerschepping zijn.
- NYRSTAR ontkent ook dat TRAFIGURA commerciële overeenkomsten met entiteiten van de NYRSTAR groep zou hebben kunnen afsluiten aan niet-marktconforme voorwaarden. KPMG zou in mei 2019 nogmaals de marktconformiteit ervan bevestigd hebben, evenals STONEHOUSE CONSULTING, aangesteld in het kader van deze procedure.
- Het zou ook kennelijk ongegrond zijn dat NYRSTAR in 2016 een aantal mijnen tegen een te lage prijs zou hebben verkocht. Daartoe consulteerde NYRSTAR in het kader van deze procedure FTI CONSULTING, die tot de conclusie kwam dat NYRSTAR de mijnen heeft verkocht volgens een gebruikelijk verkoopproces, en voor billijke verkoopprijzen en dat NYRSTAR een redelijke tegenprestatie ontving voor de overdracht van de rechten op TALVIVAARA.
- De liquiditeitscrisis in november 2018 was volgens NYRSTAR het gevolg van een vertrouwensbreuk met haar kredietverstrekkers en commerciële tegenpartijen, te wijten aan zware verliezen in de mijnactiviteiten en tegenvallende marktomstandigheden. TRAFIGURA stelde daarop op 6 december

2018 650 miljoen US dollar ter beschikking, als noodzakelijke levenslijn waarvoor geen redelijk alternatief voorhanden was.

- NYRSTAR meent dat de herstructurering transparant is aangekondigd en verlopen. Zij kondigde reeds op 1 februari 2019 aan dat zij onderhandelingen voerde met de belangrijkste schuldeisers en op 15 maart 2019 bevestigde zij dat zij een herstructurering en schuldherschikking aan het onderhandelen was, die zou leiden tot een “heel aanzienlijke verwatering” voor de aandeelhouders. Het kwam overigens niet aan de aandeelhouders toe om te besluiten over de herstructurering.
- De herstructurering zou niet alleen marktconform zijn, maar veruit de beste optie voor alle belanghebbenden, blijktens analyses van MORGAN STANLEY, GRANT THORNTON, DUFF & PHELPS, het 524 Verslag én het oordeel van buitenlandse rechtbanken. TRAFIGURA heeft de NYRSTAR-groep niet verkregen voor een symbolische euro, maar nam 2,32 miljard euro schulden over. NYRSTAR behoudt een 2 %-participatie in de groep, met een verkoopoptie ter waarde van 20 miljoen euro, en dat terwijl haar waardering zich voor de herstructurering (ver) onder nul bevond.

5.2. Toepasselijke regels

Opdat een vordering tot aanstelling van deskundigen gegrond zou zijn moeten de eisers aantonen dat er *“aanwijzingen [zijn] dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen”* (Artikel 7:160 WVV).

Het volstaat dat bepaalde feiten of omstandigheden erop wijzen dat er een reële kans bestaat dat een grondiger onderzoek, ernstige onregelmatigheden in het vennootschapsbeleid aan het licht zou brengen.

5.3. Beoordeling

5.3.1. De zinkmarkt en de relatie tussen NYRSTAR en TRAFIGURA

Omdat de zinkmarkt en de relatie tussen NYRSTAR en TRAFIGURA in de argumentatie van de beide partijen belangrijk zijn, gaat deze beschikking eerst in op wat daarover ogenschijnlijk vastgesteld kan worden.

5.3.1.1. De NYRSTAR groep was bij haar beurgang in oktober 2007 ‘s werelds grootste producent van zinkmetaal en legeringen met bedrijven op vier continenten. Zinksmelting is haar historische kern-

activiteit. Zij koopt van mijnen of traders (handelaars) zinkhoudende concentraten, raffineert ('smelt') die en verkoopt het aldus verkregen zinkmetaal aan traders of eindklanten.

De prospectus voor de beursgang van NYRSTAR in 2007 legt het volgende daarover uit (stuk D.1 NYRSTAR, pp. 77-78).

“Zinksmelters zijn hoofdzakelijk verwerkingsbedrijven die een marge maken op de concentraten en de andere invoermaterialen die zij verwerken. Daarbij geldt dat de prijs van het onderliggend metaal feitelijk grotendeels doorgegeven wordt van het mijnbouwbedrijf, dat het concentraat levert, of van de andere leveranciers van invoermaterialen, aan de klant van de smelter”.

Volgens de prospectus is het verwerkingsloon (VL) dat zij krijgt voor het smelten veruit de grootste bijdrage aan haar brutowinst (49 %). De andere zijn bonusmetaal (22 %), netto zinkpremies (12 %) en bijproducten (17 %).

Het is hoofdzakelijk door onderhandeling van VL dat de verdeling van de zinkwaarde vervat in concentraat tussen de mijnuitbater en de smelter kan verschuiven.

“Zoals gebruikelijk in de sector onderhandelen wij de VL gewoonlijk jaarlijks, aan het begin van het contractjaar, met elke leverancier van zinkconcentraat, op basis van de verwachtingen die wij en de mijnbouwonderneming hebben over de toekomstige marktomstandigheden. Elk jaar komen de VL (die wij en andere smelters onderhandelen) meestal uit rondom richtwaarden die worden bepaald door onderhandelingen tussen de belangrijkste kopers en verkopers van concentraat. Deze richtwaarden worden algemeen aangeduid als de “Western benchmark”-VL.

Het VL wordt behandeld als een vergoeding van de mijnuitbater aan de smelter en wordt afgetrokken van de prijs die de smelter moet betalen voor het zinkconcentraat. (...)

Het verwerkingsloon is dus belangrijk voor de winstgevendheid van NYRSTAR.

5.3.1.2 In april 2015 stelde TRAFIGURA voor om Martyn te benoemen als onafhankelijk bestuurder en Christopher als niet-uitvoerend, niet-onafhankelijk bestuurder.

In november 2015 verbond TRAFIGURA zich ertoe om mee in te tekenen op wat NYRSTAR beschrijft als “een noodkapitaalverhoging”. TRAFIGURA bezat na deze kapitaalverhoging 24,64 % van de aandelen

van NYRSTAR (stuk F.34 NYRSTAR). In mei 2016 verstrekte TRAFIGURA een extra werkkapitaalfaciliteit die in november 2016 nog werd uitgebreid (stuk B.10 NYRSTAR, p. 177).

Op 9 november 2015 sloot NYRSTAR een “relatie-overeenkomst” met TRAFIGURA. Die bevatte volgens haar afspraken over hun relatie en beoogde de hoogste standaard inzake *corporate governance* (deugdelijk bestuur) te verzekeren. NYRSTAR voegt deze overeenkomst niet bij haar stukken, maar verwijst uitsluitend naar haar persbericht daarover dat de voornaamste elementen ervan als volgt weergeeft (stuk F.28 NYRSTAR) :

“Relatie-Overeenkomst met Trafigura

In verband met de verbintenis van Trafigura om het Aanbod met Voorkeurrecht te ondersteunen, heeft Nyrstar een Relatie-Overeenkomst afgesloten met Trafigura Group Pte. Ltd met afspraken omtrent haar relatie met Trafigura en om te verzekeren dat alle bedrijfstransacties at arm's length en op normale commerciële voorwaarden worden gevoerd. De Relatie-Overeenkomst zal van kracht zijn zolang Trafigura ten minste 20 % maar minder dan 50 % van de aandelen in Nyrstar houdt. Zij kan door Trafigura worden beëindigd indien de commerciële overeenkomsten die zij afsloot met Nyrstar worden beëindigd (...). De Relatie-Overeenkomst bepaalt onder meer het volgende :

- *Trafigura (tesamen met enige persoon handeld [sic] in onderling overleg) zal geen aandelen of stemrechten in de Vennootschap verwerven die haar totale participatie aan aandelen of stemrechten tot een niveau van boven 49,9 % van de uitstaande aandelen of stemrechten in de Vennootschap zou brengen. (...)*
- *Trafigura zal de mogelijkheid hebben om bestuurders te benoemen voor de raad van bestuur van de Vennootschap, maar beperkt tot een aantal dat niet de meerderheid uitmaakt van de raad van bestuur van de Vennootschap (met dien verstande dat de bestuurder die werd benoemd op voordracht van Trafigura voorafgaand aan de datum van de Relatie-Overeenkomst [eigen toevoeging : Martyn] die een “onafhankelijke bestuurder” is, voor deze doeleinden niet als een Trafigura bestuurder zal worden beschouwd). Geen onafhankelijke bestuurders zullen worden benoemd of voorgedragen voor benoeming tenzij met de goedkeuring van een meerderheid van de bestuurders andere dan de Trafigura bestuurders. (...)*

Naast de Relatie-Overeenkomst heeft Nyrstar commerciële overeenkomsten met Trafigura onderhan-

deld (onderworpen aan voorwaarden, met inbegrip van alle relevante regulatoire goedkeuringen) bestaande uit zinkconcentraat en loodconcentraat aankoopovereenkomsten, en zinkmetaal en loodmetaal verkoopovereenkomsten De voornaamste aspecten van de overeenkomsten met Trafigura omvatten :

- lange termijn contracten, met aanvang op 1 januari 2016;
- verlenging van de kaderaankoopovereenkomsten voor lood- en zinkconcentraten teneinde het Metaalverwerkingssegment te ondersteunen als ook de nieuwe feed book vereisten volgend op de Port Pirie Herontwikkeling;
- de verkoop van bepaalde beschikbare hoeveelheden van commodity grade zink en loodmetaal geproduceerd door Nyrstar; en
- op de markt gebaseerde prijzen met jaarlijks overeengekomen premiums en verwerkingslonen”.

NYRSTAR voegt ook de vermelde commerciële overeenkomsten niet bij haar stukken, maar voert aan dat de commissaris, DELOITTE, geen opmerkingen daarover maakte en dat ook haar externe experts - KPMG in 2019 en STONEHOUSE CONSULTING in deze procedure - de marktconformiteit van de commerciële overeenkomsten met TRAFIGURA bevestigden.

NYRSTAR'S eigen persbericht en de recente verklaringen van haar eigen experts zijn onvoldoende om de vragen te beantwoorden die rijzen over haar relatie en overeenkomsten met TRAFIGURA.

De jaarverslagen vanaf boekjaar 2015 vermelden het bestaan van de Relatieovereenkomst en de commerciële overeenkomsten van 9 november 2015 met TRAFIGURA onder de titel “verbonden partijen”, in gelijkaardige bewoordingen als het persbericht (stuk B.9 NYRSTAR, pp. 187-189). Het vermeldt ook dat de Europese commissie op 16 december 2015 TRAFIGURA'S aandelenbelang (inclusief de uitbreiding ervan) goedkeurde onder Verordening (EG) nr 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen. Over de commerciële overeenkomsten verduidelijkt het verslag dat alle overeenkomsten een vaste looptijd hebben van vijf jaar, waarbij TRAFIGURA de mogelijkheid heeft om ze te verlengen, met vijf jaar, waarna wordt verwacht dat zij blijven doorlopen met dien verstande dat TRAFIGURA ze te allen tijde kan beëindigen, maar NYRSTAR alleen indien het aandelenbelang van TRAFIGURA zakt onder de 20 %. Het verslag bevestigt dat “Nyrstar van mening [is] dat de Commerciële Overeenkomsten met Trafigura tegen marktvoorwaarden zijn aangegaan”, dat “de Aankoopovereenkomsten voorzien in marktconforme

prijzen met jaarlijks overeengekomen verwerkingslonen” en dat ook “de Verkoopovereenkomsten voorzien in marktconforme prijzen”.

De jaarverslagen 2016 en 2017 (stukken NYRSTAR B.10, pp. 175-177 en B.13, pp. 200-202) bevatten dezelfde bewoordingen.

In het verslag over de geconsolideerde jaarrekening 2018 (stuk B.16, de pagina's zijn niet genummerd) is de bewoording plots licht aangepast : “De Aankoopovereenkomsten voorzien in markt**gebaseerde** prijzen, die tweejaarlijks worden overeengekomen, verwerkingslonen” en “De Verkoopovereenkomsten bevatten markt**gerelateerde** prijzen” (eigen nadruk).

Voor zover de voorzitter in de buitengewoon omvangrijke stukken heeft kunnen nagaan, maken deze nergens melding van de spotmarkt als de toepasselijke markt.

De eerste conclusie van NYRSTAR in deze procedure vermeldt “Zinksmelters kopen zinkconcentraat bij leveranciers meestal d.m.v. termijncontracten (jaarlijks of meerjarig; zgn. raamcontracten) of soms op de “spotmarkt” aan de zgn. “spotprijis”. Het woord “soms” is weggefallen in haar samenvattende conclusie.

NYRSTAR betoogt dat wanneer een zinksmelter concentraat rechtstreeks bij een mijn aankoopt, de jaarlijkse verwerkingslonen doorgaans cirkelen rond het zgn. referentieverwerkingsloon (doorheen de stukken en conclusies ook “benchmark treatment charge” genoemd of “benchmark TC”). Zij beweert voorts dat wanneer een zinksmelter niet bij een mijn, maar bij een handelaar (zoals TRAFIGURA) aankoopt, het referentieverwerkingsloon niet bepalend zou zijn. Zij verwijst daarvoor echter uitsluitend naar het STONEHOUSE CONSULTING rapport dat zij voegde bij haar laatste conclusie als stuk J.6.

5.3.1.3. De beide partijen gaan uitvoerig in op de rol van Martyn, als bestuurder benoemd in april 2015 op voordracht van TRAFIGURA, samen met Christopher. Uit de toelichting bij de gewone algemene vergadering van 29 april 2015 blijkt dat de raad van bestuur zijn benoeming als onafhankelijk bestuurder heeft afgeraden, zich baserend op zijn adviserende rol in T WEALTH MANAGEMENT SA.

“In verband met Martyn, gebaseerd op de informatie beschikbaar voor de Vennootschap, lijkt het dat hij zeer sterke banden en verhoudingen heeft met Trafigura en verschillende leden van het uitvoerend management van Trafigura. Dit volgt, onder andere,

uit het feit dat Martyn zijn voornaamste huidige activiteit diens positie als Chief Investment Officer van T Wealth Management is, een verbonden vennootschap van Trafigura. T Wealth Management is een fonds voor vermogensbeheer dat wordt geleid en gecontroleerd door het meest senior management van Trafigura, gefinancierd is door Trafigura en opereert onder een regulatoire licentie van een dochtervennootschap van Trafigura. In zijn rol van Chief Investment Officer beheert Martyn de persoonlijke beleggingsportfoli'o's van huidige en gepensioneerde partners, bestuurders en senior management van de Trafigura groep. Bovendien heeft de Raad ook in overweging genomen dat Trafigura niet enkel een aandeelhouder is die meer dan 10 % van de aandelen van de Vennootschap aanhoudt, maar ook een significante speler is in de metaal industrie waarin ook de Vennootschap actief is, en commerciële belangen heeft die bijtijds kunnen conflicteren met die van de Vennootschap”.

De eisers menen dat hij eigenlijk een “TRAFIGURA bestuurder” is (ook al zegt de Relatie overeenkomst dat hij dit niet is), en dat hij als voorzitter van de raad van bestuur met zes bestuurders van april 2016 tot februari 2019 de doorslaggevende stem had.

NYRSTAR argumenteert dat hij wel degelijk voldeed aan de voorwaarden van een onafhankelijk bestuurder conform artikel 526ter (oud) W.Venn. en overigens benoemd is met een ruime meerderheid van 66,78 % van de aanwezige of vertegenwoordigde aandelen. In totaal brachten 120.201.031 aandelen een stem uit op dat agendapunt (stuk A.2 NYRSTAR) en TRAFIGURA beschikte op dat moment maar over 52.035.694 aandelen.

NYRSTAR bevestigt weliswaar dat Martyn “Chief Investment Officer” was (wat zij vertaalt als : “Hoofd Kaderlid Investeringszaken”) maar dat T WEALTH MANAGEMENT sinds juni 2015 gescheiden zou zijn van GALENA ASSET MANAGEMENT (de particuliere investeringstak van TRAFIGURA). Sindsdien zou Martyn geen enkele vergoeding van TRAFIGURA ontvangen hebben. NYRSTAR meent dat “[d]e voorstelling van eisers dat Martyn een “uitgesproken TRAFIGURA-achtergrond” zou hebben, niet correct [is] en grotesk”.

De argumenten van NYRSTAR overtuigen echter niet.

Uit het jaarverslag 2017 van TRAFIGURA blijkt dat haar managers en ongeveer 600 kaderleden haar uiteindelijke aandeelhouders zijn (stuk I.51 eisers, p. 15). Het is niet betwist dat T WEALTH MANAGEMENT een fonds is voor vermogensbeheer voor het meest senior management van TRAFIGURA. Ook

Jeremy (CEO van TRAFIGURA) belegde in dat fonds en was bestuurder van T WEALTH MANAGEMENT.

De vaststelling volstaat dat Martyn als Hoofd Investerings een van de belangrijkste mensen was in het fonds dat het vermogen beheert van de hoogste TRAFIGURA kaderleden. In die omstandigheden heeft hij *prima facie* uiteraard een uitgesproken TRAFIGURA-achtergrond.

In april 2016 werd Jésus aangesteld op voordracht van TRAFIGURA. Vanaf april 2016 tot 24 februari 2019 hadden dus niet twee, maar drie bestuurders een nauwe band met TRAFIGURA, Martyn, Christopher en Jésus.

Jésus nam ontslag op 24 februari 2019 en heeft een bijzondere rol gespeeld bij de aanloop naar de Lock-up Overeenkomst. NYRSTAR persbericht van 25 februari 2019 bevestigt dit (stuk I.26 eisers) :

“Nyrstar begrijpt dat Jésus nu Trafigura zal vertegenwoordigen tijdens de onderhandelingen met betrekking tot het nazicht van de balansstructuur van Nyrstar. Bijgevolg zijn Jésus en Trafigura overeengekomen met Nyrstar dat het de duidelijkheid rond dat proces zou bevorderen indien Jésus aftreedt als bestuurder van Nyrstar”.

Zulke overstap op een cruciaal moment voor het overleven van de vennootschap is op het eerste zicht betekenisvol en zorgwekkend.

5.3.1.4. NYRSTAR erkent dat TRAFIGURA op 11 november 2015 een aanmelding van zeggenschap indiende bij de Europese Commissie in overeenstemming met de Europese Concentratieverordening (Verordening (EG) nr. 139/2004), en dat de Commissie besloten heeft dat de aandelenverwerving door TRAFIGURA een concentratie uitmaakte in de zin van de Concentratieverordening. Zij betoogt echter dat de begrippen van de Concentratieverordening autonoom worden uitgelegd, en juridisch geen enkel uitstaans hebben met de criteria voor “controle” in het Belgische vennootschapsrecht.

NYRSTAR argumenteert voorts dat de vermelding van TRAFIGURA als “verbonden partij” in de jaarrekening en het commissarisverslag van NYRSTAR voor het boekjaar 2018 niet gelijk staat met “verbonden vennootschap”. Het begrip verbonden partij wordt als volgt gedefinieerd in haar jaarverslag :

“(u) Transacties met verbonden partijen

Partijen worden als verbonden partijen beschouwd indien één partij direct of indirect zeggenschap kan

uitoefenen over de andere partij dan wel invloed van betekenis kan uitoefenen op de andere partij door financiële en operationele beslissingen te nemen”.

Dit impliceert volgens haar een andere, laagdrempeliger, betekenis.

Ook op het punt van de verbondenheid tussen NYRSTAR en TRAFIGURA mist de argumentatie van NYRSTAR op het eerste zicht redelijke grondslag.

De argumentatie van NYRSTAR gaat vooreerst voorbij aan de vaststelling dat telkens wanneer TRAFIGURA ervoor kiest om op de algemene vergadering aanwezig te zijn, zij de meerderheid heeft, zoals zij voorstelde in haar aanmelding van 11 november 2015 aan de Europese Commissie in het kader van de Concentratieverordening.

Artikel 3, § 2 van de EG-concentratieverordening definieert “zeggenschap” als volgt :

“Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name

a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan;

b) rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen”.

Er is sprake van feitelijke controle in de zin van artikel 5, § 3 (oud) W.Venn. (thans artikel 1:14, § 3 WVV) wanneer een persoon een beslissende invloed uit kan oefenen op de aanstelling van de meerderheid van de bestuurders of op de oriëntatie van het beleid. Het feit dat TRAFIGURA en de Europese Commissie van oordeel zijn dat TRAFIGURA beschikt over rechten of overeenkomsten die haar een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de vennootschapsorganen van NYRSTAR, is uiteraard een aanwijzing van feitelijke controle.

Overigens is het niet vereist dat TRAFIGURA controle zou hebben in de vennootschapsrechtelijke betekenis opdat de eisers een ernstig gevaar zouden kunnen aanvoeren. Zulk gevaar is immers eveneens mogelijk wanneer TRAFIGURA (minstens) een “invloed van betekenis kan uitoefenen”, wanneer de voorzitter die de doorslaggevende stem kan uitoefenen een cruciale rol heeft in het fonds van de

TRAFIGURA aandeelhouders en wanneer begin 2019 een NYRSTAR bestuurder plots van kamp wijzigt bij cruciale onderhandelingen over het voortbestaan van de vennootschap.

Deze gegevens zijn derhalve wel degelijk van die aard om bij te dragen aan de vrees van de minderheidsaandeelhouders dat de belangen van de vennootschap in gevaar zijn.

5.3.2. De mogelijke onttrekking van liquide middelen

5.3.2.1. De eisers voeren aan dat de commerciële overeenkomsten niet op normale commerciële voorwaarden uitgevoerd werden. In conclusie antwoordt NYRSTAR dat door een reeks tegenslagen het voor haar vanaf eind 2015 vrijwel onmogelijk was om nog met mijnen langetermijncontracten af te sluiten van de grootteorde en kwaliteit die zij nodig had aan gunstige referentieprijzen. De enige oplossing zou zijn om extra toevoerlijnen af te spreken met grondstoffenhandelaars (traders). Deze laatsten zouden echter vaak spotmarktprijzen hanteren.

5.3.2.2. Het is moeilijk na te gaan of NYRSTARs antwoord strookt met de werkelijkheid. De stukken die NYRSTAR daartoe aanhaalt, gevoegd bij haar laatste conclusie (J.6 tot 10) zijn eenzijdig. De beide partijen spreken elkaar tegen in de talrijke rapporten die zij bijbrengen. De experts van de eisers moesten zich behelpen met de publieke informatie en hadden geen toegang tot de eigenlijke stukken.

Maar zelfs aangenomen dat NYRSTAR inderdaad verplicht was zo veel van TRAFIGURA af te nemen en dat TRAFIGURA nu eenmaal spotmarktprijzen hanteert, verklaart dit niet het totaal gebrek aan communicatie daarover naar de buitenwereld.

In elk jaarverslag heeft NYRSTAR uitvoerig verwezen naar de Relatieovereenkomst over de samenwerking “*at arm's length*” en met marktconforme prijzen. Stuk I.33 van de eisers is een schermafbeelding gemaakt op 29 april 2020 van de “*investment case*” (investeringsmogelijkheid of opportuniteit) in NYRSTAR. Deze tekst beweert eveneens dat TRAFIGURA een belangrijke aandeelhouder is wiens steun onder andere blijkt uit de lange termijn aankoopovereenkomsten voor ongeveer een derde van NYRSTARs noden, en verkoopovereenkomsten voor ongeveer een vijfde van haar productie. Die zouden zijn “[b]ased on market prices with annually agreed premiums and TC’s” (vrij vertaald : “gebaseerd op marktprijzen met jaarlijks overeengekomen premies en verwerkingslonen”).

Ook het document “*Modeling Nyrstar*” (“het (business) model van NYRSTAR”) van augustus 2017 van NYRSTAR bevestigt dat zij streeft naar verwerkingslonen aan Benchmark TC (verwerkingsloon) en dat spotprijzen slechts ongeveer 10 % van de concentraten betreft (p. 13 en 14).

Hetzelfde blijkt uit een bijlage van 20 april 2020 bij een prospectus van TRAFIGURA waarin zij de marktprincipes beschrijft over de verwerkingslonen (stuk I.57 eisers, p. 19).

“Main economic drivers of Nyrstar’s business

(...) Negotiation of the applicable TC is the key mechanism by which the value of the contained zinc in concentrate shifts between the miner and the smelter. As is customary in the industry, smelting companies generally negotiate TCs with each supplier of zinc concentrate annually, early in the contract year, based on the smelting company’s and the miner’s expectations of future market conditions. In any given year, TCs tend to settle around norms established through negotiations between the major buyers and sellers of concentrate. These norms are commonly referred to as the “Benchmark” TC. A spot TC market also exists; however, this is relatively illiquid”.

Vrij vertaald :

“Belangrijkste economische factoren in Nyrstars business

Onderhandelen over de toepasselijke VL is het sleutelmechanisme waarmee de waarde van het zinkconcentraat verschuift tussen de mijnbouwonderneming en de smelter. Zoals in de sector gebruikelijk is, onderhandelen de smelterijen over het algemeen jaarlijks met elke leverancier van zinkconcentraat, in het begin van het contractjaar, over VL’s op basis van de verwachtingen van de smelterij en de mijn over de toekomstige marktomstandigheden. In om het even welk jaar neigen de VL’s te schommelen rond de normen die zijn vastgesteld via onderhandelingen tussen de belangrijkste kopers en verkopers van zinkconcentraat. Deze normen worden algemeen aangeduid als de “Benchmark” VL. Er bestaat ook een spot VL-markt; deze is echter relatief illiquide”.

TRAFIGURA schreef in haar jaarverslag 2017 dat haar handel in zink en lood een uitstekend jaar had (stuk I.52 eisers).

We grew market share both in China and in the rest of the world, where Trafigura’s investment in,

and commercial zinc offtake agreements with Nyrstar helped build our reputation as a steady, reliable market participant .

Eigen vertaling en nadruk :

Ons marktaandeel groeide zowel in China als in de rest van de wereld, waarbij Trafigura’s investering in, en commerciële zink aankoopovereenkomsten met Nyrstar hielpen om onze reputatie [op] te bouwen als stabiele en betrouwbare marktdeelnemer .

De spotmarkt is blijkens de eigen documenten van NYRSTAR en TRAFIGURA de uitzonderingsmarkt, voor slechts zowat 10 % van de verrichtingen. De gewone markt geeft de referentieprijzen voor langetermijncontracten. NYRSTAR en TRAFIGURA blijken zich echter op de uitzonderingsmarkt gezet te hebben voor deze langlopende contracten (vijf jaar, alleen verlengbaar en opzegbaar door TRAFIGURA). Zoals hierboven uiteengezet hebben deze prijzen een betekenisvolle invloed op de financiële toestand van NYRSTAR.

TRAFIGURA schrijft zelf dat de langetermijnovereenkomsten haar stabiliteit gaven, wat ook logisch is. Het is daarom ogenschijnlijk onlogisch dat de prijsafspraken met haar medecontractant NYRSTAR gebaseerd zijn op de onstabiele en onzekere spotmarkt.

Bovendien is TRAFIGURA een van de belangrijkste traders op deze markt, en kan zij alleen al daardoor een invloed hebben op de spotprijzen.

Aldus lijkt de kritiek van eisers en hun experts wel degelijk grondslag te hebben, en lijken de beweringen van NYRSTAR experts dat de spotmarkt de referentie mocht zijn, op pogingen tot *post factum* rechtvaardiging die niet strookt met de realiteit.

Het is in elk geval niet verklaarbaar dat daarover niet transparanter gecommuniceerd is, zeker in het licht van de publieke en herhaalde geruststellingen dat alles op normale commerciële voorwaarden gebeurde, en aan de “hoogste standaard van deugdelijk bestuur”.

5.3.2.3. De vaststelling dat de wijze van prijszetting in deze langlopende contracten met een verbonden partij zorgwekkend is, wordt bevestigd in het oordeel onder voorbehoud van de commissaris in zijn verslag over de jaarrekening 2018. Hij heeft daarin een aantal onderzoekswerkzaamheden toegelicht, en de resultaten toereikend bevonden, maar de volgende niet (stuk I.20 eisers) :

“De combinatie van de volgende elementen kan leiden tot informatie die wij mogelijk niet verkregen hebben en die niet tot uiting komt in de betreffende toelichtingen in de geconsolideerde jaarrekening :

- *de uitzonderlijke aard van de operationele en financiële omstandigheden waarin de Groep zich bevond en die resulteerde in het Nazicht van de Balansstructuur sedert oktober 2018 en de daarop volgende herstructureringsactiviteiten dewelke werden afgerond op 31 juli 2019 (“Herstructurering”), waarbij Trafigura de eigenaar werd van 98 % van alle dochterondernemingen van de Vennootschap (exclusief een nieuw opgerichte Engelse holding van NewCo) (de “Operationele Groep”) en de zeer complexe aard van de besluitvorming gedurende deze periode;*
- *het belang en de omvang van de transacties met verbonden partijen aangegaan door de Groep; evenals*
- *vastgestelde tekortkomingen in interne controles met betrekking tot financiële verslaggeving, zoals maar niet beperkt tot volledige en accurate notulering van discussies gehouden op vergaderingen van het bestuursorgaan en relevante speciale of ad hoc sub-comités.*

Als gevolg hiervan hebben wij niet voldoende en geschikte controle-informatie kunnen verzamelen omtrent de volledigheid van de informatie met betrekking tot transacties met verbonden partijen en toelichtingen over de relatie met Trafigura zoals opgenomen in toelichting 6.20 van de jaarrekening. Evenmin omtrent de volledigheid van de informatie met betrekking tot de opeenvolgende gebeurtenissen sedert oktober 2018 die hebben geresulteerd in het Nazicht van de Balansstructuur zoals opgenomen in de inleiding van de gebeurtenissen na balansdatum in toelichting 6.20 van de jaarrekening. Bijgevolg bestaat een risico dat bepaalde informatie ontbreekt in de jaarrekening over de relatie met Trafigura voor wat de toelichtingen met betrekking tot verbonden partijen betreft alsook omtrent de opeenvolging van de gebeurtenissen die hebben geresulteerd in het Nazicht van de Balansstructuur”.

De commissaris heeft deze voorbehouden sindsdien bevestigd in zijn verslag bij de jaarrekening 2019 (stuk I.25 eisers) en de verslagen bij de staat van activa en passiva per 31 januari 2020 (stuk I.30 eisers) en 31 maart 2020 (stuk I.35 eisers) : *“De hierboven genoemde elementen zijn ontstaan in het boekjaar afgesloten op 31 december 2018 en blijven van toepassing (...)”.*

5.3.2.4. Ten slotte heeft ook de FSMA aangekondigd in haar persbericht van 29 mei 2020 (stuk II.12 eisers)

dat zij in september 2019 de auditeur gelastte met een administratiefrechtelijk onderzoek naar de informatieverstrekking over de commerciële relatie met TRAFIGURA.

5.3.2.5. Om al deze redenen zijn er aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen en is de vraag van de eisers om deze commerciële transacties tussen NYRSTAR en TRAFIGURA onafhankelijk te laten nagaan, gegrond.

5.3.3. De verkoop van de mijnen

5.3.3.1. NYRSTAR had eind 2015 beslist om vijf mijnen te verkopen. De mijnen werden in de twee daarop volgende jaren verkocht voor een prijs die onder de aankoopprijs lag vanwege hun teleurstellende opbrengsten. Die resulteerden in verliezen en bijzondere waardeverminderingen van in totaal ongeveer 1,65 miljard euro. NYRSTAR wijt de teleurstellende resultaten onder andere aan problemen in de Latijns-Amerikaanse mijnen vanwege moeilijke politieke omstandigheden, veiligheidsrisico's en milieuproblemen. Zij betoogt ook dat de verkochte mijnen vandaag, onder hun nieuwe eigenaars, ook allemaal gesloten of geherstructureerd zijn.

Op dit ogenblik voeren de eisers geen ernstige aanwijzingen aan dat NYRSTAR in dit verkoopproces benadeeld geweest zou zijn.

De enige verkoop waarover zij precieze beweringen aanvoeren, is die van de CAMPO MORADO mijn. Hun argumentatie daarover berust echter op een vergissing, namelijk een verkeerde lezing van de stukken. Het aanbod dat voorlag van de mogelijke koper BEDELCO INTERNATIONAL, was niet voor 29 miljoen US dollar, maar wel voor *minus* 29 miljoen US dollar (bedrag op te leggen door de verkoper). De verkoop door NYRSTAR voor 20 miljoen dollar is dus niet lager dan het bod, maar aanzienlijk hoger.

Eisers brengen ook nog geen ernstige aanwijzingen bij dat het verkoopproces kennelijk gebrekkig was. De verkoop was *prima facie* aan onafhankelijke derden, en eisers ontkrachten niet dat achteraf inderdaad gebleken is dat de verdere uitbating van deze mijnen (zonder ingrijpende herstructurerings) niet mogelijk was.

Inzake de verkoop van de vijf mijnen zijn er dus, in de huidige stand van het geschil, geen aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen.

De rechtbank verzendt dit onderdeel echter naar de rol, veeleer dan het af te wijzen. De eisers hebben namelijk wel één aanwijzing dat TRAFIGURA in de verkoop van de mijnen een rol speelde.

Stuk VII.5 van de eisers is een ketting van e-mails tussen Jeremy, CEO van TRAFIGURA, en Bernard, algemeen directeur van BEDELCO INTERNATIONAL. De vraag rijst waarom deze laatste in de zomer van 2016 de CEO van TRAFIGURA als aanspreekpunt zag voor onderhandelingen over de verkoop van NYRSTARS mijnen. Hij vraagt twee maal om een lunch waarop het zou gaan over “verschillende mogelijkheden voor de NYRSTAR mijnen”. Jeremy antwoordt als volgt :

*“I can possibly meet second week of September but if your discussion is specifically concerning the Nyrstar mines and you have alternative ideas to present, **in addition to those that have already unsuccessfully been presented**, I do suggest you direct these to Chris at Nyrstar.*

*As I am travelling regularly I have copied a **colleague who is on the Nyrstar board** who can potentially meet or have one of his team meet with you”.*

Eigen vertaling en nadruk :

*“Ik kan u mogelijk ontmoeten de tweede week van september, maar als uw discussie specifiek gaat over de Nyrstar mijnen en als u alternatieve ideeën voor te stellen hebt, **bovenop degene die al zonder succes voorgesteld zijn**, dan stel ik voor dat u die richt aan Chris bij Nyrstar.*

*Vermits ik vaak reis heb ik een **collega in de raad van bestuur van Nyrstar gecopieerd** die mogelijk met u kan vergaderen of iemand van zijn team met u laten vergaderen”.*

De collega die gekopieerd is, is Jésus, die begin 2019 midden in de liquiditeitscrisis van onderhandelingskant veranderd is.

De vraag is waarom de CEO van TRAFIGURA zich uitlaat over eerdere voorstellen over NYRSTARS mijnen, in het bijzonder of hij de bestemming was van de voorstellen en de persoon die ze beoordeelde. Dit geldt des te meer omdat NYRSTAR in deze procedure mordicus volhoudt dat er geen controle geweest is door TRAFIGURA.

De eisers vragen dat de deskundigen specifiek de opdracht zouden krijgen om melding te maken van andere onregelmatigheden waarop zij in de uitoefening van hun taak zouden stoten. De rechtbank kent

dit onderdeel van de vordering toe, omdat niet uitgesloten is dat in hun onderzoek nieuwe informatie opduikt.

Om deze redenen wordt een oordeel over de gegrondheid van de onderzoeksvraag inzake de mijnen aangehouden en verwezen naar de bijzondere rol in afwachting van het resultaat van het onderzoek.

5.3.3.2. Naast de verkoop van de mijnen, klagen de eisers ook de overdracht van rechten van NYRSTAR op TALVIVAARA aan.

De eisers voeren aan dat NYRSTAR geen marktconforme vergoeding heeft ontvangen voor de overdracht van contractuele rechten op TALVIVAARA (via haar Finse vennootschap WINTTAL OY) aan het Finse staatsbedrijf TERRAFAME MINING eind 2015. Omdat TERRAFAME MINING later een afnameovereenkomst voor zink en nikkel heeft gesloten met onder meer TRAFIGURA, zou de overdracht volgens eisers uiteindelijk ten voordele van TRAFIGURA en niet NYRSTAR zijn geweest.

NYRSTAR antwoordt dat zij na het faillissement van TALVIVAARA elk vooruitzicht op de recuperatie van haar rechten had opgegeven, en die rechten dan ook volledig afwaardeerde per 31 december 2014. In augustus 2015 nam het nieuw opgerichte Finse staatsbedrijf TERRAFAME MINING de mijnbouwactiviteiten en -activa van TALVIVAARA over. Eind 2015 droeg NYRSTAR haar (reeds afgeschreven) rechten op TALVIVAARA over aan TERRAFAME MINING (via de projectvennootschap WINTTAL OY). De Finse staat kende de overeenkomst dan toe aan TRAFIGURA na het einde van de relatie tussen NYRSTAR en TALVIVAARA.

Voor deze transactie zijn er wel aanwijzingen dat de belangen van de vennootschap in het gedrang kunnen zijn. NYRSTAR betwist niet de cijfers geciteerd door de eisers, namelijk een overdracht van de rechten door NYRSTAR voor 3,8 miljoen euro eind 2015, terwijl TERRAFAME de waarde van deze rechten in haar jaarverslag van 2016 begroot op meer dan 200 miljoen euro. Het loutere feit dat NYRSTAR de rechten al afgeschreven had op het moment van de overdracht, sluit niet uit dat de waarde ervan veel hoger kon zijn. Dat is ook vrij spoedig daarna (ongeveer een jaar later) gebleken toen TRAFIGURA deze wenste te verwerven en daarin slaagde.

De verkoop door NYRSTAR voor een zeer lage prijs, samen met de uiteindelijke verwerving door TRAFIGURA is een aanwijzing die verantwoordt dat een onafhankelijke deskundige deze transactie onderzoekt.

5.3.4. De liquiditeitscrisis eind 2018 die leidde tot de TFFA

5.3.4.1. De eisers voeren aan dat de liquiditeitscrisis van NYRSTAR in het vierde kwartaal 2018 veroorzaakt is door TRAFIGURA en de raad van bestuur van NYRSTAR zelf, en dat die alleszins het hoofd geboden kon worden indien NYRSTAR haar beschikbare kredietfaciliteiten had aangesproken. Door het sluiten van de TFFA en de uitgebreide zekerheden die daarin aan TRAFIGURA werden verstrekt, hebben de bestuurders van NYRSTAR volgens de eisers ervoor gezorgd dat zij *de facto* de leiding over de onderhandelingen i.v.m. de herstructurering van NYRSTAR naar aanleiding van het Nazicht over de Balansstructuur uit handen hebben gegeven aan TRAFIGURA, dat door de TFFA immers incontourneerbare (onontkoombaar) werd. TRAFIGURA kreeg hierdoor volgens de eisers de mogelijkheid om zich de NYRSTAR-groep toe te eigenen tegen niet-marktconforme voorwaarden.

NYRSTAR antwoordt dat de acute liquiditeitscrisis en de naderende vervaltermijn van bepaalde schulden, het onmogelijk maakten om nieuwe kredietlijnen te verkrijgen op de markt aan voldoende lage intrestvoeten, en dat zij daarom de gesprekken met TRAFIGURA versnelde om een nooddredtlijn te bekomen. Deze onderhandelingen leidden tot het principiële akkoord, TFFA genaamd. Daarover liet NYRSTAR een verslag overeenkomstig artikel 524 (oud) W.Venn. opstellen door het comité van onafhankelijke bestuurders, die zich lieten bijstaan door GRANT THORNTON en afzonderlijke raadslieden. Dit verslag besloot dat de financiering dringend nodig was om een faillissement te vermijden en dat de overeenkomst in het belang van NYRSTAR was. Over de daaropvolgende herstructurering zegt NYRSTAR dat zij uitgebreid gecommuniceerd heeft.

5.3.4.2. De commissaris van NYRSTAR maakte in zijn hoger al aangehaald verslag over de jaarrekening voor 2018 (stuk B.19 NYRSTAR) een dubbel voorbehoud. Het tweede luidde dat DELOITTE onvoldoende informatie had over de beschikbaarheid van de werkkredietlijn vanwege TRAFIGURA (de zgn. *“Trafigura Working Capital Facility”* of *“TWCF”*). Dit laatste was een werkkapitaalfaciliteit van 250 miljoen US dollar (220 miljoen euro) verleend door TRAFIGURA in de periode van 31 oktober 2018 tot 6 december 2018.

“Bovendien hebben wij niet voldoende geschikte controle-informatie kunnen verzamelen om te kunnen concluderen over de informatie opgenomen in toelichting 39a met betrekking tot de beschikbaarheid van de Trafigura Werkkapitaalfaciliteit voor de

periode tussen 31 oktober 2018 en 6 december 2018. De Trafigura Werkkapitaalfaciliteit werd beëindigd op 6 december 2018 bij het aangaan van de Kaderovereenkomst voor Handelskredietfinanciering met Trafigura (“Trafigura Trade Finance Framework Agreement” of “TFFA”) door de Groep”.

Dit voorbehoud had betrekking op de vraag of NYRSTAR toen niet de werkkapitaalfaciliteit (of *“TWCF”*) had moeten opnemen. NYRSTAR schrijft daarover in conclusie dat zij *“op dat ogenblik, veel meer middelen nodig had dan de 220 miljoen EUR voorzien in de TWCF, los van de vraag of de TWCF beschikbaar was (daartoe zou elke voorwaarde tot opname moeten worden getest, met inbegrip van de niet-insolventie voorwaarde)”*. Zij besluit dat zij terecht inzette op de veel hogere TFFA voor 650 miljoen euro.

NYRSTAR erkent echter dat zij op 30 september 2018 de TWCF van 250 miljoen US dollar (220 miljoen euro) verleend door TRAFIGURA niet had opgenomen. TRAFIGURA en NYRSTAR hadden in hun commerciële overeenkomsten afgesproken redelijke inspanningen te zullen leveren om voor 15 augustus 2018 overeenstemming te vinden over de voorwaarden voor de vooruitbetaling einde 2018 van lood- en zinkleveringen in 2019. Uiteindelijk werden die voorwaarden pas overeengekomen als onderdeel van de TFFA, waarin TRAFIGURA bijkomende zekerheden verkreef op activa van NYRSTAR.

NYRSTAR verwijst opnieuw naar de eenzijdige verslagen die zij bijbrengt als stukken om te argumenteren dat de liquiditeitscrisis een gevolg was van de winstwaarschuwing en negatieve analistenrapporten (voornamelijk het FTI verslag, stuk J.10). Zij verwijst ook naar het verslag krachtens artikel 524 (oud) W.Venn. van de onafhankelijke bestuurders (stuk C.2) dat besloot dat de TFFA in het belang van NYRSTAR was, mede in het licht van het acute liquiditeitstekort. De onafhankelijke bestuurders werden hierin onder andere bijgestaan door GRANT THORNTON.

Eén passage in het memorandum dat GRANT THORNTON hierover opstelde luidt echter als volgt.

“We also understand that a factor in the rapid deterioration of available liquidity came from Trafigura’s assertion that it may have sought to challenge the Group’s ability to draw on the Original Trafigura Facility, which led the Group to cease including the Original Trafigura Facility as part of its available liquidity” (stuk J.2, nr. 1.12).

Vrij vertaald : *“Wij begrijpen ook dat een factor in de snelle verslechtering van de beschikbare liqui-*

diteit kwam door Trafigura's bewering dat zij zou kunnen nastreven om de mogelijkheid te betwisten van de Groep om gebruik te maken van de Oorspronkelijke Trafigura-Faciliteit, wat ertoe leidde dat de Groep de Oorspronkelijke Trafigura-Faciliteit niet meer opnam als deel van zijn beschikbare liquide middelen”.

Deze passage wijst er inderdaad op dat het niet kunnen opnemen van de TWCF te wijten kan zijn aan de houding van TRAFIGURA zelf. Dit gebeurde op een ogenblik dat NYRSTAR vocht voor haar voortbestaan. In de daaropvolgende herstructurering verkreeg TRAFIGURA bijkomende zekerheden, en uiteindelijk alle activa. Deze opeenvolging van gebeurtenissen is op zich onbetwist en verdient onafhankelijk onderzoek te worden.

5.3.4.3. Het is mogelijk dat de herstructurering de enig overblijvende mogelijkheid was om het faillissement te vermijden. NYRSTAR verwijst er ook naar dat een overdracht van activa en passiva nu eenmaal behoort tot de bevoegdheid van de raad van bestuur, en niet van de algemene vergadering.

Maar de gekozen weg van de volledige overdracht van alle activa, en dus de *de facto* vereffening van de groep, impliceert dat de aandeelhouders daarin niet gekend geweest zijn. De operatie zoals uitgetekend door NYRSTAR en haar schuldeisers, waaronder TRAFIGURA, speelde zich volledig af op het niveau van de raad van bestuur.

Aldus heeft NYRSTAR de bevoegdheid van de raad van bestuur extreem opgerekt. Dan mag het geen verbazing wekken dat de aandeelhouders die daarin (in tegenstelling tot TRAFIGURA) niet gekend geweest zijn, willen dat dit onder het licht gehouden wordt, veeleer dan te moeten voortgaan op de eigen persberichten van NYRSTAR en TRAFIGURA.

De vennootschap heeft kennelijk veel inspanningen gedaan om in deze procedure verslagen bij te brengen door experts die zij geconsulteerd heeft. Al die verslagen hebben echter gemeen dat zij eenzijdig zijn, en bij gebrek aan toegang tot de onderliggende stukken, niet getoetst kunnen worden.

De FSMA heeft in deze periode tweemaal een mededeling publiek gemaakt en ook aangekondigd dat zij een onderzoek naar de vennootschap zou voeren, en vervolgens uitbreiden, specifiek inzake de informatieverstrekking over de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de vennootschap eind 2018. Samen met de andere elementen die aangehaald zijn, is dit eveneens een aanwijzing dat een onderzoek door een onafhankelijke persoon vereist is.

De afspraken die al dan niet gemaakt konden worden tussen TRAFIGURA en NYRSTAR speelden een grote rol in de financiële crisis die NYRSTAR trof. De commissaris heeft precies over de (on)beschikbaarheid van de TWCF een voorbehoud gemaakt. Er waren misschien nog andere financieringen mogelijk, ook al beweert NYRSTAR dat die niet hadden bestaan voor haar noden.

Voorts is zoals eerder vastgesteld zeer onrustwekkend dat Jésus, sinds april 2016 bestuurder en sinds 2017 lid van het auditcomité van NYRSTAR, ontslag nam op 24 februari 2019 om vervolgens als hoofd van het M&A (fusies en overnames) departement en lid van het management van TRAFIGURA de onderhandelingen over de herstructurering van NYRSTAR namens TRAFIGURA te voeren. NYRSTAR beweert weliswaar dat de TRAFIGURA-bestuurders niet deelgenomen zouden hebben aan de onderhandelingen en de besluitvorming over de herstructurering. Het is niettemin onbetwistbaar dat Jésus als voormalig bestuurder beschikt moet hebben over uitstekende informatie over NYRSTAR. Men kan zich moeilijk inbeelden dat hij daarvan abstractie gemaakt zou hebben toen hij aan de andere kant van de tafel zat.

5.3.4.4. Al die elementen samen zijn van die aard om een vrees te gronden van de minderheidsaandeelhouders dat de belangen van de vennootschap ernstig in gevaar konden zijn door de wijze waarop deze liquiditeitscrisis is ontstaan, en de wijze waarop NYRSTAR en TRAFIGURA die hebben aangepakt, die er uiteindelijk toe geleid heeft dat TRAFIGURA een aantal maanden later alle activa van NYRSTAR heeft verworven.

Om die reden past het dat een onafhankelijke deskundige deze liquiditeitscrisis onderzoekt.

[...]

5.4. Besluit inzake de vraag tot deskundigenonderzoek

In deze kortgedingprocedure vragen de eisers niet om door de schorsing van een algemene vergadering of door de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder in te breken in de herstructurering om een nakende insolventie af te wenden. Vandaag is het voorwerp van het geschil uitsluitend een onderzoek naar het beleid van de raad van bestuur en de resultaten daarvan.

De minderheidsaandeelhouders hebben het recht om vragen te stellen over het economisch en financieel

beleid van de vennootschap in het verleden en hebben daarover inmiddels een aansprakelijkheidsprocedure ten gronde aangespannen.

Zij brengen in de procedure vandaag aanwijzingen aan dat de belangen van de vennootschap door het handelen van haar organen in gevaar dreigen te komen, indien geen onafhankelijk onderzoek naar bepaalde verrichtingen wordt bevolen.

Om deze reden is de vordering gegrond tot aanstelling van deskundigen met een opdracht zoals omschreven in het dispositief.

Het onderzoek is omvangrijk en bestrijkt zeer uiteenlopende domeinen. Het is belangrijk dat de deskundigen alle aspecten van het dossier kunnen overzien en indien nodig met elkaar in verband brengen. Gelet hierop is het noodzakelijk om een college van deskundigen aan te stellen.

6. De omschrijving van de opdracht van de deskundigen

6.1. De opdracht over acht pagina's zoals gevraagd door de eisers is ongebruikelijk gedetailleerd, en leest eigenlijk als een instructieblad voor de deskundigen. Dit brengt het risico mee dat het voor de deskundigen een keurslijf is en voor de partijen een bron van niet aflatende betwistingen.

Dit belet uiteraard niet dat de eisers (en NYRSTAR) hun vragen voorleggen aan de deskundigen.

Artikel 973 Gerechtelijk Wetboek geeft aan de partijen en aan de deskundigen de mogelijkheid om snel en informeel mogelijke problemen in de uitvoering van de opdracht voor te leggen aan de rechtbank. In het licht hiervan is het niet opportuun nu al aan de deskundigen dergelijk keurslijf op te leggen.

6.2. De eisers vragen aan de rechtbank om de deskundigen specifiek te gelasten om de klokkenluider, Gilbert, te interviewen. Hij is de voormalige Internal Audit manager bij NYRSTAR. De eisers houden voor dat TRAFIGURA iedereen die iets dreigt te ondernemen tegen de overdracht van de activiteiten aan NYRSTAR en de vermeende verarming van NYRSTAR ten voordele van TRAFIGURA, het zwijgen wil opleggen.

NYRSTAR betwist dat ten stelligste. Zij laakt dat het verslag van GLOBAL RESOURCE ASSOCIATES INC. verwijst naar het feit dat diens bronnen verkiezen anoniem te blijven (stuk III.4, p. 3, eisers). Zij zegt "begrepen te hebben" dat het Zwitserse gerecht ingegaan is op de eis van TRAFIGURA en

dat "TRAFIGURA met succes juridische stappen heeft ondernomen tegen Gilbert". Zij verwijst daarvoor echter uitsluitend naar haar stuk G.7, een artikel uit de krant DE TIJD. Zij verwijst ook naar het onderzoek dat zij aan de commissaris gevraagd heeft over de aantijgingen van Gilbert, maar brengt ook daarvan de onderliggende stukken niet bij, en betwist niet dat de commissaris niet met Gilbert zelf gesproken heeft.

De vraag van de eisers is niet van elke grond ontbloot. TRAFIGURA heeft - terecht of onterecht - inderdaad de reputatie op te treden tegen wat zij meent nadelige berichtgeving te zijn. Dat blijkt onder andere uit de WIKIPEDIA pagina (een internet encyclopedie) over haar (in het Nederlands en in het Engels) en uit berichtgeving in THE GUARDIAN, een Britse krant. Gelet op deze reputatie (en ook als daarvoor goede tegenargumenten zouden zijn), is de vrees van de eisers dus niet kennelijk onredelijk.

Nu de aantijgingen van de klokkenluider - voor zover publiek bekend - naar de kern gaan van de toegekende opdracht, is de vordering om hem te laten horen door de deskundigen gegrond.

7. De provisionering van de expertisekosten

7.1. De tekst van artikel 169, lid 2 (oud) W.Venn. bepaalde dat de rechter het bedrag bepaalt dat de eisers in voorkomend geval vooraf in consignatie moeten geven voor de betaling van de kosten van het vennootschapsrechtelijk onderzoek. Deze zin is weggefallen in artikel 7:160 WVV.

NYRSTAR meent dat er geen enkele reden is om te vermoeden dat de wetgever verandering wilde brengen aan de tenlastelegging van de provisie aan de eisers, die dit immers kunnen recupereren op grond van artikel 7:159 WVV.

Indien de minderheidsvordering wordt afgewezen, kunnen de eisers persoonlijk in de kosten worden veroordeeld en, indien daartoe grond bestaat, tot schadevergoeding jegens de verweerders.

Wordt de vordering toegewezen, dan betaalt de vennootschap de bedragen terug die de eisers hebben voorgeschoten en die niet zijn begrepen in de kosten waartoe de verweerders zijn veroordeeld.

NYRSTAR beroept zich daarvoor op een artikel (F. VOET, "De minderheidsvordering - het heilig doel zonder middelen" TRV-RPS 2019, (255) 258, nr. 10).

Diezelfde auteur schrijft echter ook, terecht, dat "de mate waarin het vennootschapsrecht er al dan niet

in slaagt de belangen van de minderheidsaandeelhouders te beschermen (...) grote invloed op financiële structuren wordt toegedicht, aangezien een lage beschermingsgraad traditioneel afradend werkt ten aanzien van de publieke kapitaalmarkt” (l.c., nr. 2). Hij vraagt zich ook af of de initiële tenlastelegging van de kosten op de minderheidsaandeelhouders niet al te ontmoedigend werkt (l.c., nr. 20). Hij stelt vast dat wanneer de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, bevoegd voor het enquête-onderzoek, een verzoek gegrond verklaart, de rechtspersoon initieel de kosten van het onderzoek draagt (op basis van artikel 2:350 Nederlands Burgerlijk Wetboek (l.c., nr 33)). In de synthese die hij voorstelt zouden de kosten voor het deskundigenonderzoek moeten worden gedragen door de vennootschap. Indien de minderheidsvordering niet zou slagen en er dus geen aansprakelijkheid van de bestuurders wordt vastgesteld, stelt hij voor dat de kosten nog steeds gedragen worden door de vennootschap, tenzij wanneer de vordering niet op redelijke gronden blijkt te zijn ingesteld (l.c., nr 60).

7.2. In dit dossier is het duidelijk dat de kosten van het onderzoek dermate hoog kunnen zijn dat zij in werkelijkheid een minderheidsvordering niet alleen ontmoedigen, maar onbereikbaar maken.

NYRSTAR heeft reeds zeer hoge kosten gedragen voor de operatie die de minderheidsaandeelhouders bestrijden. NYRSTAR bevestigt in conclusie dat de totale professionele honoraria en kosten die zij betaalde voor de herstructurering van de groep ongeveer 78 miljoen euro bedroegen, of zowat 3 % van het totaal van 2,6 miljard euro aan schulden dat werd geherstructureerd.

Voorts is duidelijk dat NYRSTAR erg veel inspanningen gedaan heeft om in deze procedure (weliswaar eenzijdige) verslagen bij te brengen van haar experten. Gelet op de omvang en het detail daarvan waren deze vermoedelijk ook niet aan een lage prijs. Zij schrijft dat alleen al de gespecialiseerde onderzoeken die zij heeft laten uitvoeren, meer dan een miljoen euro kosten, weliswaar gedekt door haar verzekeraar.

De minderheidsaandeelhouders hebben eveneens aanzienlijke inspanningen geleverd om de vereiste aanwijzingen van gevaar te tonen. Het gevraagde onderzoek zou echter van een totaal andere orde zijn. Er is derhalve een daadwerkelijke asymmetrie in de machts- en de financiële verhoudingen tussen NYRSTAR en de eisers.

De wetgever wilde het vennootschapsrechtelijk onderzoek mogelijk maken voor aandeelhouders die slechts 1 % van de aandelen bezitten. De provisie in

een dossier van deze omvang opleggen aan de eisers, dreigt de vordering daartoe in de feiten onmogelijk te maken, hoewel deze beschikking al vastgesteld heeft dat er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap in het gedrang komen. Uit de rechtssystemen in de ons omringende landen, niet alleen Nederland, maar ook het Verenigd Koninkrijk, blijkt dat de provisie (initieel) opleggen aan de vennootschap tegemoet komt aan een nood om de minderheidsvordering niet tot loutere theorie te laten verworpen.

Om deze reden wordt de provisie ten laste gelegd van NYRSTAR.

V. Beslissing

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

- Verklaart de vordering van de eisers ontvankelijk en gegrond in volgende mate :

- Stelt aan als college van gerechtsdeskundigen, in toepassing van artikel 7:160 WVW

[...]

- Met als opdracht

- Te onderzoeken en te adviseren of de transacties tussen de NYRSTAR-groep en TRAFIGURA-groep op en na 9 november 2015 gesloten zijn conform het “at arm’s length” en op normale commerciële voorwaarden en, zo niet, te begroten welke rechtstreekse en onrechtstreekse schade NYRSTAR heeft geleden door schendingen van dit principe;

- Te onderzoeken en te adviseren of de voorwaarden voor de overdracht van alle rechten uit de overeenkomsten tussen TALVIVAARA MINING COMPANY-groep en NYRSTAR, door NYRSTAR aan TERRAFAME, WINTTAL OY LTD. en vervolgens aan TERRAFAME MINING, markconform waren en, zo niet, te begroten welke rechtstreekse en onrechtstreekse schade NYRSTAR heeft geleden door deze overdracht;

- Te onderzoeken welke de oorzaken waren van de zgn. liquiditeitscrisis, alsook of het noodzakelijk was om de bindende term sheet, de TFFA en de Lock-up Overeenkomst te sluiten, evenals te adviseren of de voorwaarden van voormelde overeenkomsten marktconform waren en, zo niet, de schade te begroten die NYRSTAR heeft geleden door het aangaan van deze overeenkomsten;



- Gelast het college van deskundigen om al zijn bevindingen in het kader van de onderzoeksopdracht gedetailleerd en gemotiveerd neer te schrijven in een omstandig deskundigenverslag, waarbij het een kopie van alle stukken voegt, op basis waarvan het tot zijn bevindingen kwam;
- Gelast het college van deskundigen om ook alle eventuele andere onregelmatigheden of aanwijzingen van onregelmatigheden die het tijdens zijn onderzoek ontdekt, die niet vervat zitten onder de onderzoeksopdracht, gedetailleerd en gemotiveerd neer te schrijven in het verslag, waarbij het een kopie van alle stukken voegt, op basis waarvan het tot zijn bevindingen kwam;
- Machtigt het college van deskundigen om zich te laten bijstaan door technische experts in het kader van hun onderzoeksopdracht;
- Gelast het college van deskundigen om de klokkenluiders, Gilbert, te horen;
- Veroordeelt NYRSTAR om binnen de vijftien dagen na kennisgeving van huidige beschikking een bedrag te consigneren van 100.000 euro + 21 % BTW = 121.000 euro ter griffie op rekening nr. BE72 6792 0089 8316 (Ref. C/20/00044) of op een rekening bij de kredietinstelling die partijen gezamenlijk hebben gekozen;
- Bepaalt het deel van het geconsigneerde voorschot dat momenteel wordt vrijgegeven aan de voorzitter van het college van deskundigen om hun kosten te dekken op 121.000 euro;
- Beveelt de deskundigen hun opdracht uit te voeren overeenkomstig de voorschriften van art. 962 tot 991*bis* van het Gerechtelijk Wetboek en hun eindverslag en kostenstaat neer te leggen ter griffie van de Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen samen met de door partijen overgemaakte nota's binnen de zes maanden na aanvangsdatum van de opdracht, en, indien die termijn niet haalbaar is, tijdig een verzoek tot verlenging in te dienen;
- Zegt dat het deskundigenonderzoek wordt uitgevoerd onder toezicht van de waarnemend Voorzitter van deze rechtbank, zetelend in kort geding;
- Behoudt de beslissing over de bijkomend gevraagde onderzoeksopdrachten, evenals over de kosten voor.

[...]

Noot

Deze beschikking kadert in de ruimere procedureslag die zich sinds enkele jaren afspeelt tussen Nyrstar NV en enkele van haar minderheidsaandeelhouders, en die diverse administratieve en gerechtelijke procedures omvat.

Enkele van die procedures werden reeds in dit tijdschrift gepubliceerd. Zo werd in de eerste aflevering van jaargang 2020 van dit tijdschrift een uitspraak in kort geding gepubliceerd over de vermeende schending van het vraagrecht van een groep minderheidsaandeelhouders (waarvan een deel ook bij de bovenstaande beschikking betrokken was) en de daaraan gekoppelde vordering tot nietigverklaring van een beslissing van de algemene vergadering (Vz. Orb. Antwerpen (afd. Antwerpen) 7 januari 2020, *TRV-RPS* 2020, 97). Later dat jaar hebben enkele van deze minderheidsaandeelhouders via een beroep tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, tevergeefs getracht om de algemene vergadering die zich in het kader van de alarmbelprocedure over de vrijwillige ontbinding van Nyrstar zou uitspreken, geen doorgang te laten vinden. Die uitspraak werd in de vijfde aflevering van voormelde jaargang gepubliceerd (RvS 1 juni 2020, nr. 247.689, *TRV-RPS* 2020, 601, noot T. COEN).

Met voorliggende beschikking werd dan weer op verzoek van enkele minderheidsaandeelhouders van Nyrstar NV een college van deskundigen aangesteld met als opdracht bepaalde transacties te onderzoeken, zoals omschreven in het dispositief.

Deze beschikking is niet definitief. Nyrstar NV tekende hoger beroep aan. Trafigura PTE Ltd en Trafigura PTE Group Ltd hebben op hun beurt derdenverzet ingesteld. Als gevolg van dat derdenverzet werd het deskundigenonderzoek per beschikking van 2 juli 2021 geschorst, en werden de debatten op bepaalde punten heropend. Ook in het hoger beroep werden de debatten heropend. (*T.C.*)