

RECHTBANK ROTTERDAM
sector civiel recht

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr
Uitspraak: 13 januari 2006

BESCHIKKING in kort geding in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SOUTHEAST U.S. HOLDINGS B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam,
verzoekster,
procureur mr. J.G.A. van Zuuren,
advocaat mr. A.A.H.J. Huizing en mr. J.K. Brandse te Amsterdam,

- tegen -

de naamloze vennootschap DIM VASTGOED N.V.,
gevestigd te Breda en kantoorhoudende te Rotterdam,
verweerster,
procureur mr. H.E. Schweers,
advocaat mr. H.J. de Kluiver en mr. R.M. de Winter te Amsterdam.

1. Het verloop van het geding

- De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van de volgende stukken:
- verzoekschrift met bijlagen ontvangen op 28 december 2005;
 - verweerschrift met bijlagen ontvangen op 10 januari 2006;
 - pleitnotities van mr. Huizing en mr. Brandse;
 - pleitnotities van mr. De Kluiver en mr. De Winter;
 - brief met bijlagen van 10 januari 2006 van mr. Huizing.

De raadslieden van partijen hebben de respectieve standpunten toegelicht ter zitting van 11 januari 2006.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding, voor zover thans van belang, van het volgende uitgegaan.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

2

2.1

Verzoekster is een 100% dochtervennootschap van Equity One Inc., een concurrent van verweerster.

2.2

Verzoekster is één van de aandeelhouders van verweerster.
Verweerster is een beleggingsmaatschappij in de zin van de Wet toezicht beleggingsinstellingen en het Besluit toezicht beleggingsinstellingen.
Dane Investment Management B.V. (hierna: DIM) is enig statutair bestuurder van verweerster.
De bestuurswerkzaamheden van DIM worden verricht op basis van een directie- en managementovereenkomst d.d. 14 maart 1997 (hierna: de DMO) tussen verweerster en DIM.

2.3

In de DMO is, voor zover thans van belang, het volgende opgenomen:
Verweerster wordt daarin aangeduid als "Vastgoed".

"Artikel 6.

(...)

3. *Als vergoeding voor de krachtens deze overeenkomst te voeren directie is Vastgoed aan DIM verschuldigd een vergoeding van eenduizend achthonderd vijfenzeventig tienduizendste procent (0,1875%) per kalenderjaar te berekenen over het eigen vermogen van Vastgoed per de eerste dag van het kalenderkwartaal, welke vergoeding bij vooruitbetaling opeisbaar is.*
4. *Als vergoeding voor het krachtens deze overeenkomst te voeren vastgoedbeheer is Vastgoed aan DIM verschuldigd een bedrag van vijf procent (5%) van de geïncasseerde huuropbrengsten (exclusief de aan de huurders in rekening te brengen exploitatiekosten) van het vastgoed, welke vergoeding telkenmale per kalendermaand over de in die kalendermaand te incasseren huuropbrengsten bij vooruitbetaling opeisbaar is. In deze vergoeding zijn de kosten voor de door DIM te verrichten werkzaamheden als in dit lid bedoeld begrepen, alsmede de kosten van de door DIM ingeschakelde (rechts)personen als bedoeld in artikel 5. Alle overige kosten verband houdende met de instandhouding en de exploitatie van het vastgoed zijn voor rekening van Vastgoed.*

(...)

Artikel 8.

Deze overeenkomst treedt op 1 april 1997 in werking en heeft een looptijd van tien jaren, derhalve tot en met 31 maart 2007. Behoudens opzegging conform artikel 10 wordt deze overeenkomst na afloop van de eerste termijn van tien jaar en opvolgende termijnen van vijf jaar, telkens met perioden van vijf jaren verlengd.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

3

Artikel 10.

1. *Opzegging tegen het einde van de eerste tien jaar en volgende perioden van vijf jaar dient te geschieden bij aangetekende brief of deurwaardersexploït en met een opzegtermijn van ten minste twaalf maanden.*
(...)

Artikel 11.

1. *Ingeval van tussentijdse opzegging door Vastgoed, als bedoeld in artikel 10 lid 1, heeft DIM tevens recht op een extra vergoeding voor haar inspanningen ten behoeve van de opzet, ontwikkeling en realisatie van het beheer voor Vastgoed.*
2. *De hoogte van deze vergoeding bedraagt het vijfvoud van de vergoeding waartoe DIM in de voorafgaande periode van twaalf maanden gerechtigd was krachtens artikel 6 lid 3 en 4, van deze overeenkomst.*

2.4

Bij brief van 9 december 2005 heeft Equity One Inc. en bij brief van 19 december 2005 heeft verzoekster het bestuur en de raad van commissarissen van verweerster verzocht een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen op uiterlijk 20 januari 2006. In de brief van 19 december 2005 heeft verzoekster de volgende twee agendapunten voorgesteld:

1. *The recommendation that the Supervisory Board of the Company (vzr: bedoeld is verweerster) immediately prepare and deliver to Dane Investors Management B.V. ("DIM B.V.") a notice of non-renewal of the existing management agreement (the "DMO") between the Company and DIM B.V.; and*
2. *the appointment of Messrs. Rob Meuter and John van Leeuwen as the two persons to represent the Company in its evaluation of alternative offers to manage the Company commencing April 2007 on competitive market terms and conditions."*

2.5

Op 23 december 2005 heeft de raad van commissarissen van verweerster in een uitvoerig gemotiveerde brief aan Equity One Inc. ter attentie van de directeur van verzoekster laten weten dat en waarom zij het verzoek niet zal honoreren, doch dat op 17 februari 2006 een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders bijeengeroepen zal worden.

2.6

Op 17 februari 2006 staat een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders gepland. Op de vergadering zal worden gesproken over de DMO. In een terzake uitgebracht persbericht is vermeld:

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

4

"Zoals bekend zal op uiterlijk 31 maart 2006 een beslissing moeten worden genomen tot opzegging of voortzetting van de tien jaar geleden bij de oprichting van DIM Vastgoed N.V. aangegane Directie- en Management Overeenkomst ("DMO") met Dane Investors Management B.V.

De Raad van Commissarissen — die bestaat uit personen die volstrekt onafhankelijk zijn van de directie en de aandeelhouders en op geen enkele wijze een tegenstrijdig belang hebben met de vennootschap of haar aandeelhouders — geeft momenteel leiding aan een proces van evaluatie van de DMO. Dit proces omvat ook de vraag naar de wenselijke toekomstige bestuurs- en beheerstructuur van de vennootschap. Dit proces van evaluatie zal eind januari 2006 worden afgerond.

De uitkomsten van de evaluatie zullen door de Raad van Commissarissen worden uiteengezet in een aandeelhouderscirculaire die nader zal worden toegelicht en besproken in een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders die op 17 februari 2006 zal worden gehouden. Aandeelhouders zullen hierbij in de gelegenheid zijn zich over een en ander uit te spreken."

3. Het geschil

3.1

Verzoekster verzoekt de voorzieningenrechter, kort gezegd en zakelijk weergegeven, haar te machtigen tot de bijeenroeping van een algemene vergadering van aandeelhouders van verweerster op uiterlijk 20 januari 2006, met de volgende agendapunten:

- de aanbeveling dat de raad van commissarissen van verweerster onmiddellijk een aanzegging van niet-verlenging van de DMO voorbereidt en verzendt aan DIM;
- het voorstel tot benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders van één of meer personen met als concreet voorstel de benoeming van de heer Rob Meuter en de heer John van Leeuwen die verweerster zullen vertegenwoordigen inzake de beëindiging dan wel voortzetting dan wel aanpassing van de DMO, alsmede de verkenning van alternatieven voor de DMO en het onderhandelen en sluiten van een nieuwe of aangepaste directie- en managementovereenkomst op basis waarvan verweerster per april 2007 zal worden bestuurd, één en ander met vrijwaring van genoemde personen door verweerster ter zake van de door hen verrichte werkzaamheden en onder bepaling dat de door genoemde personen in redelijkheid gemaakte kosten ten laste van verweerster komen.

Tevens heeft verzoekster ter zitting de voorzieningenrechter verzocht ambtshalve (ex art. 6:111 BW) te bepalen dat de notaris van verweerster wordt aangewezen als degene die met de leiding van de aandeelhoudersvergadering zal zijn belast.

3.2

Verzoekster baseert haar verzoek op de stelling dat het statutair bestuur van

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

5

verweerster betrokken is of wordt in een besluitvormingsproces waarin zij een tegenstrijdig belang heeft.

Het tegenstrijdig belang bestaat hierin dat DIM een aanzienlijk financieel belang heeft bij voortzetting van de DMO, welk belang strijdig is met het belang van de vennootschap en haar aandeelhouders.

Verzoekster acht het wenselijk dat de algemene vergadering van aandeelhouders één of meer objectieve derden zal aanwijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen bij de beëindiging dan wel aanpassing van de DMO.

De vergadering door verweerster gepland op 17 februari 2006 is te laat nu verzoekster onvoldoende tijd resteert om na die datum alternatieven te zoeken voor de DMO voor 31 maart 2006.

3.3

Verweerster voert, kort gezegd, het volgende verweer.

Het verzoek van verzoekster ontbeert een redelijk belang. Op 17 februari 2006 wordt een algemene vergadering van aandeelhouders gehouden; daarop zullen de onderwerpen die verzoekster wenst te bespreken, dat wil zeggen de te volgen gedragslijn rond de DMO gelet op de naderende datum waartegen die kan worden opgezegd, worden besproken. Het verzoek van verzoekster is gedaan op oneigenlijke gronden en met een doel en agendapunten die in strijd zijn met het recht.

3.4

Hetgeen overigens door partijen is aangevoerd, zal, voor zover van belang bij de beoordeling worden besproken.

4. De beoordeling

4.1

In artikel 2:111 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is bepaald dat de voorzieningenrechter de verzochte machtiging verleent indien verzoekster summierlijk heeft doen blijken dat de in artikel 2:110 BW gestelde voorwaarden zijn vervuld en dat zij een redelijk belang heeft bij het houden van de vergadering.

Artikel 2:110 lid 1 BW stelt, kort gezegd, voorwaarden voor de ontvankelijkheid.

Deze criteria worden hierna besproken.

4.1.1

Verzoekster dient minimaal een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal van verweerster te vertegenwoordigen. Verzoekster heeft gesteld dat zij een belang van in totaal 32,91% van het geplaatste aandelen kapitaal houdt. Verweerster heeft daarentegen gesteld dat het belang van verzoekster slechts 15,5% is.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

6

Wat daar ook van zij, in ieder geval is voldaan aan het vereiste kapitaalsbelang van minimaal 10% van de aandelen in het geplaatste kapitaal.

4.1.2

Verder is het de voorzieningenrechter gebleken dat verzoekster, voorafgaande aan het indienen van het onderhavige verzoek, het bestuur en de raad van commissarissen schriftelijk en onder nauwkeurige opgave van de te behandelen onderwerpen heeft verzocht een algemene vergadering bijeen te roepen; dit blijkt uit de in 2.4 hiervoor weergegeven brief van 19 december 2005. Opgemerkt zij dat de brief van 9 december 2005 in dit verband niet in aanmerking is genomen. Nog daargelaten dat zij niet uitgaat van verzoekster (maar van Equity One Inc.) waarvan partijen echter geen punt maken, zij bevat niet de beide thans aan de orde gestelde agenda punten in voldoende nauwkeurige vorm om gezien te kunnen worden als het verzoek als bedoeld in artikel 6:110 lid 1 (2^e zin) BW.

4.1.3

Verweerster heeft bij brief van 23 december 2005 schriftelijk medegedeeld dat een bijzondere algemene aandeelhouders vergadering bijeen wordt geroepen op 17 februari 2006. Zodoende heeft de raad van commissarissen van verweerster geen maatregelen getroffen opdat de algemene vergadering van aandeelhouders binnen zes weken na 19 december 2005, dus uiterlijk op 1 februari 2006, kon worden gehouden.

4.2

Gezien het voorgaande heeft verzoekster summierlijk doen blijken dat de in artikel 2:110 lid 1 BW gestelde voorwaarden zijn vervuld.

In hoeverre een redelijk belang van verzoekster aanwezig is bij haar verzoek om de vergadering bijeen te roepen op, zoals zij voorstaat uiterlijk 20 januari 2006, zodat onder andere de door haar voorgestelde twee agendapunten kunnen worden behandeld wordt hierna besproken.

4.2.1

Daarbij zal eerst de datum worden gezien.

Verzoekster heeft voorgesteld de vergadering te vervroegen naar 20 januari 2006, dus vier weken vroeger dan thans is gepland.

4.2.2

Indien verweerster wél de nodige maatregelen had getroffen om de vergadering binnen zes weken na het verzoek te houden, zou de vergadering plaats vinden op uiterlijk 1 februari 2006. Hoewel dus strikt genomen de vergadering 16 dagen later is gepland dan artikel 6:110 BW voorschrijft is deze vertraging zo gering dat op dit punt slechts tot toewijzing kan worden besloten als verzoekster daarbij een zeer zwaarwegend en dringend belang heeft.

Het belang dat verzoekster aangeeft is de DMO, die zonder opzegging op 31

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

7

maart 2006 (tegen 31 maart 2007) op laatstgenoemde datum van rechtswege wordt verlengd met een periode van vijf jaar. Verzoekster tracht dit laatste, gezien de in de DMO, hiervoor (deels) onder 2.3, opgenomen financiële bepalingen, te voorkomen. Indien de vergadering op 17 februari 2006 plaats heeft, hebben de door verzoekster voorgestelde derden te weinig tijd om inzake de beëindiging dan wel voortzetting dan wel aanpassing van de DMO te onderhandelen en tot het sluiten van een nieuwe of aangepaste directie- en managementovereenkomst te komen vóór 31 maart 2006, zo stelt verzoekster.

Uit hetgeen ter terechtzitting is besproken en uit de tekst van de DMO maakt de voorzieningenrechter op dat de DMO na opzegging doorloopt voor een termijn van twaalf maanden die, indien de DMO wordt opgezegd, ingaat op 31 maart 2006, hetgeen voldoende gelegenheid geeft om een nieuwe dan wel gewijzigde overeenkomst voor te bereiden en te sluiten. Niet aannemelijk is geworden dat het noodzakelijk is dat overleggen en voorstellen voor een nieuwe DMO reeds voor 31 maart 2006 worden afgerond en ingediend.

4.2.3

Daar komt bij dat verweerster ook op andere gronden gemotiveerd verweer heeft gevoerd tegen vervroeging van de vergaderdatum. De week die na dit vonnis rest om alle aandeelhouders op te roepen is te kort, zeker nu deugdelijke voorbereiding van die vergadering door alle betrokkenen noodzakelijk is.

Nu overigens niet is gebleken van andere zwaarwegende belangen van verzoekster op grond waarvan de vergadering zou moeten worden vervroegd en geleet op het feit dat de (voortzetting van de) DMO als zodanig op de agenda van de aandeelhoudersvergadering van 17 februari 2006 is opgenomen (op dit punt wordt hierna teruggekomen) acht de voorzieningenrechter geen redelijk belang aanwezig om de vergadering met vier weken te vervroegen naar 20 januari 2006.

5.1

De kwestie van de termijn moet worden gezien als een apart element van het verzoek, dat losstaat van hetgeen wordt verzocht omtrent de punten die verzoekster ter vergadering ter besluitvorming geagendeerd wil zien. Ook bij dat andere deel van het verzoek, waaraan de voorzieningenrechter thans toekomt, dient verzoekster een redelijk belang te hebben. Bij de beoordeling daarvan behoeven daartoe achtereenvolgens de volgende vragen beantwoording:

- a. Is het achterliggende doel van het verzoek te beschouwen als een legitiem belang van verzoekster als aandeelhouder? Daarbij komt het niet alleen aan op het door haar geëxpliciteerde doel, maar ook op een eventueel ander aannemelijk geworden doel.
- b. Is het thans aan de voorzieningenrechter voorliggende verzoek een geschikt en geëigend middel om dat doel te bereiken?
- c. Zijn er omstandigheden van feitelijke of juridische aard die desalniettemin nopen tot de conclusie dat het belang dat verzoekster heeft geen redelijk

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

8

belang in de zin van artikel 6:111 BW oplevert?

5.2

Voor wat betreft de onder a. vermelde vraag heeft verzoekster aangevoerd dat zij besluitvorming over de voortzetting van de DMO beoogt, die ertoe leidt dat ofwel de DMO wordt beëindigd en met een andere partij wordt gecontracteerd ofwel de voorwaarden van de DMO met DIM worden gewijzigd. Daarmee wenst zij te bereiken dat met name de kosten (onder meer bestaande uit de management fee, die in feite neerkomt op de beloning van de bestuurder) worden teruggebracht tot een marktconform niveau en aldus het rendement toeneemt.

Dat verzoekster dit in elk geval mede beoogt is niet voldoende gemotiveerd betwist en vindt ook steun in de overgelegde producties.

(De voorzieningenrechter leest overigens in de stellingen van verzoekster kennelijk anders dan verweerster wel dat zij de huidige kosten, voortvloeiend uit de DMO, te hoog vindt, maar niet dat in verzoeksters visie sprake is van wanbeleid; als zij dat heeft bedoeld heeft zij het onvoldoende gemotiveerd.)

5.2.1

De voorzieningenrechter acht dit een legitiem doel van verzoekster als aandeelhouder. Daarbij is meegewogen dat aan het optimaliseren van het rendement -dat altijd wordt en mag worden nagestreefd door aandeelhouders - bij een beleggingsmaatschappij als de onderhavige veel gewicht toekomt, meer dan bij een onderneming van andere aard. De omstandigheid dat verzoekster, toen zij aandeelhouder werd, op de hoogte was van de kostenstructuur, van de DMO en van de verhouding van de vennootschap met DIM doet daaraan niet af, evenmin als de omstandigheid dat de vennootschap in feite een beleggingsproduct van DIM is, zoals verweerster stelt. Met de keuze voor deze vennootschappelijke structuur heeft DIM immers zelf de beleggers de positie van aandeelhouder verschaft, inclusief de ingevolge de wet aan aandeelhouders toekomende rechten en positie.

5.2.2

Verweerster heeft nog aangevoerd, dat verzoekster in feite beoogt de macht over de vennootschap over te nemen; verzoekster betwist dat. Op basis van de thans beschikbare informatie, met name ten aanzien van de poging tot overname, sluit de voorzieningenrechter niet uit, dat dit verzoek mede beoogt een dergelijke overname te faciliteren.

Dat doel is, gezien de omstandigheid dat, hoewel partijen twisten over de exacte omvang van het aandelenpakket, wel vast staat dat verzoekster een minderheidsaandeelhouder is, die daarmee dus een niet met haar aandelenpakket corresponderende zeggenschap zou verkrijgen, geen legitiem doel. Daarbij doet niet ter zake of verzoekster al dan niet de feitelijke steun van andere, tamelijk grote, minderheidsaandeelhouders heeft, nu deze zich niet aan de zijde van verzoekster hebben geschaard in deze procedure.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

9

Niet aannemelijk is echter geworden, dat de machtsovername de enige werkelijke bedoeling van verzoekster is; verzoekster streeft, voor zover dat thans op basis van de beschikbare informatie te beoordelen is, ook daadwerkelijk en los van een eventueel gewenste overname het terugbrengen van de kosten na.

Dat betekent dat in het navolgende (uitsluitend) rekening gehouden zal worden met dat legitieme doel.

5.3

Voor wat betreft de onder b. vermelde vraag moet vooropgesteld worden, dat vast staat dat de DMO uiterlijk op 31 maart 2006 kan worden opgezegd, dat deze anders ongewijzigd nog 5 (de opzeggingstermijn meegeteld nog 6) jaar van kracht zal blijven en dat de DMO op dit moment nog niet opgezegd is, terwijl opzegging door de vennootschap zal moeten geschieden. Voorts staat vast dat verzoekster reeds in bilaterale contacten met met name de Raad van Commissarissen (hierna: de rvc) deze kwestie aan de orde heeft gesteld, zonder dat daarop een voor haar bevredigende reactie is gevolgd.

In die situatie is het ter discussie stellen en eventueel in stemming brengen van voorstellen die kunnen leiden tot opzegging of wijziging van de DMO op een ava voor verzoekster als aandeelhouder op zichzelf een geschikt middel om haar doel te bereiken.

5.3.1

Als de voorgestelde agendapunten nader worden gezien, dan blijkt echter dat het eerste punt niet geschikt is voor het bereiken van dat doel, althans slechts in beperkte mate, op grond van het volgende.

Tussen partijen is (inmiddels) in confesso dat van een bindende aanwijzing te geven door de ava aan de rvc, inhoudende de - zeer concrete en bepaalde- verplichting dat de rvc "onmiddellijk een aanzegging van niet-verlenging van de DMO voorbereidt en verzendt aan DIM BV" in het wettelijk systeem geen sprake kan zijn.

Het voorstel strekt dan ook slechts tot een aanbeveling, een suggestie voor een te volgen gedragslijn.

Een dergelijke suggestie kan echter slechts in geringe mate worden beschouwd als een geschikt middel om genoemd doel te bereiken. De rvc is immers reeds maanden op de hoogte van de (kennelijk uitvoerig toegelichte) standpunten van verzoekster op dit punt, met inbegrip van haar inschattingen van de steun die zij daarvoor heeft bij haar mede-aandeelhouders. Aangenomen moet worden (mede in aanmerking genomen hetgeen hierna zal worden overwogen over de besluitvormingsprocedure) dat met dat standpunt door de rvc reeds rekening wordt gehouden. De enige meerwaarde die dit agendapunt zou kunnen hebben voor het bereiken van het doel is het helder krijgen van de mate, waarin de visie van verzoekster door de andere dan aanwezige aandeelhouders wordt gedeeld. Het tweede punt moet op zichzelf geschikt geacht worden voor het bereiken van het doel.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

10

5.3.2

Voor de vervolgens voorliggende vraag of het agenderen van deze punten, alle omstandigheden in aanmerking nemend, een geëigend middel is dienen voorts andere aspecten meegewogen te worden, zoals de beschikbaarheid van andere, minder belastende alternatieven.

In dat verband moet vooropgesteld worden dat verweerster erkent dat sprake is van een tegenstrijdig belang bij haar enig bestuurder als het gaat om de beslissing omtrent het al dan niet opzeggen of wijzigen van de DMO. Daarom heeft de rvc de taak ter hand genomen, zoals in het onder 2.6 vermeld persbericht is te lezen en verweerster ter zitting meermalen uitvoerig en met klem heeft bevestigd, om een evaluatie van de DMO te vervaardigen en voorstellen te doen omtrent de toekomst. Het rapport van de rvc (dat thans nog niet gereed is en op de inhoud waarvan niet vooruit gelopen kan worden) zal ter vergadering van 17 februari 2006 besproken worden en de aandeelhouders zullen zich dan ook kunnen uitspreken, zo nodig in de vorm van een stemming, over de (al dan niet gewijzigde) voortzetting dan wel opzegging van de DMO, aldus verweerster. Verzoekster heeft daartegenover gesteld - en aan haar verzoek ten grondslag gelegd - dat zij onvoldoende vertrouwen heeft in de rvc, dat zij vreest, dat het rapport van de rvc niet tegemoet zal komen aan haar wensen en dat de eventueel in stemming te brengen voorstellen om die reden niet acceptabel zullen zijn, terwijl de tijd om alternatieven te ontwikkelen waarover besluitvorming in de ava zou kunnen volgen dan ontbreekt. Om die reden acht zij het aanwijzen van derden, die belast zullen worden met de opdracht (niet alleen) de vennootschap te vertegenwoordigen inzake de beëindiging dan wel, al dan niet gewijzigde, voortzetting van de DMO (maar ook) alternatieven te verkennen voor, te onderhandelen over, en te komen tot het sluiten van een nieuwe of aangepaste management-overeenkomst, noodzakelijk.

5.3.3

Op basis van de overgelegde stukken en de omstandigheid dat verzoekster op zichzelf niet ontkent dat verweerster de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: de code) volgt voor wat betreft de regels aangaande de besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang, acht de voorzieningenrechter voorshands aannemelijk dat die besluitvorming in beginsel voldoet aan de verhoogde zorgvuldigheidsvereisten die daaraan te stellen zijn. (Dat verweerster inhoudelijk niet voldoet aan de voorschriften van de code aangaande de beloning voor het bestuur, naar in het jaarverslag wordt uitgelegd, juist als gevolg van de structuur met de DMO, doet daarbij niet ter zake.)

Voorts is het wantrouwen, dat verzoekster koestert ten opzichte van de rvc, slechts onderbouwd met een verwijzing naar de weigering van de rvc om zonder meer over te gaan tot opzegging van de DMO. Die onderbouwing is onvoldoende. Van de rvc kon, in de gegeven omstandigheden, in redelijkheid niet verlangd worden dat hij een dergelijke ingrijpende beslissing zonder meer zou nemen op de enkele grond dat een minderheidsaandeelhouder

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

11

hem dat vroeg.

Omtrent enig tegenstrijdig belang bij de rvc zelf en/of bijzondere banden tussen hem en de bestuurder is niets gesteld of gebleken.

5.3.4

Dat betekent, dat de voorzieningenrechter van oordeel is, dat met de door verweerster in gang gezette aanpak - te weten het opstellen van de evaluatie met daaruit voortvloeiende voorstellen door de rvc en het vervolgens presenteren daarvan aan de ava waarna de ava, zich daarover kan uitspreken -, in dit geval de juiste wijze van besluitvorming wordt gehanteerd. Als deze aanpak daadwerkelijk wordt gevolgd, hetgeen de voorzieningenrechter gegeven de gedane toezeggingen aanneemt, is daarmee ook verzekerd dat de rvc kennis neemt van de opvatting van de aanwezige aandeelhouders. Het enige nut dat het eerste agendapunt in hetgeen hiervoor werd overwogen leek te hebben, ontbreekt bij nader inzien derhalve toch.

5.3.5

Het door verzoekster geformuleerde tweede deel van het tweede agendapunt, dat er op neerkomt dat het besluitvormingsproces grotendeels in handen van derden wordt gelegd, kan gelet op hetgeen hiervoor werd overwogen in casu dus niet worden beschouwd als een geëigend middel om het doel te bereiken. De uitslag van een reeds ingezette, juiste besluitvormingsprocedure moet eerst worden afgewacht voordat in redelijkheid kan worden aangestuurd op een ingrijpend alternatief dat, zo het juridisch al mogelijk is, in elk geval tot aanzienlijke juridische en praktische problemen zal leiden. Omdat op de vergadering van 17 februari 2006 de evaluatie en de voorstellen van de rvc aan de ava zullen worden voorgelegd is er ook geen sprake van dat het moment waarop de aandeelhouders zich kunnen uitspreken te laat zal zijn met het oog op meergenoemd doel. De opzegging van de DMO, de concrete handeling die in voorkomend geval dan voortvarend dient te worden verricht, is immers uiterst overzichtelijk en vergt nauwelijks voorbereiding.

5.3.6

Bespreking behoeft dus nog slechts het eerste deel van het tweede voorgestelde agendapunt.

De voorzieningenrechter is met verzoekster van oordeel, dat art. 2:146 BW op zichzelf ruimte geeft voor de ava om derden aan te wijzen voor de daadwerkelijke vertegenwoordiging van de vennootschap bij het opzeggen dan wel in gewijzigde vorm voortzetten van de DMO.

Deze bepaling is, gegeven de jurisprudentie, van dwingend recht, terwijl er geen steekhoudende redenen zijn om aan te nemen dat zij, in weerwil van de tekst van de wet, niet van toepassing zou zijn op een beursgenoteerde beleggingsmaatschappij met veranderlijk kapitaal als de onderhavige vennootschap. De enkele omstandigheid dat in de literatuur wordt betoogd dat die toepasselijkheid minder wenselijk is en wetswijziging aanbeveling zou verdienen is daartoe onvoldoende.

Zaak-/rolnummer: 252685/05-3175vr

12

Een dergelijke aanwijzing van derden is echter geen geschikt en geëigend middel om het doel van verzoekster te bereiken. Het resultaat zal immers slechts zijn, dat de aan te wijzen derden in feite een vetorecht dan wel verkapt goedkeuringsrecht hebben ten aanzien van de aan hen concreet voorgelegde rechtshandeling. De ongewijzigde voortzetting van de DMO vergt geen rechtshandeling, nu de overeenkomst bepaalt dat zij wordt verlengd tenzij zij wordt opgezegd. Het komt er dus op neer, dat die derden kunnen weigeren om namens de vennootschap een stuk te tekenen, dat zou leiden tot opzegging of aanpassing van de DMO. In dat geval brengt de wijze waarop art. 8 DMO is geformuleerd echter mee, dat de DMO automatisch wordt verlengd, hetgeen nu juist de situatie is die verzoekster wenst te voorkomen.

Nu verzoekster dit naar moet worden aangenomen ook weet, zijn de positieve effecten die verzoekster van de aanwijzing van derden verwacht dus alleen gelegen in de bemoeienis van deze derden met het besluitvormingsproces die zijn verwoord in het tweede deel van dit agendapunt. Daarvan is hiervoor beslist dat en waarom daarvoor op dit moment geen plaats is.

Dat betekent, dat verzoekster bij het opnemen van dit tweede agendapunt geen redelijk belang heeft.

5.3.7

De voorzieningenrechter merkt nog op, dat het betoog van verzoekster omtrent het geactiveerde aanwijzingsrecht, ook als van de juistheid daarvan wordt uitgegaan, voor het vorenstaande geen verschil maakt, gegeven het kader van deze procedure, waarin niet meer of anders aan de orde is dan dit verzoek ex art. 2:110 jo. 111 BW, en uitgegaan moet worden van de thans bestaande situatie.

5.4

De slotsom van dit alles moet dus zijn, dat verzoekster, alle omstandigheden in aanmerking genomen, geen redelijk belang heeft bij het verzoek zodat het verzoek in al zijn onderdelen dient te worden afgewezen. Vanzelfsprekend is in deze situatie ook geen ruimte voor het aanwijzen van een voorzitter voor de ava, zoals verzoekster had geopperd. Bespreking van de overige verweren zal bij gebrek aan belang achterwege blijven.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter,

wijst af het verzoek, in al zijn onderdelen.

Deze beslissing is gegeven door mr. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten,
voorzieningenrechter.
1739/106

