

# ECLI:NL:GHAMS:2018:540

|                      |                                                                                                           |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Amsterdam                                                                                     |
| Datum uitspraak      | 19-02-2018                                                                                                |
| Datum publicatie     | 19-02-2018                                                                                                |
| Zaaknummer           | 200.219.682/01 OK                                                                                         |
| Rechtsgebieden       | Ondernemingsrecht                                                                                         |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - meervoudig                                                                                |
| Inhoudsindicatie     | OK; jaarrekeningprocedure; bevel aanpassing jaarrekening en volgende jaarrekeningen; art. 2:447 en 451 BW |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                            |

## Uitspraak

beschikking

---

**GERECHTSHOF AMSTERDAM**  
**ONDERNEMINGSKAMER**

zaaknummer: 200.219.682/01 OK

beschikking van de Ondernemingskamer van 19 februari 2018

inzake

1. de vennootschap naar vreemd recht

**OM-HANDELS GMBH,**

gevestigd te Würzburg, Duitsland,

2. de vennootschap naar vreemd recht,

**MW HOLDING GMBH,**

gevestigd te Wels, Oostenrijk,

**VERZOEKSTERS,**

advocaten: **mr. P.N. Ploeger** en **mr. R.M. Hermans**, kantoorhoudende te Amsterdam,

t e g e n

de naamloze vennootschap

**STEINHOFF INTERNATIONAL HOLDINGS N.V.,**

gevestigd te Amsterdam,

**VERWEERSTER,**

advocaten: **mr. A.F.J.A. Leijten**, **mr. J.B.S. Hijink** en **mr. M.J. Ubbens**, kantoorhoudende te Amsterdam.

## **1 Het verloop van het geding**

1.1 In het vervolg zullen partijen en andere rechtspersonen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster sub 1 met OM-Handels;
- verzoekster sub 2 met MW Holding;
- verzoeksters sub 1 en 2 gezamenlijk met OM-Handels c.s.;
- verweester met Steinhoff;
- LiVest GmbH met LiVest;
- POCO Einrichtungsmärkte GmbH met POCO;
- Stichting Autoriteit Financiële Markten met AFM.

1.2 OM-Handels c.s. hebben bij op 19 juli 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht Steinhoff te bevelen haar jaarrekening en het jaarverslag over het verlengde boekjaar 2015/2016 over de periode van 1 juli 2015 tot en met 30 september 2016 (door partijen ook aangeduid als 'de jaarrekening 2016' en hierna als: de Jaarrekening) en over toekomstige boekjaren in te richten met inachtneming van de bezwaren opgenomen in het verzoekschrift, overeenkomstig door de Ondernemingskamer te geven aanwijzingen, met veroordeling van Steinhoff in de kosten van deze procedure.

1.3 Steinhoff heeft bij op 4 september 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht OM-Handels c.s. niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoek, althans het verzoek af te wijzen, alsmede OM-Handels c.s., uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen in de kosten van de procedure.

- 1.4 Bij op 4 september 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen brief heeft de AFM, op grond van de Wet toezicht financiële verslaglegging belast met toezicht op de naleving van financiële verslaggevingsvoorschriften voor effectenuitgevende instellingen, gebruik gemaakt van de haar geboden mogelijkheid om schriftelijk haar zienswijze kenbaar te maken ten aanzien van de in het verzoekschrift opgenomen onderwerpen.
- 1.5 P.W. Seinstra (hierna: Seinstra), de controlerend accountant verbonden aan Deloitte Accountants B.V., heeft bij op 4 september 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen brief laten weten geen gebruik te maken van de hem geboden mogelijkheid om ter zitting te worden gehoord en/of vooraf schriftelijk zijn zienswijze kenbaar te maken ten aanzien van de in het verzoekschrift opgenomen onderwerpen.
- 1.6 De Ondernemingskamer heeft het verzoek op 21 september 2017 behandeld ter terechtzitting met gesloten deuren. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt. De AFM heeft gebruik gemaakt van de haar op de voet van artikel 2:450 lid 4 BW geboden gelegenheid om te worden gehoord en heeft bij monde van A.W.J. Meershoek Msc RA RC haar standpunt toegelicht.
- 1.7 Bij e-mail van 22 december 2017 heeft de Ondernemingskamer partijen bericht dat zij kennis heeft genomen van het artikel in Het Financieele Dagblad van donderdag 14 december 2017 met de kop *“Worstelend Steinhoff trekt jaarrekening 2016 in”* alsmede van het persbericht van diezelfde datum van Steinhoff met de kop *“Steinhoff Restatement Of Consolidated Financial Statements”*. In dat persbericht heeft Steinhoff onder meer verklaard dat: (...) *based on section 2:362 (6) of the Dutch Civil Code, the 2016 consolidated financial statements will need to be restated and can no longer be relied upon*. De Ondernemingskamer heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of de in die berichten opgenomen informatie consequenties heeft voor het verdere verloop van de procedure, en zo ja, welke.
- 1.8 OM-Handels c.s. hebben bij e-mail aan de Ondernemingskamer van 29 december 2017 gewezen op berichtgeving van Steinhoff, inhoudend dat zij een mededeling heeft gedaan overeenkomstig artikel 2:362 lid 6 BW, en zich – kort samengevat – op het standpunt gesteld dat zij onverkort belang hebben bij het verkrijgen van een aanwijzing van de Ondernemingskamer nu Steinhoff in geen van de persberichten is ingegaan op de wijze waarop POCO is en zal worden verantwoord in haar jaarrekeningen.
- 1.9 Steinhoff heeft bij e-mail aan de Ondernemingskamer van 5 januari 2018 onder meer het volgende bericht: *“Door middel van het Persbericht heeft Steinhoff de jaarrekening 2015/2016 echter ingetrokken (een zogenoemde désaveuverklaring als bedoeld in art. 2:362 lid 6 BW)”* en zich – kort samengevat – primair op het standpunt gesteld dat de Jaarrekening niet meer bestaat, zodat het verzoek van OM-Handels c.s. bij gebrek aan feitelijke grondslag moet worden afgewezen; subsidiair heeft zij verzocht de procedure aan te houden in afwachting van het opmaken en publiceren van een nieuwe jaarrekening over 2015/2016.
- 1.10 Bij e-mail van 5 januari 2018 hebben OM-Handels c.s. de Ondernemingskamer – zakelijk weergegeven – primair verzocht de, volgens hen, door Steinhoff bij e-mail van 5 januari 2018 nieuw opgeworpen verweren buiten beschouwing te laten omdat de door de Ondernemingskamer gestelde vraag daarvoor geen ruimte biedt. Subsidiair hebben zij aangevoerd dat met een verklaring als bedoeld in artikel 2:362 lid 6 BW de jaarrekening niet wordt ingetrokken omdat noch de jaarrekening noch het vaststellingsbesluit van de algemene vergadering daarmee wordt aangetast.
- 1.11 De Ondernemingskamer heeft partijen bij e-mail van 8 januari 2018 laten weten dat de hiervoor

omschreven uitlatingen van partijen geen aanleiding vormen voor herziening van haar eerdere bericht aan partijen dat uitspraak zal worden gedaan op de daarin aangekondigde (streef)datum alsmede dat zij nieuw opgeworpen verweren – zo die al te lezen zijn in de uitlatingen – gelet op het stadium waarin de procedure zich bevond, wegens strijd met de goede procesorde, buiten beschouwing zal laten. De stellingen van partijen over artikel 2:362 lid 6 BW zullen hierna in 3.11 aan de orde komen.

## 2 De feiten

De Ondernemingskamer gaat, naar de datum van de mondelinge behandeling, uit van de volgende feiten:

### *Steinhoff*

2.1 Steinhoff, opgericht op 22 juni 2015, staat aan het hoofd van een multinational *retailconcern* op het gebied van huishoudartikelen, meubels en algemene handelswaren. Als zodanig is zij in de plaats getreden van Steinhoff International Holdings Ltd, wier volledige geplaatste aandelenkapitaal zij per 7 december 2015 heeft verworven tegen uitgifte van eigen aandelen; de Ondernemingskamer zal hierna de aanduiding Steinhoff ook hanteren voor dit voormalige concernhoofd. Het concern telt circa 130.000 werknemers en is actief in meer dan 30 landen. Steinhoff is statutair gevestigd in Amsterdam en heeft noteringen aan de Frankfurt Stock Exchange (hierna: FSE) en aan de Johannesburg Stock Exchange (hierna: JSE). Zij is een effecten uitgevende instelling als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht en onderworpen aan toezicht door de AFM. Aan de wieg van het concern stond Bruno Steinhoff, die de onderneming in 1964 in Duitsland is gestart. [A] (hierna: [A] ) was ten tijde van de mondelinge behandeling de CEO van Steinhoff.

### *OM-Handels, MW Holding en [B]*

2.2 OM-Handels (voorheen handelend onder de naam D.O.M. Möbelhandels GmbH) is een houdstermaatschappij die via MW Holding, die al haar aandelen houdt, wordt beheerst door de Oostenrijkse ondernemer [B] (hierna: [B] ). [B] is tevens (mede)eigenaar van de XXXLutz-groep, een in 1945 opgerichte meubelwinkelketen die met circa 21.000 werknemers in diverse landen actief is.

### *POCO, LiVest en [C]*

2.3 Van oorsprong is POCO (dat tot 2013 handelde onder de naam POCO-Domäne Holding GmbH) een overwegend in Noord- en Noordwest Duitsland gevestigde meubelwinkelketen die zich richt op de verkoop van meubels, keukens en andere woonartikelen in het lagere prijssegment. Het was [C] (hierna: [C] ) die eind jaren 80 van de vorige eeuw begon met de exploitatie van meubelwinkels onder de naam POCO.

2.4 Medio 2007 heeft OM-Handels 50% van de aandelen in POCO verworven. Dit belang verkreeg zij in ruil voor de inbreng in POCO van, vooral in Zuid- en Zuidoost-Duitsland gelegen, meubelwinkels. De resterende 50% van de aandelen in POCO waren en bleven in handen van LiVest (toen nog handelend onder de naam POCO Invest GmbH), waarvan de aandelen thans, afgezien van een klein belang van [C] , via diverse tussenhoudstermaatschappijen, worden gehouden door Steinhoff. In het kader van deze herstructurering van POCO is op 10 juli 2007 een overeenkomst (hierna: Participatie-overeenkomst) tot stand gekomen tussen [C] , [B] en Steinhoff, althans aan

hen gelieerde rechtspersonen, waarin onder meer afspraken over de zeggenschapsstructuur van POCO zijn vastgelegd.

- 2.5 In haar huidige vorm is POCO met meer dan 100 winkels actief in Duitsland, Polen en Nederland. Over 2016 behaalde zij een jaaromzet van € 1,29 miljard en een EBITDA van € 80 miljoen. Haar bestuur wordt gevormd door [D] (die voorafgaand aan de herstructurering van POCO haar CEO was) en [E] (voormalig CEO van D.O.M. Möbelhandels GmbH/OM-Handels). POCO kent ook een raad van commissarissen (*Aufsichtsrat*). Daarvan maken deel uit [B] en [F] (hierna: [F] ), die tevens CFO van Steinhoff Europe en bestuurder van LiVest is. In de raad van commissarissen van POCO is [F] de opvolger van [C] , die tot 5 maart 2017 voorzitter was van die raad.

#### *Bevoegdheidsverdeling POCO*

- 2.6 Het bestuur (*Geschäftsführung*) is op grond van artikel 5.6 van de statuten van POCO (hierna: Statuten) bevoegd ten aanzien van aangelegenheden die behoren tot de normale bedrijfsvoering. Ten aanzien van bepaalde, in artikel 8.2 Statuten limitatief opgesomde aangelegenheden, is die bestuursbevoegdheid onderworpen aan voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen (artikel 5.4 Statuten). Het bestuur is niet bevoegd ten aanzien van de in de artikelen 9.5 en 9.6 Statuten opgesomde aangelegenheden; daarvoor schrijven de Statuten een besluit voor van de algemene vergadering (*Gesellschafterversammlung*).

In paragraaf 16 lid 2 Participatie-overeenkomst is nog het volgende bepaald: "*Der Aufsichtsrat (...) kann jederzeit eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung erlassen und dabei auch die Geschäftsverteilung ändern oder neu festlegen*".

Voor het geval binnen het bestuur onenigheid bestaat over een besluit met betrekking tot de bedrijfsactiviteiten, geldt ingevolge het vervolg van paragraaf 16 lid 2 Participatie-overeenkomst: "*Über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Geschäftsführern im operativen Geschäftsbetrieb entscheidet der Aufsichtsrat vertreten durch [C] als Vorsitzenden. (...)*"

#### *Benoeming en ontslag bestuur en raad van commissarissen POCO*

- 2.7 Op grond van artikel 9.5h Statuten wordt het bestuur benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: algemene vergadering): "*Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen insbesondere: (...) h) die Bestellung, Abberufung, Entlastung von Geschäftsführern (...)*", tenzij de algemene vergadering ter zake een machtiging heeft verleend aan de raad van commissarissen op de voet van artikel 8.1 Statuten: "*Der Aufsichtsrat berät und überwacht die Geschäftsführung. Durch Gesellschafterbeschluss kann er darüber hinaus ermächtigt werden (...) Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen*".
- 2.8 Paragraaf 16.3 Participatie-overeenkomst bevat de volgende regeling voor het geval [C] en OM-Handels geen overeenstemming bereiken over de benoeming of het ontslag van bestuurders:

"*Sofern es den Partnern misslingt, sich zukünftig über die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern zu einigen, steht dem unbeschränkt geschäftsfähigen [C] das nur von Ihm persönlich ausübende Recht zu, über die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern zu entscheiden. Für den Fall, dass der Konzernjahresüberschuss der POCO-Holding vor Steuern erstmals im Geschäftsjahr 2008 oder einem der darauf folgenden Geschäftsjahre unter 1 % der Konzernumsatzerlöse der POCO-Holding I.S.d. §§ 275, 298 HGB fällt und die Parteien sich nicht über notwendige Veränderungen in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens einigen können, steht dem unbeschränkt geschäftsfähigen [B] das nur von Ihm persönlich ausübende Recht zu, über die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern zu entscheiden (nachfolgend „Ernennungsrecht“ genannt).*

[C] bzw. die POCO Invest [thans LiVest, zie onder 2.4] sowie die D.OM. verpflichtet sich in diesem Fall, auf Verlangen des jeweils anderen Gesellschafters an der Abberufung der bisherigen Geschäftsführer

*und der Bestellung der von dem anderen Gesellschafter benannten Geschäftsführer mitzuwirken, insbesondere bei der Fassung entsprechender Gesellschafterbeschlüsse. Sofern [C] nicht mehr mittelbar oder unmittelbar an der POCO Holding beteiligt ist oder nicht mehr Mitglied des Aufsichtsrates ist, erlöschen die Ernennungsrechte nach diesem Abs.2, spätestens jedoch mit Vollendung seines 74. Lebensjahres".*

- 2.9 Ten aanzien van de raad van commissarissen geldt dat iedere aandeelhouder de bevoegdheid heeft om één lid te benoemen en om dat lid te ontslaan (artikel 6.2 Statuten).

#### *Statutaire uitstotingsregeling*

- 2.10 In artikel 14.6 Statuten is een regeling opgenomen inhoudende dat de aandeelhouders, zonder toestemming van de betreffende aandeelhouder en met meerderheid van stemmen, kunnen besluiten tot de inkoop van aandelen. Voor zover van belang luidt die bepaling als volgt:

*"Die Gesellschafter können ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters mit Stimmenmehrheit die Einziehung von Geschäftsanteilen beschließen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor*

*a) wenn ein Gesellschafter seine Gesellschafterpflichten grob verletzt*

*(...)*

*Der betroffene Gesellschafter hat dabei kein Stimmrecht".*

- 2.11 Op grond van artikel 10.8 Statuten wordt de algemene vergadering voorgezeten door de oudste (vertegenwoordiger van een) aandeelhouder en bepaalt deze voorzitter het verloop van de bijeenkomst, de volgorde van behandeling van de geagendeerde onderwerpen en de methode van stemmen.

#### *Afspraken [C] en Steinhoff*

- 2.12 In een van 16 juni 2008 daterende overeenkomst tussen [C] en POCO International Holdings S.A. (ook aangeduid als PIH), de tussenhoudstermaatschappij via welke Steinhoff destijds participeerde in LiVest, (hierna: de LiVest overeenkomst) is vastgelegd dat tussen hen sinds 12 juli 2007 de volgende afspraak geldt:

*"In the event that the contractual parties cannot reach agreement on any matter relating to the operation of POCO Invest GmbH the parties agree that PIH shall have a casting vote at a meeting of shareholders and/or of the Board of Directors of Poco Invest GmbH, irrespective of being shareholder at that time".*

- 2.13 Met betrekking tot deze afspraak bevat een schriftelijke verklaring van [C] van 31 augustus 2017 de volgende passage:

*"Die Steinhoff Gruppe und ich haben vereinbart, dass der Steinhoff Gruppe eine Letztentscheidungsbefugnis zusteht im Hinblick auf alle Entscheidungen, die den Geschäftsbetrieb der LiVest GmbH betreffen, einschließlich der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte bei POCO. Diese Vereinbarung gilt seit dem 12. Juli 2007 und wurde in einem Vertrag mit Datum vom 16. Juni 2008 schriftlich fixiert. Da die Steinhoff Gruppe dementsprechend die Kontrolle über LiVest ausübte, hatten wir das ausdrückliche mündliche Verständnis, dass ich meine Letztentscheidungsbefugnis bei POCO (...) nur in Abstimmung und auf Anweisung der Steinhoff Gruppe ausüben würde."*

- 2.14 Uit verslagen van bijeenkomsten van de raad van commissarissen en notulen van de algemene vergadering van POCO blijkt dat vertegenwoordigers van Steinhoff in ieder geval vanaf september 2010 bij die bijeenkomsten aanwezig zijn geweest.

- 2.15 De voormalige tophoudstermaatschappij van het Steinhoff-concern, Steinhoff International Holdings Ltd, heeft voor het eerst in haar geconsolideerde jaarrekening over 2007/2008 POCO geconsolideerd, met vermelding van een door een derde partij gehouden minderheidsbelang (*non controlling interest*).

*"Little to say" in POCO*

- 2.16 In een e-mail aan [A] van 11 juni 2014, waarin [B] liet weten dat hij in de toekomst binnen de XXXLutz-groep uitsluitend nog verantwoordelijk zal zijn voor de "discount" en bepaalde buitenlandse activiteiten, heeft hij geschreven: *"Moreover I will (...) act as investor in the furniture business. This is why I also exercised my option at Poco where I have only little to say, similar to the way it is at Conforama."* Steinhoff en [B] hebben sinds 2007 beiden een (economisch) belang in de Franse vennootschap Conforama S.A. (hierna: Conforama), die eveneens een omvangrijke meubelwinkelketen in stand houdt. Ten tijde van het versturen van vermelde e-mail hield [B] een belang van 23,6% in Conforama; Steinhoff het gehele resterende belang. Tussen Steinhoff en [B] was in principe afgesproken dat ieder van hen voor 50% zou participeren in Conforama, maar na het sluiten van die overeenkomsten bleek de benodigde investering aanzienlijk groter en zijn partijen deze andere verdeling overeengekomen..

*Ontstaan onenigheid tussen OM-Handels/ [B] en Steinhoff/ [C]*

- 2.17 Eind 2014 is tussen [B] en Steinhoff onenigheid ontstaan over hun samenwerking in Conforama en met name over de voorwaarden waaronder [B] meer aandelen in Conforama (tot 50%) van Steinhoff zou kunnen overnemen. Als gevolg van deze onenigheid kwam ook de samenwerking in POCO onder druk te staan.
- 2.18 Op 12 februari 2015 vond een algemene vergadering van POCO plaats. Tijdens die vergadering werd [B] door Steinhoff geconfronteerd met een beweerde inbreuk door [B] op een in de Participatie-overeenkomst opgenomen non-concurrentiebeding. [B], althans de XXXLutz-groep, zou in strijd met die bepaling, zonder voorafgaand overleg met POCO, meubelzaken hebben overgenomen die actief zijn op de Duitse markt, aldus Steinhoff.
- 2.19 Op grondslag van het voorgaande heeft LiVest eind maart 2015 een voorstel voor de algemene vergadering van POCO van 14 april 2015 geagendeerd tot inkoop op de voet van artikel 14.6 Statuten door POCO van de door OM-Handels in haar gehouden aandelen.
- 2.20 Op 2 april 2015 heeft OM-Handels – op haar beurt – voor de algemene vergadering van 14 april 2015 een voorstel geagendeerd tot inkoop van de door LiVest in POCO gehouden aandelen. Grondslag hiervoor was dat LiVest volgens OM-Handels onrechtmatig gebruik zou hebben gemaakt van *know how* van POCO, onder meer doordat Steinhoff POCO-winkels in Zuid-Afrika en Australië had geopend.
- 2.21 Met het oog op de voor de algemene vergadering van 14 april 2015 geagendeerde besluitvorming hebben de bestuurders van POCO op 8 april 2015 onder meer het volgende verklaard:

*"Wir werden hinsichtlich der Tagesordnungspunkte 7a, 7b sowie 8a und 8b der als Anlage beigefügten Tagesordnung zur Gesellschafterversammlung der POCO Einrichtungsmärkte GmbH am 14. April 2015 vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die dort genannten Gesellschafterbeschlüsse bzw. einer anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung betreffend solcher Umsetzungsmaßnahmen keine Maßnahme der Umsetzung vornehmen und insbesondere keine geänderte Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einreichen".*

2.22 De algemene vergadering van 14 april 2015 werd ingevolge artikel 10.8 Statuten (zie hiervoor onder 2.11) voorgezeten door [C] . Bij het in stemming brengen van het voorstel van LiVest tot inkoop van de door OM-Handels gehouden aandelen bepaalde [C] dat OM-Handels niet mee mocht stemmen over dit voorstel. Met de stemmen van LiVest vóór werd het voorstel aangenomen. Daarna werd gestemd over het voorstel van OM-Handels tot inkoop van de door LiVest gehouden aandelen. Hierbij bepaalde [C] dat LiVest mocht meestemmen omdat naar zijn oordeel de door OM-Handels aangevoerde redenen voor de inkoop van deze aandelen niet voldoende zwaarwegend waren. Met betrekking tot dit voorstel staakten de stemmen, zodat het niet werd aangenomen. [C] stelde vast dat de algemene vergadering had besloten dat de aandelen van OM-Handels waren ingekocht en dat OM-Handels recht had op de voor dit geval in artikel 15 Statuten voorziene vergoeding.

2.23 OM-Handels heeft op 15 juni 2015 een gerechtelijke procedure aanhangig gemaakt bij de *Kammer für Handelssachen* van het *Landesgericht Dortmund* en – kort gezegd – gevorderd dat het besluit van de algemene vergadering van POCO tot inkoop van de aandelen van OM-Handels nietig dan wel ongeldig wordt verklaard en het besluit tot inkoop van de aandelen van LiVest alsnog wordt aangenomen (hierna: de Dortmund Procedure). Het bestuur van POCO heeft verweer gevoerd tegen toewijzing van deze vorderingen.

#### *Gedragingen sinds de algemene vergadering van 14 april 2015*

2.24 Het bestuur van POCO is na de algemene vergadering van 14 april 2015 niet overgegaan tot deponering van een gewijzigde lijst van aandeelhouders van POCO bij het handelsregister van de rechtbank Hamm. De meest recente aldaar gedeponeerde lijst vermeldt dat OM-Handels en LiVest ieder 50% van de aandelen in POCO houden.

2.25 Bij brief van 7 augustus 2015 heeft [F] namens LiVest aan POCO onder meer het volgende meegedeeld: *"Der Beschluss der Gesellschafter über die Einziehung der von der OM-Handels GmbH an der POCO (...) gehaltenen Geschäftsanteile vom 14. April 2015 unterliegt momentan der gerichtlichen Überprüfung beim Landesgericht Dortmund. Der Beschluss wird erst mit Abschluss des gerichtlichen Verfahrens bestandskräftig bzw. aufgehoben. Dementsprechend behandelt die Geschäftsführung der POCO (...) die OM-Handels GmbH bis zu gerichtlichen Klärung weiterhin als Gesellschafter."*

2.26 Overeenkomstig een in juni 2017 door OM-Handels en LiVest gezamenlijk genomen aandeelhoudersbesluit hebben op 3 juli 2017 dividenduitkeringen over 2015 en 2016 plaatsgevonden, ook aan OM-Handels.

#### *Communicatie met de AFM over FSE Prospectus*

2.27 Bij brief van 9 november 2015 heeft OM-Handels de AFM in kennis gesteld van haar standpunt dat Steinhoff in het door haar op 7 augustus 2015 gepubliceerde prospectus met betrekking tot haar voorgenomen notering aan de JSE ten onrechte de indruk heeft gewekt dat zij het volledige economische belang in POCO heeft. OM-Handels beoogde blijkens deze brief te voorkomen dat Steinhoff dezelfde informatie zou geven in het prospectus dat zij voorbereidde ten behoeve van haar voorgenomen notering aan de FSE (hierna: het FSE Prospectus).

2.28 Met betrekking tot het aan haar ter goedkeuring voorgelegde FSE Prospectus heeft de AFM vragen gesteld aan Steinhoff, onder meer over de redenen van Steinhoff om POCO als 100% dochter te consolideren. Nadat Steinhoff deze vragen had beantwoord en daarmee haar redenen voor consolidatie had toegelicht, heeft de AFM het FSE Prospectus goedgekeurd.

2.29 Steinhoff heeft het FSE Prospectus vervolgens op 19 november 2015 gepubliceerd. In het prospectus is in een alinea met de kop *"Redemption of shares held by the Former JV Partner"* over de inkoop van de door OM-Handels in POCO gehouden aandelen opgenomen dat " (...) *the Redemption*

*has not yet been implemented".*

#### *Vaststelling en inhoud Jaarrekening*

2.30 Bij besluit van de algemene vergadering van Steinhoff van 14 maart 2017 is de Jaarrekening, die zowel een geconsolideerde als een enkelvoudige jaarrekening omvat, vastgesteld conform de door het bestuur opgemaakte versie. Uit de notulen van de algemene vergadering blijkt niet dat de ter vergadering aanwezigen vragen hebben gesteld in het kader van de vaststelling van de Jaarrekening.

2.31 Bij de Jaarrekening is een accountantsverklaring van Seinstra gevoegd waarin deze, kort gezegd, meedeelt de geconsolideerde jaarrekening en de enkelvoudige jaarrekening te hebben gecontroleerd en dat hij deze jaarrekeningen van een goedkeurende verklaring voorziet.

2.32 Ten aanzien van de geconsolideerde jaarrekening is in de Jaarrekening vermeld dat deze is opgesteld overeenkomstig IFRS en Titel 9 van Boek 2 BW. Ten aanzien van de enkelvoudige jaarrekening is een dergelijke vermelding niet opgenomen. Wel bevat de accountantsverklaring ten aanzien van de enkelvoudige jaarrekening de volgende passage:

*"The company financial statements give a true and fair view of the financial position of Steinhoff International Holdings N.V. as at 30 September 2016, and of its results for the 15 months period then ended in accordance with Part 9 of Book 2 of the Dutch Civil Code".*

2.33 In de geconsolideerde jaarrekening is POCO, via tussenhoudsters, als 100% (indirecte) deelneming door Steinhoff geconsolideerd, zonder vermelding van een non-controlling interest. In de enkelvoudige jaarrekening is POCO als een indirecte 100% deelneming opgenomen.

2.34 In het hoofdstuk *Judgements and estimates* van de geconsolideerde jaarrekening is onder het hoofd *Contingent liabilities* het volgende vermeld:

*"Management applies its judgement to the fact patterns and advice it receives from its attorneys, advocates and other advisors in assessing whether an obligation is probable, more likely than not, or remote. This judgement application is used to determine whether the obligation is recognised as a liability or disclosed as a contingent liability".*

2.35 In het hoofdstuk *Notes to the Annual Financial Statements* van de geconsolideerde jaarrekening is in noot 27.5, voor zover van belang, de volgende passage opgenomen:

#### *"Contingent liabilities*

*Certain companies in the group are involved in disputes where the outcomes are uncertain. However, the directors are confident that they will be able to defend these actions and that the potential of outflow or settlement is remote and, if not, that the potential impact on the group will not be material.*

*One of the group's relationships with a joint-venture partner in Europe ended in 2015 in disputes that remain the subject matter of ongoing legal proceedings. These disputes relate to alleged breaches arising from agreements with the former joint-venture partner. Management remains confident that the outcome of the disputes will not affect the group's ownership structure in the entities concerned, as only a monetary remedy would be required to be paid by the group. The payment of any such monetary remedy would not have a material adverse effect on the trading and/or financial condition of the group. Management believes that adequate provisions have been made for the related liabilities which may result from the dispute in the consolidated results. For further details on the dispute, please refer to the prospect dated 19 November 2015, which is available on the group's website".*

#### *Kenbaar maken bezwaren en verwerving aandelen*

- 2.36 Bij brieven aan Steinhoff en Seinstra van 19 juni 2017 heeft OM-Handels bezwaren ten aanzien van de Jaarrekening kenbaar gemaakt.
- 2.37 Bij brief aan OM-Handels van 3 juli 2017 heeft Steinhoff die bezwaren verworpen met verwijzing naar de hiervoor onder 2.27-29 beschreven correspondentie met de AFM en laten weten de Jaarrekening niet aan te zullen passen. Seinstra heeft bij brief aan OM-Handels van 3 juli 2017 geschreven niet inhoudelijk op de brief van OM-Handels van 19 juni 2017 in te kunnen gaan omdat hij ter zake een verplichting tot geheimhouding heeft.
- 2.38 MW Holding en OM-Handels hebben op 5 juli 2017 ieder 1.000 aandelen in Steinhoff verworven.

### 3 De gronden van de beslissing

- 3.1 OM-Handels c.s. hebben de Ondernemingskamer verzocht Steinhoff te bevelen de Jaarrekening en toekomstige jaarrekeningen in te richten met inachtneming van de bezwaren opgenomen in het verzoekschrift, overeenkomstig door de Ondernemingskamer te geven nauwkeurige aanwijzingen. Aan hun verzoek hebben zij ten grondslag gelegd dat de Jaarrekening is opgesteld in strijd met IFRS en Titel 9 van Boek 2 BW. Ter toelichting hebben zij – in 3.2 tot en met 3.7 samengevat en zakelijk weergegeven – het volgende naar voren gebracht.

*POCO is ten onrechte geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening*

- 3.2 De consolidatie van POCO in de Jaarrekening is in strijd met IFRS 10. De resultaten van een deelneming mag Steinhoff op grond van IFRS 10.4 slechts consolideren voor zover zij *control* heeft over die deelneming in de zin van IFRS 10.7 en die deelneming dientengevolge onder IFRS 10 en Appendix A als *subsidiary* kwalificeert. POCO kwalificeert echter niet als *subsidiary* nu Steinhoff noch juridisch noch feitelijk *control* uitoefent over POCO.
- 3.3 In juridische zin kan Steinhoff geen *control* uitoefenen over POCO omdat POCO een zuivere 50/50% joint-venture is. OM-Handels en LiVest controleren POCO dan ook slechts gezamenlijk, als bedoeld in IFRS 10.9. De bevoegdheden van het bestuur zijn beperkt omdat (i) POCO een Duitse GmbH is waarin de aandeelhouders – en niet het bestuur – leidend zijn en (ii) het bestuur voor de uitoefening van alle belangrijke bevoegdheden toestemming nodig heeft van de raad van commissarissen. Gelet hierop is het op grond van de Participatie-overeenkomst aan [C] toekomstige recht met betrekking tot benoeming en ontslag van bestuurders weinig relevant, nog afgezien van het feit dat deze bevoegdheid naar Duits recht rechtens niet afdwingbaar is omdat deze niet in de statuten maar in een nevenovereenkomst is opgenomen. Het recht is (dan) ook nooit feitelijk uitgeoefend. Alle belangrijke beslissingen zijn dus voorbehouden aan de algemene vergadering of de raad van commissarissen. In deze organen konden besluiten slechts unaniem worden genomen omdat geen van de twee aandeelhouders een doorslaggevende stem had. In de algemene vergadering had Steinhoff geen doorslaggevende stem omdat zij slechts 50% van de aandelen in POCO had; het op 14 april 2015 genomen besluit tot inkoop van de door OM-Handels in POCO gehouden aandelen is nietig ([C] heeft misbruik gemaakt van zijn rol als voorzitter) en dat besluit heeft geen voorlopige werking. In die zin zijn de tussen [C] en Steinhoff bestaande afspraken over uitoefening van aandeelhoudersrechten in POCO dan ook weinig relevant. Wat de raad van commissarissen betreft, geldt dat deze weliswaar door [C] werd vertegenwoordigd, maar hem kwam in die raad geen doorslaggevende stem toe.
- 3.4 Subsidiair voert OM-Handels c.s. aan dat zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat LiVest ingevolge het (gepretendeerde) besluit van 14 april 2015 houdster van 100% van de aandelen in POCO is geworden, Steinhoff POCO niet mag consolideren omdat zij feitelijk geen *control* over

POCO uitoefent of kan uitoefenen. Op grond van IFRS 10.B22 mogen bij het vaststellen van *control* alleen *substantive rights* worden meegenomen, waarbij een recht *substantive* is indien de gerechtigde de praktische mogelijkheid heeft om het recht uit te oefenen. De *governance* van POCO is na de algemene vergadering van 14 april 2015 ongewijzigd gebleven. Op 8 april 2015 hebben de bestuurders een neutraliteitsverklaring afgelegd waarin zij hebben verklaard zich te zullen onthouden van maatregelen ter implementatie van een op de algemene vergadering van 14 april 2015 te nemen besluit tot inkoop van aandelen, zulks in afwachting van een onherroepelijk rechterlijk oordeel daarover. Tot op heden hebben de bestuurders deze toezegging ook in acht genomen en behandelen zij LiVest en OM-Handels als gezamenlijke 50% aandeelhouders. Dat blijkt uit het FSE-prospectus, het aandeelhoudersregister en het feit dat aandeelhoudersbesluiten waar OM-Handels tegen heeft gestemd niet zijn uitgevoerd. Ook ontvangt OM-Handels nog altijd dividend van POCO. De neutraliteitsverklaring is ook in het jaarverslag van POCO opgenomen.

#### *Onjuiste en onvolledige voorstelling van zaken in de toelichting op de geconsolideerde jaarrekening*

- 3.5 De geconsolideerde jaarrekening geeft een onjuist beeld van Steinhoffs niet uit de balans blijken verplichtingen in verband met de Dortmund Procedure. De toelichting op de geconsolideerde jaarrekening bevat in noot 27.5 onder *Contingent liabilities* een cryptische omschrijving die niet op POCO/de Dortmund Procedure terug te voeren is. De Jaarrekening voldoet daarmee niet aan IAS 37.86 en laat de onzekerheden rondom de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen bij POCO in het duister, zodat gebruikers van de Jaarrekening niet op de hoogte zijn van de werkelijke situatie en de daarmee verbonden (financiële) risico's voor Steinhoff.

#### *Standaarden enkelvoudige jaarrekening*

- 3.6 In strijd met artikel 2:362 lid 10 BW vermeldt de Jaarrekening niet volgens welke standaarden de enkelvoudige jaarrekening is opgesteld.

#### *Ten onrechte is POCO in de enkelvoudige jaarrekening verantwoord als betrof het een 100%-deelneming*

- 3.7 Steinhoff heeft POCO ten onrechte verantwoord als een 100% deelneming. POCO is opgezet als een 50/50-joint venture, waarin geen van de joint-venture partners overheersende zeggenschap heeft. Steinhoff heeft slechts een 50% belang in POCO. Het op 14 april 2015 genomen besluit tot inkoop van de aandelen van OM-Handels is nietig en heeft geen voorlopige werking.

#### *Belanghebbenden*

- 3.8 Tot slot hebben OM-Handels c.s. gemotiveerd dat zij als belanghebbenden in de zin van artikel 2:448 lid 1 sub a BW zijn aan te merken (i) reeds omdat zij aandelen houden in Steinhoff en (ii) omdat zij in hun hoedanigheid van direct en indirect aandeelhouder van POCO, en als medeaandeelhouder / *joint venture partner* van (een groepsmaatschappij van) Steinhoff (LiVest) inzake POCO, specifiek en concreet nadeel ondervinden van de onjuiste wijze waarop Steinhoff in haar Jaarrekening POCO heeft verantwoord. Zij stellen in dit verband dat als gevolg van het feit dat Steinhoff miskent dat zij een 50% aandeel houden in POCO, afbreuk wordt gedaan aan hun aanzien bij onder andere klanten, leveranciers en financiers.

#### *Verweer Steinhoff*

- 3.9 Steinhoff heeft primair het standpunt ingenomen dat OM-Handels c.s. niet ontvankelijk zijn in hun verzoek nu zij niet kwalificeren als belanghebbenden in de zin van artikel 2:448 lid 1 sub a BW. In dat verband heeft Steinhoff aangevoerd dat onjuist is de stelling van OM-Handels c.s. dat zij op grond van vaste rechtspraak als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt reeds omdat zij aandeelhouders van Steinhoff zijn, nu Steinhoff in het onderhavige geval de stelling heeft

ingenomen dat OM-Handels c.s. bij het achterwege blijven van de verzochte wijzigingen geen nadeel zal ondervinden. Voorts heeft Steinhoff aangevoerd dat het (indirecte) aandeelhouderschap van POCO OM-Handels c.s. evenmin tot belanghebbenden maakt, nu sprake moet zijn van concrete feiten en omstandigheden die meebrengen dat de wijze waarop POCO in de Jaarrekening is verwerkt nadeel kan opleveren voor OM-Handels c.s. Van dergelijke omstandigheden is in het onderhavige geval geen sprake, aldus Steinhoff. Tot slot concludeert Steinhoff dat OM-Handels c.s. misbruik maken van processuele bevoegdheid nu zij met het entameren van deze procedure in wezen een oordeel willen over de vraag wie aanspraak maakt op de meerderheid van de aandelen in POCO en de jaarrekeningprocedure voor dat doel niet in het leven is geroepen.

- 3.10 Steinhoff heeft ook inhoudelijk verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hieronder waar nodig op dit verweer ingaan.

#### *De correspondentie na de zitting*

- 3.11 Met de e-mail van haar secretaris van 22 december 2017 heeft de Ondernemingskamer onder meer geïnformeerd naar de status van de Jaarrekening, met het oog op de vraag of de Ondernemingskamer aan (inhoudelijke) beoordeling van het verzoek behoort toe te komen. De in 1.8 tot en met 1.11 weergegeven correspondentie heeft (ook) betrekking op de status van de Jaarrekening. De Ondernemingskamer overweegt te dien aanzien het volgende. Tussen partijen is niet in geschil dat de Jaarrekening is opgemaakt en vastgesteld. Van een besluit van de algemene vergadering tot herroeping – of aantasting anderszins – van het besluit tot vaststelling van de Jaarrekening is de Ondernemingskamer niet gebleken. Weliswaar heeft Steinhoff gesteld dat de Jaarrekening niet meer bestaat, maar haar toelichting kan niet tot die conclusie leiden. Daargelaten of het door middel van een persbericht 'intrekken' van een jaarrekening kwalificeert als een désaveuverklaring als bedoeld in artikel 2:362 lid 6, tweede volzin, BW, volstaat noch het intrekken van een jaarrekening, noch het neerleggen ten kantore van het handelsregister van de in genoemde bepaling bedoelde mededeling (de désaveuverklaring) om een opgemaakte en vastgestelde jaarrekening als non-existent aan te merken. De Ondernemingskamer gaat in het navolgende derhalve uit van de (op 14 maart 2017 vastgestelde) Jaarrekening. Bij die stand van zaken behoeft het verzoek van OM-Handels c.s. om zich (nader) over – kort gezegd – artikel 2:362 lid 6 BW te mogen uitlaten, geen verdere bespreking.

#### *Ontvankelijkheid*

- 3.12 Met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzoek stelt de Ondernemingskamer onder verwijzing naar haar uitspraak van 10 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH7261 (ARO 2008/33), voorop dat een houder van aandelen in een onderneming reeds uit hoofde van dat aandeelhouderschap behoort tot de kring van bij de onderneming betrokkenen ter bescherming van wier belangen de jaarrekeningprocedure in het leven is geroepen. Het belang van een aandeelhouder om op te komen tegen inrichting van de jaarrekening wordt derhalve verondersteld, zodat hij om in zijn verzoek te kunnen worden ontvangen geen feiten en omstandigheden hoeft te stellen waaruit valt af te leiden dat voor hem nadeel is verbonden aan de wijze waarop die stukken zijn ingericht. Anders is het echter, indien zijn wederpartij in de procedure stelt, en zo nodig bewijst, dat het achterwege blijven van de door hem verlangde wijziging in de inrichting der stukken geen nadeel voor hem in zijn betrokkenheid bij de onderneming kan opleveren.
- 3.13 Vaststaat dat OM-Handels en MW Holding voorafgaand aan de indiening van het verzoek ieder 1000 aandelen in Steinhoff hebben verworven. Reeds uit hoofde van dat aandeelhouderschap wordt verondersteld dat zij het vereiste belang bij hun verzoek hebben. Steinhoff heeft weliswaar gesteld dat wijziging van de inrichting van de Jaarrekening voor verzoekers geen nadeel in hun betrokkenheid bij de onderneming kan opleveren, maar tegenover de gemotiveerde betwisting door verzoekers faalt deze stelling. Reeds gelet op de betrokkenheid van verzoekers bij POCO,

wier resultaat en vermogen in meer dan verwaarloosbare mate van invloed zijn op het resultaat en het vermogen van Steinhoff, kan immers niet worden gezegd dat voor verzoekers ieder belang bij de door hen verzochte, op POCO betrekking hebbende wijzigingen, ontbreekt. De stelling van Steinhoff dat het verzoekers in wezen is te doen om (hun belangen in) de Dortmund Procedure, behoeft tegen die achtergrond geen bespreking.

#### *Geconsolideerde jaarrekening*

- 3.14 De Ondernemingskamer stelt voorop dat uit de Jaarrekening niet met zoveel woorden blijkt hoe Steinhoff het vermogen en het resultaat van POCO heeft verwerkt in haar geconsolideerde jaarrekening, en evenmin op welke wijze zij haar (indirecte) deelneming in POCO heeft verwerkt in haar vennootschappelijke jaarrekening.
- 3.15 Nu dit tussen partijen evenwel niet in geschil is, neemt de Ondernemingskamer tot uitgangspunt dat Steinhoff POCO in haar geconsolideerde jaarrekening heeft geconsolideerd als ware POCO een *subsidiary* waarover zij *control* heeft, zonder vermelding van een *non controlling interest* van derden, dat zij een bedrag gelijk aan de waarde in het economische verkeer van het 50%-belang van OM-Handels in POCO in haar geconsolideerde jaarrekening heeft opgenomen als *liability* en dat zij in de enkelvoudige jaarrekening haar (indirecte) deelneming in POCO heeft verantwoord als een (indirecte) 100% deelneming.
- 3.16 De eerste klacht van OM-Handels c.s. houdt in dat Steinhoff POCO ten onrechte heeft geconsolideerd.
- 3.17 Vaststaat dat Steinhoff in elk geval tot de algemene vergadering van 14 april 2015 (indirect, via LiVest en andere tussenhoudstervenootschappen) 50% van de aandelen in POCO hield en dat OM-Handels c.s. direct dan wel indirect de overige 50% van die aandelen hielden.
- 3.18 Als door Steinhoff gesteld, en door OM-Handels c.s. onvoldoende gemotiveerd betwist, gaat de Ondernemingskamer ervan uit dat Steinhoff (waaronder zoals vermeld begrepen Steinhoff International Holdings Ltd) vanaf 2007 – het jaar waarin zij ging participeren in POCO – het vermogen en de resultaten van POCO in haar geconsolideerde jaarrekening heeft geconsolideerd, met vermelding van een *non controlling interest* voor het 50%-belang van OM-Handels c.s. in POCO. Niet gesteld of gebleken is dat van de zijde van OM-Handels c.s., voorafgaand aan het ontstaan van de onenigheid tussen [B] en Steinhoff, ooit bedenkingen tegen die handelwijze van Steinhoff zijn geuit.
- 3.19 Partijen verschillen diametraal van mening over de vraag welke impact de gang van zaken tijdens en na de algemene vergadering van 14 april 2015 heeft (gehad) op de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen betreffende POCO, respectievelijk op de wijze waarop Steinhoff haar belang in POCO in haar Jaarrekening diende te verwerken.
- 3.20 Gelet op het voorgaande, en mede in aanmerking nemende hetgeen partijen over en weer hebben gesteld betreffende de tot aan de vergadering van 14 april 2015 bestaande situatie, acht de Ondernemingskamer het dienstig in de eerste plaats de vraag te beantwoorden of Steinhoff, de vergadering van 14 april 2015 weggedacht, gerechtigd zou zijn – zoals zij voorheen deed, onder vermelding van een *non controlling interest* – het vermogen en de resultaten van POCO 'mee te consolideren'.
- 3.21 De vraag ligt daarmee voor of het bestuur van Steinhoff zich met betrekking tot de samenwerking in POCO in redelijkheid op het standpunt kon stellen dat zij in de zin van IFRS 10 *control* had over POCO, waaruit dan (bij bevestigende beantwoording) volgt dat zij POCO in haar geconsolideerde jaarrekening moest consolideren onder vermelding van het *non controlling interest*

van OM-Handels in POCO.

3.22 Steinhoff beroept zich onder meer op de navolgende bepalingen in IFRS 10.

IFRS 10.7 houdt onder meer het volgende in: "(...) *an investor controls an investee if and only if the investor has all the following:*

- a. *power over the investee (...)*
- b. *exposure, or rights, to variable returns from its involvement with the investee (...) and*
- c. *the ability to use its power over the investee to affect the amount of the investor's returns (...)*".

3.23 In IFRS 10.10 is bepaald dat "(a)n investor has power over an investee when the investor has existing rights that give it the current ability to direct the relevant activities, i.e. the activities that significantly affect the investee's returns".

3.24 In IFRS 10.15 is voor zover van belang bepaald dat "(a)n investor is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee when the investor's returns from its involvement have the potential to vary as a result of the investee's performance".

3.25 In IFRS 10.17 is bepaald dat "(a)n investor controls an investee if the investor not only has power over the investee and exposure or rights to variable returns from its involvements with the investee, but also has the ability to use its power to affect the investor's returns from its involvement with the investee".

3.26 Steinhoff stelt zich op het standpunt dat [C] binnen POCO als haar *agent* fungeert. In IFRS 10.B58 is onder meer het volgende vermeld: "*An agent is a party primarily engaged to act on behalf and for the benefit of another party or parties (the principal(s)) and therefore does not control the investee when it exercises its decision-making authority.*"

3.27 OM-Handels c.s. beroepen zich van hun kant op het bepaalde in IFRS 10.9: "*Two or more investors collectively control an investee when they must act together to direct the relevant activities. In such cases, because no investor can direct the activities without the co-operation of the others, no investor individually controls the investee. Each investor would account for its interest in the investee in accordance with the relevant IFRS's, such as (...) IFRS 11 Joint Arrangements (...)*".

3.28 Tussen partijen is niet in geschil dat Steinhoff volledige *control* heeft over LiVest. De Ondernemingskamer acht voorts – als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende gemotiveerd weersproken – aannemelijk dat tussen Steinhoff en [C] afspraken zijn gemaakt die ertoe strekten dat [C] zijn bevoegdheden binnen POCO uitsluitend zou uitoefenen na overleg met en op instructie van Steinhoff. Hieruit volgt dat het bestuur van Steinhoff [C] mocht beschouwen als haar *agent* in de zin van IFRS 10.B58.

3.29 Partijen verschillen van mening over de duiding van de *governance* van POCO zoals die tot uitdrukking komt in haar Statuten en in de Participatie-overeenkomst. Hoewel de desbetreffende regelingen, ook in hun onderlinge samenhang gezien, bepaald niet uitblinken door eenduidigheid en consistentie, maakt de Ondernemingskamer daaruit toch op dat [C] binnen die *governance* een dermate dominerende positie innam dat hij het in zijn macht had doorlopend de voor het winstpotentieel van POCO relevante activiteiten te sturen. De Ondernemingskamer baseert dat oordeel met name op de bevoegdheden die [C] ontleende aan paragraaf 16 lid 2 en lid 3 Participatie-overeenkomst. Wat paragraaf 16 lid 2 betreft acht de Ondernemingskamer het, anders dan OM-Handels c.s. verdedigen, niet aannemelijk dat bedoeld zou zijn dat [C] de daarin vastgelegde bevoegdheid om ingeval van onenigheid binnen het bestuur namens de *Aufsichtsrat* een bindende instructie te geven, uitsluitend zou kunnen uitoefenen op basis van unanimiteit binnen de *Aufsichtsrat*, mede gelet op de samenstelling van de *Aufsichtsrat*. Die door OM-Handels c.s. verdedigde interpretatie laat zich bovendien moeilijk rijmen met de in paragraaf 16 lid 3 aan [C] toegekende bevoegdheid om bij onenigheid daaromtrent tussen de aandeelhouders, te beslissen over benoeming en ontslag van bestuurders. Daaraan doet niet af dat onder bepaalde

omstandigheden – kort gezegd: een te kort schietende *performance* van POCO – dit beslissingsrecht naar [B] verschuift. Nu die omstandigheden zich nimmer hebben voorgedaan, is dit recht niet aan [C] komen te ontvallen.

- 3.30 De Ondernemingskamer merkt bij het voorgaande nog op geen aanknopingspunt te hebben gevonden voor de opvatting van OM-Handels c.s. dat rechten als de in paragraaf 16 lid 2 en lid 3 Participatie-overeenkomst aan [C] toegekende uitsluitend gelding kunnen hebben voor zover zij in de Statuten zijn opgenomen. De Ondernemingskamer leidt uit door Steinhoff aangehaalde jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof* af dat een *decisive vote* een rechtsgeldige basis kan vinden in een aandeelhoudersovereenkomst en merkt in dit verband voorts op dat dr. Schmidt (Haunhoff/Schmidt) een door hem aan het bestuur van POCO afgegeven opinie waarop OM-Handels c.s. zich in dit verband hebben beroepen, na betwisting door (een Duitse adviseur van) Steinhoff, heeft ingetrokken.
- 3.31 De Ondernemingskamer merkt nog op dat het feit dat in genoemd lid 3 wordt gesproken over een zuiver persoonlijk recht van [C] , niet afdoet aan de stelling van Steinhoff dat zij *power* heeft over POCO. Op grond van de onderlinge afspraken tussen [C] en Steinhoff moet er immers van worden uitgegaan dat [C] (ook) dit persoonlijke recht uitoefende op instructie van Steinhoff, terwijl vaststaat dat [C] gedurende het volledige verlengde boekjaar de functie van voorzitter van de raad van commissarissen uitoefende en er dus aan dit persoonlijke recht jegens OM-Handels nog geen einde was gekomen.
- 3.32 De enkele stelling van OM-Handels c.s. dat het primaat binnen een GmbH te allen tijde bij de *Gesellschafterversammlung* ligt, acht de Ondernemingskamer onvoldoende om, in weerwil van de gemaakte afspraken in met name de Participatie-overeenkomst, tot een ander oordeel te komen met betrekking tot de vraag of Steinhoff bij POCO *power* had in de zin van IFRS 10.7 (a).
- 3.33 Voor zover tussen partijen in geschil, overweegt de Ondernemingskamer voorts dat de positie van het bestuur (waar nodig bijgestuurd door [C] ) binnen de in de Statuten geregelde *governance*, ook wanneer in aanmerking wordt genomen welke besluitvorming aan de *Aufsichtsrat* dan wel de *Gesellschafterversammlung* is voorbehouden, zodanig is dat in redelijkheid kan worden gezegd dat de daadwerkelijke macht die Steinhoff via [C] in POCO uit kan oefenen betrekking heeft op *relevant activities* van POCO.
- 3.34 Hiervan uitgaande, volgt de Ondernemingskamer voorts de stelling van Steinhoff dat zij (ook) voldoet aan de overige voorwaarden voor *control*, als genoemd in IFRS 10.7 (b) en (c). Als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken, kan er van worden uitgegaan dat de door Steinhoff (via [C] ) uitgeoefende *power* kwantitatieve invloed heeft op de resultaten van POCO waarin Steinhoff – zij het (vooralsnog) ook voor niet meer dan 50% - is gerechtigd.
- 3.35 De conclusie uit het voorgaande is dat – de vergadering van 14 april 2015 weggedacht – het bestuur van Steinhoff zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat zij *control* heeft over POCO. Ingevolge IFRS 10 vloeit daaruit de verplichting voort de resultaten en het vermogen van POCO ‘mee te consolideren’, zij het met vermelding van een *non controlling interest* voor het 50%-belang van OM-Handels in POCO.
- 3.36 Deze conclusie strookt met de feitelijke gang van zaken met betrekking tot jaarrekeningen van Steinhoff vanaf 2007, waartegen van de zijde van [B] /OM-Handels voorafgaand aan het ontstaan van de onenigheid tussen [B] en Steinhoff kennelijk nimmer bezwaren zijn geuit, en met de e-mail van [B] van 11 juni 2014 (ook nog vóór de onenigheid) waarin hij schrijft dat hij ‘*little to say*’ heeft in POCO.
- 3.37 De Ondernemingskamer komt vervolgens toe aan de vraag in hoeverre de gang van zaken tijdens en na de algemene vergadering van 14 april 2015 met betrekking tot de door partijen over en weer gewenste ‘uitstoting’ van invloed is op de wijze waarop Steinhoff (haar belang in) POCO

diende te verantwoorden in de Jaarrekening.

- 3.38 Vaststaat dat beide in POCO samenwerkende partners ter algemene vergadering van 14 april 2015, zoals vermeld in 2.22, een voorstel hebben gedaan tot (verplichte) inkoop door POCO van de aandelen van de andere partner. De voorzitter van de algemene vergadering, [C] , heeft zich bevoegd geacht te bepalen dat in het voorstel van LiVest wél, en in het voorstel van OM-Handels niet een *wichtiger Grund* werd aangevoerd en dat dientengevolge LiVest wél mee mocht stemmen over het voorstel van OM-Handels, doch OM-Handels níet over het voorstel van LiVest.
- 3.39 Steinhoff heeft zich in dit verband beroepen op artikel 10.8 Statuten, dat voor zover van belang als volgt luidt:
- “Den Vorsitz in der Gesellschafterversammlung führt der Gesellschafter bzw. Vertreter eines Gesellschafters mit dem höchsten Lebensalter, hilfsweise der stimmenmehrheitlich berufene Gesellschafter. Der Vorsitzende bestimmt den Gang der Verhandlung, die Reihenfolge der Erledigung der Tagesordnung und die Art der Abstimmung”.*
- 3.40 OM-Handels c.s. hebben hiertegen aangevoerd, samengevat weergegeven, dat de gang van zaken waarbij LiVest heeft mogen meestemmen over het voorstel tot verplichte inkoop van de door haar in POCO gehouden aandelen in strijd is met de duidelijke tekst van artikel 14.6 Statuten, dat artikel 10.8 Statuten de voorzitter die in een geschil tussen twee 50%-aandeelhouders het belang van een van die beiden vertegenwoordigt, niet het recht geeft eigenmachtig een voor de beslechting van dat geschil doorslaggevende beslissing te nemen over de vraag of een voorstel van een van die partijen voldoet aan een in de Statuten gestelde eis (in casu: of sprake is van een *wichtiger Grund*), dat aldus sprake is van misbruik van bevoegdheid, en dat ook overigens het besluit tot ‘uitstoting’ van OM-Handels nietig is wegens strijd met (beginselen van) Duits vennootschapsrecht, met name artikel 241 Aktiengesetz, waaruit volgt dat een besluit van de algemene vergadering nietig is indien dit niet in overeenstemming is met de aard van de naamloze vennootschap.
- 3.41 Partijen hebben voor hun standpunten over en weer een beroep gedaan op rechtskundige opinies.
- 3.42 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Vaststaat dat aan het besluit tot uitstoting van OM-Handels geen uitvoering is gegeven: de aandelen zijn niet geleverd, het aandeelhoudersregister is niet aangepast, OM-Handels is ook na 14 april 2015 bij de besluitvorming op aandeelhoudersniveau betrokken en dividend blijven ontvangen, wederzijdse uitstotingsvorderingen zijn voorgelegd bij het *Landesgericht* in Dortmund, en op het tijdstip waarop de Jaarrekening werd vastgesteld (en ook op het tijdstip van de zitting van de Ondernemingskamer) was nog geen beslissing in die zaak genomen. Gelet op het voorgaande, kon Steinhoff zich bij het opstellen van haar Jaarrekening redelijkerwijs op geen ander standpunt stellen dan dat de gang van zaken op de algemene vergadering van 14 april 2015, en de nasleep daarvan, geen impact heeft op de wijze waarop Steinhoff het resultaat en het vermogen van POCO in haar Jaarrekening diende te verantwoorden. Hangende de uitkomst van de Dortmund Procedure is immers met betrekking tot POCO (nog) geen wijziging gekomen in de zeggenschapsverhoudingen in feitelijke zin en gaan partijen ervan uit dat evenmin wijziging is gekomen in de eigendomsverhouding. Wat Steinhoff betreft maakt de Ondernemingskamer dat laatste op uit de in 2.25 vermelde brief van LiVest. Voor wat betreft de geconsolideerde jaarrekening volgt uit het voorgaande dat Steinhoff weliswaar zich op het standpunt kon stellen dat zij *control* heeft over POCO, zodat zij verplicht is POCO ‘mee te consolideren’ maar dat zij het 50%-belang van OM-Handels dient te verantwoorden als een *non controlling interest*.
- 3.43 Met het voorgaande hangt samen dat Steinhoff in haar geconsolideerde jaarrekening, anders dan zij stelt te hebben gedaan, niet een current liability ter zake van een aan OM-Handels verschuldigde vergoeding voor haar aandelen in POCO, in aanmerking heeft mogen nemen.

- 3.44 De Ondernemingskamer stelt overigens vast dat uit de geconsolideerde jaarrekening niet blijkt onder welke balanspost de vergoeding die Steinhoff stelt verschuldigd te zijn, is verantwoord, en dat verdere onduidelijkheid wordt veroorzaakt doordat in noot 27.5 van de toelichting op de geconsolideerde jaarrekening melding wordt gemaakt van een *contingent liability* die zou voortvloeien uit een – overigens niet duidelijk op POCO / de Dortmund Procedure terug te voeren – geschil (zie 2.35). Aan OM-Handels c.s. kan worden toegegeven dat ook in zoverre de gebruikers van de Jaarrekening geen duidelijk inzicht wordt geboden in de eigendomsverhoudingen betreffende POCO en in de stand van zaken in de Dortmund Procedure.
- 3.45 De voorgaande overwegingen vormen aanleiding tot het geven van aanwijzingen aan Steinhoff tot herinrichting van de Jaarrekening als hierna in onderdeel 4 van deze beschikking verwoord.

#### *Enkelvoudige jaarrekening*

- 3.46 Steinhoff heeft erkend dat in de Jaarrekening een vermelding ontbreekt van de standaarden waarnaar de enkelvoudige jaarrekening is ingericht, en heeft het voornemen geuit deze omissie in haar volgende Jaarrekeningen te herstellen. Terecht hebben OM-Handels c.s. gesteld dat de enkelvoudige jaarrekening op dit punt in strijd komt met het voorschrift van artikel 2:362 lid 10 BW. Ambtshalve voegt de Ondernemingskamer daaraan toe dat de omstandigheid dat uit de accountantsverklaring (wel) zou zijn af te leiden dat de enkelvoudige jaarrekening is ingericht in overeenstemming met Titel 9 van Boek 2 BW (zie 2.32), het gebrek niet kan helen.
- 3.47 Met betrekking tot de klacht van OM-Handels c.s. dat POCO in de enkelvoudige jaarrekening ten onrechte is verantwoord als een 100%-deelneming overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Voor zover deze klacht behelst dat POCO bij het opstellen van de enkelvoudige jaarrekening niet als 100%-deelneming mocht worden verantwoord, maar als een 50%-deelneming had behoren te worden verantwoord, heeft zij geen zelfstandige betekenis naast de klacht van OM-Handels c.s. inzake de consolidatie van POCO in de geconsolideerde jaarrekening. Voor zover deze klacht zich keert tegen het gebrek aan informatie dat de enkelvoudige jaarrekening verschaft over de deelneming van Steinhoff in POCO – de naam POCO komt in de enkelvoudige jaarrekening evenmin voor als in de geconsolideerde jaarrekening – heeft het volgende te gelden.
- 3.48 Steinhoff heeft zich erop beroepen dat zij in haar enkelvoudige jaarrekening geen melding behoeft te maken van POCO omdat het een indirecte deelneming betreft. Zij stelt zich op het standpunt dat zij slechts de rechtstreeks door haar gehouden deelnemingen hoeft te vermelden en beroept zich erop dat de AFM haar mening deelt.
- 3.49 Ervan uitgaande dat de enkelvoudige jaarrekening – zoals uit de accountantsverklaring lijkt af te leiden – zich inderdaad richt naar de standaarden van Titel 9 van Boek 2 BW, dienden daarin volgens artikel 2:379 lid 1 BW de naam en de woonplaats van POCO te worden vermeld, evenals het aandeel van het (direct en indirect) door Steinhoff verstrekte kapitaal. Zou de enkelvoudige jaarrekening (impliciet) (mede) volgens IFRS zijn opgesteld – de AFM wijst op die mogelijkheid – dan zou ingevolge IFRS 12.12 informatie moeten zijn verstrekt over de geconsolideerde *subsidiaries* waarin derden een *non controlling interest* hebben en die *material* zijn voor Steinhoff. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer valt niet in te zien waarom dit voorschrift slechts betrekking zou hebben op direct gehouden deelnemingen. Nu voorts moet worden geoordeeld dat POCO gelet op haar vermogen en haar omzet van materieel belang is voor Steinhoff, is de conclusie dat de enkelvoudige jaarrekening tekort schiet in het verschaffen van informatie met betrekking tot (de indirecte deelneming in) POCO.
- 3.50 De Ondernemingskamer zal Steinhoff als de overwegend in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het geding.

#### 4 Aanwijzingen

- 4.1 Gelet op het in onderdeel 3 overwogene, zal de Ondernemingskamer Steinhoff bevelen haar Jaarrekening, en, voor zover van toepassing in het licht van zich alsdan voordoende feiten en omstandigheden, haar toekomstige jaarrekeningen, in te richten met inachtneming van de volgende aanwijzingen:
- a. In haar geconsolideerde jaarrekening dient Steinhoff het aandeel van OM-Handels in POCO te verantwoorden als een *non controlling interest*. Uit (het bedrag van) de *liabilities* dient het daarin opgenomen bedrag ter zake van de waarde in het economisch verkeer van het 50%-belang van OM-Handels te worden geëlimineerd.
  - b. In de toelichting op haar geconsolideerde jaarrekening (*Notes to the Annual Financial Statements*) dient Steinhoff hetgeen in noot 27.5 onder *Contingent liabilities* is opgenomen te verwijderen. In plaats daarvan dient zij in de toelichting te vermelden dat zij POCO evenals in voorafgaande jaarrekeningen heeft geconsolideerd, dat zij het 50%-belang van OM-Handels in POCO heeft verantwoord als *non controlling interest*, dat tussen LiVest – de vennootschap via welke zij 50% in POCO houdt – en OM-Handels geschillen zijn gerezen, dat deze partijen over en weer vorderingen tot verplichte inkoop (*redemption*) van de aandelen van de andere partij hebben ingesteld, en dat deze vorderingen op het tijdstip waarop de Jaarrekening werd gepubliceerd aanhangig waren bij het *Landesgericht Dortmund*. Hieraan dient – eveneens in de toelichting – een weergave van de actuele stand van zaken in de procedure tussen LiVest en OM-Handels te worden toegevoegd.
  - c. In haar enkelvoudige jaarrekening dient Steinhoff de standaarden volgens welke deze is opgesteld te verantwoorden.
  - d. Indien de enkelvoudige jaarrekening is opgesteld volgens de standaarden van Titel 9 van Boek 2 BW dient Steinhoff conform artikel 2:379 BW de naam en de woonplaats van POCO te vermelden, alsmede het aandeel dat Steinhoff (indirect) houdt in POCO.

#### 5 De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt Steinhoff International Holdings N.V. haar jaarrekening over het verlengde boekjaar 2015/2016 over de periode van 1 juli 2015 tot en met 30 september 2016 en alle volgende jaarrekeningen in te richten met inachtneming van de in onderdeel 4 van deze beschikking vermelde aanwijzingen;

veroordeelt Steinhoff in de kosten van het geding tot op heden aan de zijde van OM-Handels c.s. begroot op € 3.398;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.J. Wolfs, voorzitter, mr. J. den Boer en mr. A.C. Faber, raadsheren, drs. P.R. Baart en prof. dr. mr. F. van der Wel RA, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.M. Govers, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 19 februari 2018.