

zittende belanghebbenden bij wijze van onmiddellijke voorzieningen te bevelen iets te doen of na te laten, zodat de OK-functionarissen hun werk konden doen en de doelen van het enquête-recht konden worden gediend. Aangezien uit het gedrag van de desbetreffende belanghebbenden al was gebleken dat zij niet zomaar zouden meewerken – zij hinderden de OK-functionarissen immers al – lag het in de rede om de voorzieningen te versterken met dwangsommen.

9. De beschikking inzake Prien Holding en Gravier sluit hierbij naadloos aan. Ook daar liep het onderzoek al en waren functionarissen aangesteld om met het oog op de toestand van de ondernemingen bestuurs-, beheers- en onderzoekstaken te verrichten. En ook daar werden functionarissen gehinderd in de uitoefening van hun taken door een belanghebbende (Mazuelas) die kennelijk weinig ontzag had voor de OK en de door haar aangestelde functionarissen. Dat de OK, op verzoek van de tijdelijke bestuurder, ingreep en daarbij dwangsommen oplegde, is wat mij betreft dan ook een logische uitkomst.

10. Ik vraag me overigens af of Mazuelas zijn gedrag door de dreiging van de dwangsommen laat beïnvloeden. De executie in Spanje van mogelijk verbeurde dwangsommen zal in ieder geval geen sinecure zijn. Voor die executie is op grond van art. 55 van de herschikte EEX-Vo vereist dat het bedrag van de verbeurde dwangsommen “door het gerecht van herkomst definitief is bepaald”. In een van de *Leaderland*-beschikkingen heeft de OK zich ten aanzien van een verzoek strekkende tot die definitieve bepaling, onbevoegd verklaard (Hof Amsterdam (OK) 5 december 2014, «JOR» 2015/229, m.nt. Van der Korst). Zoals blijkt uit een latere uitspraak van het hof, is het executiegeschil in kort geding evenmin de aangewezen route voor de definitieve bepaling van het beloop van dwangsommen die op grond van een uitspraak van een ander gerecht zijn verbeurd (Hof Amsterdam 12 december 2017, JBPR 2018/52, m.nt. Schotel).

mr. W.M. Smelt

advocaat bij Allen & Overy LLP

31

Rechtsmacht OK in uitkoopprocedures met betrekking tot in Nederland gevestigde doelvennootschappen

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

17 september 2019, nr. 200.261.208/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2019:3663

(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Meijer, dr. Verboom, drs. Smits-Nusteling RC)

Noot mr. M. Zilinsky

Uitkoopprocedure. OK is exclusief bevoegd wanneer doelvennootschappen statutaire zetel in Nederland hebben. Verwijzing naar HvJ EU 7 maart 2018, «JOR» 2018/144, m.nt. Beckers.

[BW art. 2:92a/201a, 2:359c; Brussel I-bis art. 24]

Aan de orde is de vraag of de OK op grond van art. 24 Verordening Brussel I-bis exclusief bevoegd is met betrekking tot vorderingen tot uitkoop op de voet van art. 2:92a/201a en 2:359c BW, ook nu de uitkoop niet plaatsvindt op grond van een besluit van een orgaan van de vennootschap, maar op grond van een rechterlijke beslissing op vordering van de meerderheidsaandeelhouder.

De argumenten voor bevestigende beantwoording pleiten het zwaarst. Deze argumenten zijn:
a. In het arrest van 7 maart 2018, «JOR» 2018/144, m.nt. Beckers, legt de HvJEU in zijn antwoord over de uitleg van art. 24 Verordening Brussel I-bis de nadruk op de omstandigheid dat de uitkoopprocedure strekt tot toetsing van de billijkheid van de uitkoop prijs; dat antwoord bevat geen beperking tot uitkoopprocedures waarin een besluit van een orgaan van de vennootschap centraal staat.

b. Gelet op de beperkte reikwijdte en geringe praktische betekenis van de afwijzingsgronden genoemd in art. 2:92a/201a lid 4 BW en het ontbreken van afwijzingsgronden in art. 2:359c BW, vormt de toetsing van de billijkheid van de uitkoop prijs – nadat is vastgesteld dat aan de forme-

le vereisten voor uitkoop is voldaan – de kern van de Nederlandse uitkoopprocedure.

c. De rechterlijke bevoegdheid in zaken die betrekking hebben op de uitkoop van minderheidsaandeelhouders (en dus vooral op de vaststelling of toetsing van de uitkoopprijs), behoort niet afhankelijk te zijn van de toevallige omstandigheid of de uitkoop volgens het nationale recht al dan niet berust op een besluit van een orgaan van de vennootschap (zoals in sommige lidstaten het geval is en in andere, waaronder Nederland, niet).

d. Aan de Nederlandse uitkoopprocedure ligt weliswaar niet een besluit van de algemene vergadering ten grondslag, maar wel de wens van de houder van ten minste 95% van de aandelen (en in geval van art. 2:359c BW tevens ten minste 95% van de stemrechten) om de resterende minderheidsaandeelhouders uit te kopen. Het verschil tussen beide is niet wezenlijk; in beide gevallen gaat het om de uitoefening van de bevoegdheid van de meerderheidsaandeelhouder om de minderheidsaandeelhouder(s) uit te kopen (via een besluit van de algemene vergadering dan wel door het instellen van een vordering) en de toetsing of vaststelling van de billijkheid van de uitkoopprijs door de rechter.

e. Met een restrictieve uitleg bedoelt het HvJ EU dat de bepaling van art. 24 lid 2 Verordening Brussel I-bis niet ruimer mag worden uitgelegd dan het oogmerk ervan verlangt (r.o. 27). Dat oogmerk betreft onder meer de rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid, te weten “dat de eiser gemakkelijk kan bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen” (r.o. 28). Dat oogmerk wordt in uitkoopprocedures als de onderhavige bij uitstek gediend door exclusieve bevoegdheid van de rechter in het land waar de vennootschap is gevestigd. De vraag of, en – belangrijker – tegen welke prijs de minderheidsaandeelhouders gehouden zijn hun aandelen over te dragen aan de meerderheidsaandeelhouder is een interne kwestie die beheerst wordt door het vennootschapsrecht.

f. Het belang van een goede rechtsbedeling (eveneens door het HvJ EU genoemd als reden voor het toekennen van exclusieve bevoegdheid) vergt bovendien (a) Gleichlauf tussen de bevoegde rechter en het toe te passen recht en (b) het vermijden van (mogelijke tegenstrijdige) beslissingen van verschillende rechters over hetzelfde on-

derwerp (de billijkheid van de uitkoopprijs), hetgeen wordt bereikt door de exclusieve bevoegdheid van de rechter van het land waar de vennootschap is gevestigd.

De slotsom is derhalve dat de OK in uitkoopprocedures met betrekking tot in Nederland gevestigde vennootschappen bevoegd is.

De vennootschap naar Frans recht
Thales SA te Courbevoie, Frankrijk,

eiseres,

advocaat: mr. G.P. Oosterhoff,

tegen

1. Gemalto Holding BV (voorheen: Gemalto NV) te Amsterdam,

gedaagde,

advocaten: mr. R.G.J. de Haan en mr. D.H. Tilanus,

en tegen

2. de vennootschap naar het recht van de staat New York, Verenigde Staten van Amerika,

Deutsche Bank Trust Company America te New York, Verenigde Staten van Amerika,

3. alle andere, niet bij name bekende houders van aandelen in Gemalto Holding BV,

zonder bekende woon- of verblijfplaats in of buiten Nederland,

4. alle niet bij name bekende houders van American depository shares die (gedeelten van) aandelen vertegenwoordigen in Gemalto Holding BV,

zonder bekende woon- of verblijfplaats in of buiten Nederland,

gedaagden,

niet verschenen.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. Thales is een internationaal opererende onderneming die actief is op het gebied van luchtvaart, transport, defensie en veiligheid. De aandelen in Thales zijn genoteerd aan Euronext Parijs.

2.2. Gemalto is op 10 december 2002 opgericht als Schlumberger Systems B.V. Na omzetting in een naamloze vennootschap is Gemalto in 2004 onder de naam Axalto Holding N.V. beursgenoteerd geworden. In juni 2006 vormde Axalto Holding N.V. een combinatie met Gemplus International S.A. en is de naam gewijzigd in Gemalto N.V. Gemalto is actief op het gebied van digitale veiligheid.

2.3. Het geplaatst kapitaal van Gemalto bestaat uit gewone aandelen (hierna: de Aandelen). De Aandelen waren tot 29 mei 2019 genoteerd aan Euronext Amsterdam en Euronext Parijs.

2.4. Sinds 20 mei 2004 staat een gedeelte van de aandelen op naam van Euroclear France S.A. (hierna: Euroclear France), een vennootschap naar Frans recht en een *dépositaire central de titres* (centrale effectenbewaarinstantie) om de handel via het Franse girale effectensysteem te bevorderen.

2.5. Sinds 2009 heeft Gemalto een zogenoemd ADS-programma. Deutsche Bank houdt Aandelen (in girale vorm, via Euroclear France) waarvoor zij *American depositary shares* (hierna: ADSs) heeft uitgegeven, in de verhouding van twee ADSs tegenover één Aandeel. Daartoe is op 19 november 2009 een *deposit agreement* gesloten tussen Gemalto, Deutsche Bank en de houders van ADSs (hierna: de Deposit Agreement). Op grond van de Deposit Agreement is Deutsche Bank benoemd tot depositary van Aandelen (artikel 2.1). ADSs zijn verhandelbaar (niet aan een beurs, artikel 2.2 en 2.5) en kunnen worden omgewisseld in Aandelen (artikel 2.6). Deutsche Bank is gehouden uitkeringen op Aandelen door te betalen aan de ADS-houders (artikel 4.1). De ADS-houders kunnen Deutsche Bank instrueren op een bepaalde wijze op de onder de ADSs liggende Aandelen te stemmen, bij gebreke waarvan Deutsche Bank een stemvolmacht aan een door Gemalto aangewezen persoon geeft (artikel 4.8).

2.6. Op 17 december 2017 hebben Thales en Gemalto via een gezamenlijk persbericht bekend gemaakt dat zij een overeenkomst hebben gesloten over een door Thales uit te brengen openbaar bod op de Aandelen (hierna: de Merger Agreement).

2.7. Thales heeft op 27 maart 2018 een openbaar bod (hierna: het bod) uitgebracht als bedoeld in artikel 5:74 Wft op:

i) alle bij anderen dan Gemalto zelf uitstaande Aandelen (hierna: de Uitstaande Aandelen) tegen een biedprijs van € 51 per Aandeel (cum dividend), betaalbaar in contanten (hierna: de Biedprijs Aandelen); en

ii) alle ADSs tegen een biedprijs van € 25,50 per ADS (cum dividend), betaalbaar in contanten (door betaling van het equivalent in USD) (hierna: de Biedprijs ADS).

Blijkens het biedingsbericht liep de oorspronkelijke aanmeldingstermijn van 28 maart 2018 tot en

met 6 juni 2018. Bij persberichten van 1 juni 2018 en 10 augustus 2018 is een verlenging van de aanmeldingstermijn aangekondigd, waarna Thales op 14 maart 2019 bekend heeft gemaakt dat de aanmeldingstermijn eindigt op 28 maart 2019, 17:40 CET (hierna: de Aanmeldingstermijn).

2.8. Op het moment dat het bod werd uitgebracht hielden Thales en haar groepsmaatschappijen geen Aandelen of ADSs.

2.9. Blijkens het biedingsbericht kende Gemalto drie participatieregelingen voor bestuurders en werknemers:

i) een optieprogramma, waaronder Gemalto in 2008 aan haar *board of directors* opties heeft uitgegeven die tot 25 september 2018 konden worden uitgeoefend;

ii) een *Global Employee Share Purchase Plan* voor werknemers van Gemalto, waaronder werknemers van de Franse dochtervennootschappen die via een Fonds Commun de Placement d'Entreprise (hierna: FCPE) in (via Euroclear France door het FCPE gehouden) Aandelen kunnen participeren. Op het moment van uitbrengen van het bod op 27 maart 2018 hield het FCPE 459.946 Aandelen. De governance van het FCPE is vastgelegd in het *Règlement de Fonds Commun de Placement d'Entreprise "Gemalto Actions"* (hierna: het FCPE-Règlement). Het FCPE kent een beheersmaatschappij (artikel 6) en een conseil de surveillance (hierna: de conseil) waaraan diverse beslissingsbevoegdheden zijn toegekend;

iii) een *Global Equity Incentive Plan* waaronder werknemers gedurende de looptijd van het plan tot 31 december 2024 *Restricted Share Units* (hierna: RSUs) kunnen verwerven, die onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ingewisseld voor Aandelen in de verhouding 1:1. Blijkens het biedingsbericht worden de uitstaande RSUs bij gestanddoening van het bod automatisch ingewisseld voor Aandelen. Op de dag van het openbaar bod stonden in totaal 4.294.490 RSUs uit.

Blijkens het biedingsbericht werden voorafgaand aan het openbaar bod op 27 maart 2018 door de bestuurders van Gemalto in totaal 609.049 Aandelen (inclusief ADSs, gehouden via Euroclear France), 93.204,24 Aandelen via FCPE en 301.350 RSUs gehouden.

2.10. Bij gezamenlijk persbericht van 29 maart 2019 hebben Thales en Gemalto bekend gemaakt dat Thales het bod gestand doet, met aankondiging van een na-aanmeldingstermijn van 1 april

2019 tot en met 15 april 2019 om 17:40 uur CET (hierna: de na-aanmeldingstermijn).

2.11. Tussen het moment van uitbrengen van het bod en het einde van de na-aanmeldingstermijn heeft Gemalto 2.930.098 Aandelen aan werknemers en bestuurders uitgegeven onder meer in het kader van de omwisseling van RSUs.

2.12. Bij persbericht van 2 april 2019 heeft Gemalto bekend gemaakt dat tijdens de aanmeldingstermijn 79.827.790 Aandelen (met inbegrip van aandelen waarvoor ADSs waren uitgegeven) onder het bod zijn aangemeld, die Thales vervolgens op 2 april 2019 heeft verworven en betaald via bijschrijving op de effectenrekening van Thales. Op 4 april 2019 zijn 79.827.790 Aandelen die Thales op dat moment in girale vorm via Euroclear France hield, gedegiraliseerd en door middel van een onderhandse leveringsakte aan Thales uitgeleverd en op naam van Thales gesteld.

2.13. Bij persbericht van 16 april 2019 hebben Thales en Gemalto bekend gemaakt dat tijdens de na-aanmeldingstermijn 10.742.274 Aandelen (met inbegrip van aandelen waarvoor ADSs waren uitgegeven) onder het bod zijn aangemeld en dat betaling van de biedprijs voor die Aandelen zal plaatsvinden op 18 april 2019.

2.14. Op 23 april 2019 zijn 10.742.114 Aandelen die Thales op dat moment in girale vorm via Euroclear France hield, gedegiraliseerd en door middel van een onderhandse leveringsakte aan Thales uitgeleverd en op naam van Thales gesteld.

2.15. Bij persbericht van 23 april 2019 hebben Thales en Gemalto aangekondigd dat de beursnoteringen van de aandelen aan de Euronext Amsterdam en Euronext Parijs per 29 mei 2019 zullen worden beëindigd, waarbij 28 mei 2019 de laatste handelsdag zal zijn.

2.16. Na afloop van de na-aanmeldingstermijn heeft Thales in totaal 32 Aandelen verworven, te weten 16 Aandelen op naam van D. Chambers (18 april 2019), 15 Aandelen op naam van J.M. Bichier (mei 2019) en 1 Aandeel op naam van P.D. Snyder (15 mei 2019).

2.17. Bij notariële akten van 12 juni 2019 is Gemalto van een naamloze vennootschap omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en is haar naam gewijzigd in Gemalto Holding B.V., een en ander conform het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Gemalto van 18 mei 2018.

3. De gronden van de beslissing

De bevoegdheid van de Ondernemingskamer

3.1. Artikel 24 aanhef en sub 2 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Verordening Brussel I-bis) houdt in dat ongeacht de woonplaats van partijen de rechten van de lidstaat van vestiging van een vennootschap bij uitsluiting bevoegd zijn “voor de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen (...) dan wel van de besluiten van hun organen”. Het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ EU) heeft bij arrest van 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:167 (E.On Czech Holding/Dédouch c.s.) voor recht verklaard dat deze bepaling (in die zaak nog artikel 22 EEX-Vo) “aldus moet worden uitgelegd dat een vordering als in het hoofdgeding, die strekt tot toetsing van de billijkheid van de vergoeding die de meerderheidsaandeelhouder van een vennootschap moet betalen aan de minderheidsaandeelhouders ervan bij gedwongen overdracht van hun aandelen aan deze meerderheidsaandeelhouder, valt binnen de exclusieve bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat waar die vennootschap is gevestigd.”

3.2. Ter beantwoording van de vraag of de Ondernemingskamer, zoals Thales heeft bepleit, op grond van artikel 24 Verordening Brussel I-bis exclusief bevoegd is met betrekking tot vorderingen tot uitkoop op de voet van artikel 2:92a/201a en 2:359c BW, ook nu, anders dan in de Tsjechische situatie die aan de orde was in genoemd arrest E.On Czech Holding, de uitkoop niet plaatsvindt op grond van een besluit van een orgaan van de vennootschap, maar op grond van een rechterlijke beslissing op vordering van de meerderheidsaandeelhouder, overweegt de Ondernemingskamer als volgt.

3.3. Tegen bevestigende beantwoording van die vraag pleit (i) dat, zoals hiervoor vermeld, de uitkoopprocedure naar Nederlands recht geen betrekking heeft op (de geldigheid van) een besluit van een orgaan van een vennootschap, (ii) dat het HvJ EU eerder heeft geoordeeld dat de regel in artikel 24 Verordening Brussel I-bis restrictief moet worden uitgelegd, als uitzondering op de hoofdregel van artikel 4 Verordening Brussel I-bis dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is (zie HvJ EG 2 oktober 2008,

ECLI:EU:C:2008:534 (Hassett en Doherty/MDU)) en (iii) dat het HvJ EU in het E.On Holding-arrest (in r.o. 33) heeft verwezen naar zijn eerdere rechtspraak (waaronder genoemd arrest van 2 oktober 2008) waarin is overwogen dat de werkingssfeer van (de voorloper van) artikel 24 van de Verordening Brussel I-bis beperkt is tot geschillen waarbij een partij de geldigheid van een besluit van een orgaan van de vennootschap betwist.

3.4. De argumenten die voor bevestigende beantwoording pleiten wegen echter zwaarder. Die argumenten zijn:

a. In zijn hierboven onder 3.1 geciteerde antwoord over de uitleg van artikel 24 Verordening Brussel I-bis legt het HvJ EU de nadruk op de omstandigheid dat de uitkoopprocedure strekt tot toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs; dat antwoord bevat geen beperking tot uitkoopprocedures waarin een besluit van een orgaan van de vennootschap centraal staat. Ook bij de (her)formulering van de vraag van de verwijzende rechter (in r.o. 21) brengt het HvJ EU tot uitdrukking dat de vraag betrekking heeft op een vordering die strekt tot toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs die een meerderheidsaandeelhouder aan de minderheidsaandeelhouders verschuldigd is. Dat laatste sluit aan bij de conclusie van A-G Wathelet (sub 36), voor zover die het HvJ EU in overweging gaf om artikel 24 aldus uit te leggen dat geschillen waarin in het kader van een uitkoopprocedure een meerderheidsaandeelhouder tegenover de minderheidsaandeelhouders van een vennootschap staat, binnen de werkingssfeer ervan vallen.

b. Gelet op de beperkte reikwijdte en geringe praktische betekenis van de afwijzingsgronden genoemd in artikel 2:92a/201a lid 4 BW en het ontbreken van afwijzingsgronden in artikel 2:359c BW, vormt de toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs – nadat is vastgesteld dat aan de formele vereisten voor uitkoop is voldaan – de kern van de Nederlandse uitkoopprocedure.

c. De rechterlijke bevoegdheid in zaken die betrekking hebben op de uitkoop van minderheidsaandeelhouders (en dus vooral op de vaststelling of toetsing van de uitkoopprijs), behoort niet afhankelijk te zijn van de toevallige omstandigheid of de uitkoop volgens het nationale recht al dan niet berust op een besluit van een orgaan van de vennootschap (zoals in sommige lidstaten het geval is en in andere, waaronder Nederland, niet). In

de woorden van het HvJ EU (r.o. 34): “De draagwijdte van [artikel 24 Verordening Brussel I-bis] mag overeenkomstig de vereisten van een autonome uitlegging en een vormige toepassing van de bepalingen van deze verordening niet afhangen van de keuzes die in het nationale recht van de lidstaten zijn gemaakt of variëren naargelang van deze keuzes.”

d. Aan de Nederlandse uitkoopprocedure ligt weliswaar niet een besluit van de algemene vergadering ten grondslag, maar wel de wens van de houder van ten minste 95% van de aandelen (en in geval van artikel 2:359c BW tevens ten minste 95% van de stemrechten) om de resterende minderheidsaandeelhouders uit te kopen. Het verschil tussen beide is niet wezenlijk; in beide gevallen gaat het om de uitoefening van de bevoegdheid van de meerderheidsaandeelhouder om de minderheidsaandeelhouder(s) uit te kopen (via een besluit van de algemene vergadering dan wel door het instellen van een vordering) en de toetsing van vaststelling van de billijkheid van de uitkoopprijs door de rechter.

e. Met een restrictieve uitleg bedoelt het HvJ EU dat de bepaling van artikel 24 lid 2 Verordening Brussel I-bis niet ruimer mag worden uitgelegd dan het oogmerk ervan verlangt (r.o. 27). Dat oogmerk betreft onder meer de rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid, te weten “dat de eiser gemakkelijk kan bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen” (r.o. 28). Dat oogmerk wordt in uitkoopprocedures als de onderhavige bij uitstek gediend door exclusieve bevoegdheid van de rechter in het land waar de vennootschap is gevestigd. De vraag of en – belangrijker – tegen welke prijs de minderheidsaandeelhouders gehouden zijn hun aandelen over te dragen aan de meerderheidsaandeelhouder is een interne kwestie die beheerst wordt door het vennootschapsrecht.

f. Het belang van een goede rechtsbedeling (eveneens door het HvJ EU genoemd als reden voor het toekennen van exclusieve bevoegdheid) vergt bovendien (a) *Gleichlauf* tussen de bevoegde rechter en het toe te passen recht en (b) het vermijden van (mogelijke tegenstrijdige) beslissingen van verschillende rechters over hetzelfde onderwerp (de billijkheid van de uitkoopprijs), hetgeen wordt bereikt door de exclusieve bevoegdheid van de rechter van het land waar de vennootschap is gevestigd.

3.5. Het bovenstaande leidt tot de slotsom dat de Ondernemingskamer in uitkoopprocedures met betrekking tot in Nederland gevestigde vennootschappen bevoegd is.

3.6. Thales heeft subsidiair gesteld dat de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van artikel 8 lid 1 Verordening Brussel I-bis en artikel 7 lid 1 Rv., omdat Gemalto een in Nederland gevestigde mede-gedaagde is. Gemalto houdt nog slechts één aandeel in haar eigen kapitaal (ten tijde van het uitbrengen van het bod hield Gemalto 217.095 aandelen in haar eigen kapitaal) en ruim 97% van de aandelen in Gemalto worden gehouden door Thales (zie hierna onder 3.11 en 3.12), zodat Gemalto zich ten aanzien van de uitkoopvordering in een wezenlijk andere positie bevindt dan de overige minderheidsaandeelhouders en Thales, gelet op haar zeggenschap over Gemalto, voor de verwerving van het door Gemalto in haar eigen kapitaal gehouden aandeel, niet is aangewezen op de uitkoopprocedure. In het licht van de rechtspraak van het HvJ EU (in het bijzonder HvJ EG 11 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:595 (Freeport/Arnoldson) en HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 ([https://www.navigators.nl/document/idde312eb3938946a19c67a5351c6cab38?h1=\(ECLI%3AEU%3AC%3A2015%3A335\)-&idp=LegalIntelligence&anchor=id-b888e76e-961e-4591-8d37-03436e6ba346](https://www.navigators.nl/document/idde312eb3938946a19c67a5351c6cab38?h1=(ECLI%3AEU%3AC%3A2015%3A335)-&idp=LegalIntelligence&anchor=id-b888e76e-961e-4591-8d37-03436e6ba346)) (Cartel Damages Claim/Akzo Nobel e.a.) roept dit de vraag op of Thales, tezamen met Gemalto, de voorwaarden voor toepassing van artikel 8 lid 1; Verordening Brussel I-bis en artikel 7 lid 1 Rv. kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd met het enkele doel om bevoegdheid van de Nederlandse rechter te creëren, ook ten aanzien van de overige gedaagden. Het antwoord op die vraag kan echter in het midden blijven omdat, zoals hierboven is geoordeeld, de Ondernemingskamer op de voet van artikel 24 Verordening Brussel I-bis bevoegd is.

De verdere beoordeling

3.7. Thales heeft haar vordering primair gegrond op artikel 2:359c BW en subsidiair op artikel 2:92a BW of 2:201a BW. Gemalto was ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod een vennootschap waarvan de aandelen waren toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt zoals bedoeld in artikel 2:359a lid 1 BW, zodat de vordering in beginsel op artikel 2:359c BW kan worden gebaseerd.

3.8. Nu tegen gedaagden genoemd onder sub 2, 3 en 4 verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer ingevolge het bepaalde in artikel 2:359c lid BW ambtshalve te onderzoeken (i) of Thales een openbaar bod heeft uitgebracht, (ii) of Thales als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Gemalto verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Gemalto vertegenwoordigt en (iii) of de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

3.9. Dat Thales een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft heeft uitgebracht blijkt uit het in 2.7 genoemde biedingsbericht en uit de door Thales (en Gemalto gezamenlijk) uitgebrachte persberichten van 27 maart 2018, 1 juni 2018, 10 augustus 2018, 14 maart 2019, 29 maart 2019 en 16 april 2019 en de verklaringen van ING Bank N.V. (de settlement agent, hierna: ING) van 26 april 2019 en van American Stock Transfer & Trust Company, LLC (de paying agent, hierna: AST) van 16 april 2019 (hierna: de ING-verklaring respectievelijk de AST-verklaring).

3.10. Wat betreft het door Thales gehouden percentage van het aandelenkapitaal van Gemalto overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Thales heeft gesteld dat op de dag van dagvaarding het geplaatste aandelenkapitaal van Gemalto bestond uit 93.353.912 Aandelen (inclusief aandelen waarvoor ADSs waren uitgegeven) waarvan één Aandeel door Gemalto zelf wordt gehouden. Thales heeft voorts aangevoerd dat zij op die dag voor eigen rekening 90.570.096 Aandelen in het kapitaal van Gemalto hield.

3.11. Thales heeft ter staving van haar stelling dat zij per datum van het uitbrengen van de dagvaarding ten minste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft en 95% van de stemrechten vertegenwoordigt onder meer overgelegd (kopieën van):

- a) een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel betreffende Gemalto van 21 mei 2019 inhoudende dat op die datum het geplaatste kapitaal € 93.353.912 bedroeg;
- b) het gewaarmerkte aandeelhoudersregister van Gemalto, bijgewerkt tot de datum van dagvaarding, waarin onder andere staat vermeld dat in totaal 93.353.912 Aandelen in het kapitaal van Gemalto zijn geplaatst en uitstaan, waarvan per 23 april 2019 2.783.816 Aandelen op naam staan van Euroclear France en per 16 mei 2019 90.570.096 Aandelen op naam staan van Thales;

c) de doorlopende tekst van de statuten van Gemalto zoals deze luiden op de datum van dagvaarding waarin staat dat het maatschappelijk kapitaal van Gemalto € 150.000.000 bedraagt en is verdeeld in 150.000.000 aandelen met een nominale waarde van € 1 (artikel 3), dat alle aandelen op naam luiden (artikel 6.1) en dat voor elk aandeel één stem kan worden uitgebracht (artikel 28);

d) een verklaring van E.J. Bijzitter, *company secretary en corporate officer* van Gemalto, van 21 mei 2019 en de daaraan als bijlagen gehechte ING-verklaring, AST-verklaring en zes onderhandse leveringsakten waaruit onder meer blijkt dat:

i. Gemalto op de dag van dagvaarding één Aandeel in haar eigen kapitaal houdt en het geplaatste en uitstaande kapitaal van Gemalto bestaat uit 93.353.911 Aandelen;

ii. Gemalto of aan haar verbonden rechtspersonen op de dag van dagvaarding geen ADS houden;

iii. Thales op de dag van dagvaarding 90.570.096 Aandelen en één ADS houdt.

e) de verklaring van mr. P.C.S. van der Bijl, notaris te Amsterdam, van 21 mei 2019 waarin hij op basis van de door hem onderzochte documenten onder meer verklaart dat ten tijde van de dagvaarding:

i. het geplaatste en uitstaande kapitaal van Gemalto bestaat uit 93.353.911 Aandelen en Thales 90.570.096 Aandelen houdt in het kapitaal van Gemalto;

ii. Thales $(90.570.096/93.353.911 \times 100\%) = 97,02\%$ van de uitstaande Aandelen en dus $97,02\%$ van het geplaatste (en uitstaande) kapitaal van Gemalto houdt;

iii. groepsvennootschappen van Gemalto (met uitzondering van Thales) geen Aandelen houden;

iv. Thales $97,02\%$ van de stemrechten in de algemene vergadering van Gemalto vertegenwoordigt $(90.570.096/93.353.911 \times 100\% = 97,02\%)$. Hierbij is in aanmerking genomen dat op het door Gemalto in haar eigen kapitaal gehouden Aandeel geen stem kan worden uitgebracht in de algemene vergadering van Gemalto.

3.12. Bij de toets of Thales voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in Gemalto verschaft, telt het Aandeel dat Gemalto in haar eigen kapitaal houdt ingevolge het bepaalde in artikel 2:359c BW juncto artikel 2:24d BW, niet mee. Op grond van voornoemde stukken, mede in onderling verband gezien, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer genoegzaam

vast dat Thales op de dag van dagvaarding voor eigen rekening in ieder geval 90.570.096 Aandelen hield van de in totaal bij deze toets mee te tellen 93.353.911 Aandelen in het geplaatste en uitstaande kapitaal van Gemalto (93.353.912 Aandelen in het geplaatste kapitaal van Gemalto minus één door Gemalto zelf gehouden Aandeel). Daarbij acht de Ondernemingskamer – op grond van de in 3.11 sub e) en f) genoemde stukken – voldoende aannemelijk dat, voor zover onder het bod ADSs zijn aangemeld, Thales op de dag van dagvaarding de daarvoor ingewisselde onderliggende Aandelen hield. In artikel 28 van de ten tijde van dagvaarding geldende statuten is bepaald dat één aandeel recht geeft op het uitbrengen van één stem in de algemene vergadering. Uit artikel 2:118 lid 7/2:228 lid 6 BW volgt dat op het door Gemalto zelf gehouden Aandeel geen stem kan worden uitgebracht. Aldus verschaft Thales op de dag van dagvaarding tenminste 95% van het geplaatste kapitaal van Gemalto en vertegenwoordigde zij ten minste 95% van de stemrechten in Gemalto. De vordering van Thales is in zoverre deugdelijk.

3.13. Wat betreft het dagvaarden van de gezamenlijke andere aandeelhouders overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Uit het overgelegde aandeelhoudersregister blijkt dat de overige, niet door Thales gehouden Aandelen op de dag van dagvaarden ten name staan geregistreerd van Euroclear France (te weten 2.783.816 Aandelen per 23 april 2019). Thales heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat Euroclear France (gelijk Euroclear Nederland/Necigef) voor het doel van de uitkoopprocedure niet moet worden aangemerkt als aandeelhouder en dat uitsluitend de – gedeeltelijk niet bij name bekende – Aandeelhouders rechthebbenden zijn van de op naam van Euroclear France in het aandeelhoudersregister vermelde Aandelen. Zoals de Ondernemingskamer eerder heeft overwogen (OK 6 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6832 (CompleTel)) en – ook naar huidig Frans recht – steun vindt in het door Thales overgelegde memorandum van Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP te Parijs van 12 april 2019, vervult Euroclear France, gelet op Franse wet- en regelgeving, als enige Franse centrale effectenbewaarinstantie in Frankrijk een vergelijkbare rol als Euroclear Nederland/Necigef in Nederland en kan Euroclear France derhalve niet worden aangemerkt aandeelhouder in de zin van art. 2:359c BW. Thales heeft er derhalve te-

recht van afgezien Euroclear France te dagvaarden.

3.14. Thales heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de ADSs in het kader van de uitkoopregeling als (royeerbare) bewilligde certificaten moeten worden gekwalificeerd en dat Deutsche Bank moet worden aangemerkt als aandeelhouder. Thales heeft voor dat geval de ADS-houders gedagvaard met het oog op haar vordering dat de ADS-houders de overdracht van de door Deutsche Bank gehouden Aandelen dienen te gehengen en gedogen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is genoegzaam gebleken dat Deutsche Bank, gelet op de inhoud van de Deposit Agreement (zie 2.5) (giraal, via Euroclear France) Aandelen houdt, daartoe rechthebbende is en aandeelhoudersrechten kan uitoefenen. In het verlengde daarvan moeten de ADSs in het onderhavige geval naar Nederlands recht en voor het doel van de uitkoopregeling, als (royeerbare) bewilligde certificaten worden gekwalificeerd.

3.15. De gelijkstelling in artikel 2:359a lid 2 BW van certificaten uitgegeven met medewerking van de vennootschap met aandelen en van een certificaathouder met een aandeelhouder betekent dat een uitkoopvordering ook kan strekken tot overdracht van certificaten maar brengt niet mee dat een uitkoper die overdracht vordert van de aandelen gehouden is om zowel de aandeelhouders als de certificaathouders te dagvaarden. Dit strookt met de arresten van de Ondernemingskamer van 4 april 2017 («JOR» 2017/162, m.nt. Josephus Jitta; *red.*), ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (Royal Reesink) en 27 maart 2018 («JOR» 2018/178, m.nt. Oosterhoff; *red.*), ECLI:NL:GHAMS:2018:1029 (Unilever). Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft Thales voorts voldoende belang bij haar vordering de houders van ADSs te veroordelen de overdracht van de Aandelen door Deutsche Bank te gehengen en gedogen.

3.16. De Ondernemingskamer stelt voorts vast dat Thales de vordering heeft ingesteld binnen de in artikel 2:359c BW genoemde termijn van drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod.

3.17. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen kan de vordering van Thales in beginsel worden toegewezen en spitst de zaak zich thans toe op de vaststelling van de (billijke) prijs.

Indien een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft is uitgebracht, wordt ingevolge

artikel 2:359c lid 6 BW de waarde van de bij het bod geboden tegenprestatie geacht een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had.

3.18. In het arrest van 4 april 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (Royal Reesink)) heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat in de berekening van de acceptatiegraad van het bod niet meetellen de (certificaten van) aandelen die worden gehouden door (rechts)personen die in een wezenlijk andere positie verkeren dan houders van (certificaten van) aandelen die door acceptatie van het bod slechts hun belang in de doelvennootschap verkopen tegen de onder het bod geboden tegenprestatie.

3.19. Ter staving van de stelling dat aan de 90%-drempel is voldaan, heeft Thales onder meer overgelegd (kopieën van) het biedingsbericht en het aandeelhoudersregister, alsmede de verklaring van mr. P.C.S. van der Bijl, notaris te Amsterdam, van 21 mei 2019 waarin hij op basis van de door hem onderzochte documenten onder meer verklaart dat op het moment dat het bod werd uitgebracht op 27 maart 2018:

i. Gemalto 217.095 Aandelen in haar eigen kapitaal hield;

ii. Thales en haar groepsmaatschappijen geen Aandelen hielden, met dien verstande dat hij daaraan toevoegt: “Ik, notaris, kan niet onderzoeken of Thales of een of meer van haar groepsmaatschappijen in het binnen- of buitenland gerechtigd is of was tot een rekening waarop Aandelen of ADSs (in girale vorm) worden of werden geadministreerd.”

iii. “uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders van Gemalto tezamen 609.049 Aandelen [hadden], inclusief in de vorm van ADSs gehouden aandelen, en 301.350 [RSUs] die recht gaven op Aandelen, wat neerkomt op in totaal 910.399 Aandelen. Dit aantal is exclusief de via het FCPE gehouden Aandelen.”

iv. het FCPE 459.946 Aandelen hield;

v. “het Bod had betrekking op 93.353.911 Aandelen (inclusief Aandelen waarvoor ADSs waren uitgegeven). Indien de door uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders van Gemalto gehouden 910.399 Aandelen (inclusief in de vorm van ADSs gehouden aandelen, inclusief de [RSUs] die recht gaven op Aandelen maar exclusief de via het FCPE gehouden Aandelen worden afgetrokken, had het bod betrekking op 92.443.512 Aandelen, waarvan Thales er dan 90.570.064 minus

910.399 is 89.659.665 heeft verworven, ofwel 96,99%. Indien ook de door het FCPE gehouden 459.946 Aandelen daarvan worden afgetrokken, had het Bod betrekking op 91.983.566 Aandelen waarvan Thales er dan 90.570.064 minus 910.399 minus 459.946 is 89.199.719 heeft verworven, ofwel 96,97%.”

3.20. Het bod had betrekking op 93.353.911 Aandelen. Blijkens het biedingsbericht bestond het geplaatst kapitaal van Gemalto op het moment van uitbrengen van het bod uit 90.423.814 Aandelen. Door uitgifte van 2.930.098 Aandelen aan werknemers tussen het moment van uitbrengen van het bod en het einde van de na-aanmeldingstermijn (zie 2.11) bestaat het geplaatste kapitaal van Gemalto sinds de laatste dag van de na-aanmeldingstermijn op 15 april 2019 uit 93.353.912 Aandelen.

3.21. Thales en haar groepsmaatschappijen hielden op het moment van het uitbrengen van het bod op 27 maart 2018 geen Aandelen. Op datzelfde moment hield Gemalto 217.095 Aandelen in haar eigen kapitaal. Gedurende de periode van 27 maart 2018 en de laatste dag van de na-aanmeldingstermijn op 15 april 2019 heeft Gemalto 217.094 Aandelen aan werknemers geleverd waardoor Gemalto sindsdien nog één Aandeel in haar eigen kapitaal houdt. Deze 217.094 Aandelen blijven niet buiten de berekening van de acceptatiegraad, omdat deze aandelen niet door Gemalto onder het Bod zijn aangemeld.

Voorts werden op 27 maart 2018 in totaal 609.049 Aandelen (inclusief ADSs) en 301.350 RSUs door bestuurders van Gemalto gehouden. Blijkens het biedingsbericht i) zijn ten tijde van de gestanddoening van het bod nog uitstaande RSUs als gevolg van de gestanddoening ingewisseld en de onderliggende Aandelen door Gemalto geleverd (zie 2.11) en ii) hebben de bestuurders van Gemalto zich jegens Thales verbonden hun Aandelen (naar de Ondernemingskamer begrijpt inclusief aandelen waarvoor RSUs uitstonden) en ADSs aan te melden onder het Bod. De bestuurders bevinden zich in een wezenlijk andere positie dan niet aan Gemalto verbonden houders van Aandelen en dienen de door hen in totaal 901.399 gehouden Aandelen buiten de berekening te worden gehouden.

Tot slot hield het FCPE op het moment van uitbrengen van het bod 459.946 Aandelen. Thales heeft ten aanzien van die Aandelen gesteld dat hoewel het FCPE, gelet op haar governance en

doelstelling (zie 2.9 sub ii), volgens Thales niet dient te worden aangemerkt als een aandeelhouder die zich in een wezenlijk andere positie bevindt, zij een nadere onderbouwing van die stelling niet opportuun acht, omdat het al dan niet meetellen van deze aandelen geen significant effect heeft op de acceptatiegraad. De Ondernemingskamer zal deze 459.946 Aandelen daarom buiten de berekening van de acceptatiegraad van het bod houden.

3.22. Het overwogene in 3.21 brengt met zich mee dat de Ondernemingskamer het aantal in aanmerking te nemen aandelen (de noemer) als volgt berekent:

geplaatst aantal gewone aandelen	93.353.912
– Aandelen gehouden door Thales	0
– Aandelen gehouden door Gemalto	1
– Aandelen gehouden door bestuurders Gemalto	910.399
– met Thales gesloten regeling	0 -/-
	92.443.512
– Aandelen gehouden door FCPE	459.946 -/-
	91.983.566

3.23. Thales heeft, voor zover voor de berekening van de acceptatiegraad relevant, in totaal 89.199.719 Aandelen (inclusief Aandelen waarvoor ADS waren uitgegeven), te weten 90.570.064 minus 1.370.345 (910.399 + 459.946), onder het Bod verworven (de teller).

3.24. Gelet op het voorgaande is het de Ondernemingskamer genoegzaam gebleken dat de acceptatiegraad van de biedprijs 96,97% (89.199.719/91.983.566 x 100%) bedraagt en Thales derhalve ten minste 90% van de Aandelen heeft verworven waarop het Bod betrekking had zoals bedoeld in artikel 2:359c lid 6 BW.

3.25. De biedprijs van het bod, te weten € 51 per Aandeel wordt dan ook vermoed een billijke prijs te zijn. Er zijn geen redenen om van deze veronderstelling af te wijken.

3.26. De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien van de peildatum als volgt. Thales heeft gevorderd de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen tegen 16 april 2019, zijnde de datum waarop volgens Thales met zekerheid kan worden vastgesteld dat aan de 95%-drempel is voldaan, althans per een door de Ondernemingskamer in goede justitie te bepalen datum. Ter staving van haar stelling dat Thales op 16 april 2019 in ieder

geval 95% van het geplaatste kapitaal van Gemalto verschaft, verwijst Thales naar de door haar overgelegde notariële verklaring van 21 mei 2019 waarin notaris mr. P.C.S. van der Bijl verklaart dat het aantal door Thales gehouden Aandelen op 16 april 2019 de grens van 95% van de uitstaande en geplaatste Aandelen overschreed, welke grens ligt bij $(0,95 \times 93.353.911 \text{ uitstaande Aandelen}) = 88.686.216$ uitstaande Aandelen en $(0,95 \times 93.353.912 \text{ geplaatste Aandelen}) = 88.686.217$ geplaatste Aandelen.

3.27. Op grond van voornoemde notariële verklaring en de daarin genoemde stukken, mede in onderling verband bezien, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer genoegzaam vast dat Thales in ieder geval vanaf 16 april 2019 ten minste 95% van de geplaatste aandelen in Gemalto hield. De Ondernemingskamer stelt derhalve de peildatum vast op 16 april 2019.

3.28. De slotsom is dat de vordering van Thales die ook overigens niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt, voor toewijzing vatbaar is op de wijze zoals hierna te vermelden. Nu Gemalto zich aan het oordeel van de Ondernemingskamer heeft gerefereerd en de overige gedaagden geen verweer hebben gevoerd, ziet de Ondernemingskamer geen grond voor een kostenveroordeling.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

veroordeelt gedaagden sub 1 tot en met 3 het onbezwaarde recht op de door ieder van hen gehouden aandelen in het geplaatst kapitaal van Gemalto Holding B.V. gevestigd te Amsterdam, over te dragen aan Thales S.A., gevestigd te Courbevoie, Frankrijk;

veroordeelt gedaagden sub 4 de vorenbedoelde opdracht van de door gedaagde 2 gehouden aandelen te gehengen en te gedogen; stelt de prijs vast per 16 april 2019 en wel op € 51 per aandeel;

bepaalt dat die prijs, zolang en voor zover deze niet is betaald, wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf 16 april 2019 tot de dag van de overdracht overeenkomstig artikel 2:359c BW;

bepaalt dat uitkeringen, in laatstbedoeld tijdvak op de aandelen betaalbaar gesteld, tot gedeeltelijke betaling van de prijs op de dag van betaalbaarstelling strekken;

veroordeelt Thales S.A. de vastgestelde prijs, met rente zoals vermeld, te betalen aan degenen aan wie de aandelen toebehoren of zullen toebehoren

tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In dit arrest van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam komen twee vragen aan de orde. Ten eerste, de vraag naar de rechtsmacht (= internationale bevoegdheid) van de Nederlandse rechter in een uitkoopprocedure van aandelen in het kapitaal in een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap. Vervolgens, de vraag naar de billijkheid van het door de meerderheidsaandeelhouder uitgebrachte bod per aandeel. Ik beperk mij in deze noot tot de vraag of de OK rechtsmacht heeft tot kennisneming van een vordering tot uitkoop van aandelen in een naar Nederlands recht opgerichte en in Nederland gevestigde vennootschap.

2. De vraag naar de rechtsmacht van de OK in uitkoopprocedures heeft al veel pennen in beweging gebracht. Ik verwijs gemakshalve voor een overzicht van de discussie in de literatuur naar de noot van J.H.L. Beckers onder HvJ 7 maart 2018, zaak C-560/16, «JOR» 2018/144, m.nt. Beckers (*E.On Czech Holding/Dédouch*). Daarnaast wijs ik nog op de NJ-noot van G. van Solinge onder dit arrest van het HvJ (*NJ* 2018/351) en op S. van Dongen, *Ondernemingsrecht* 2018/98. De meerderheid van de auteurs verdedigt dat de Nederlandse rechter op grond van art. 24 sub 2 EEX-Vo II (Verordening (EU) 1215/2012) exclusief bevoegd is tot kennisneming van een vordering tot uitkoop van minderheidsaandeelhouders indien de doelvennootschap haar statutaire zetel in Nederland heeft. Art. 24 sub 2 EEX-Vo II kent immers de exclusieve bevoegdheid toe aan de rechter in de lidstaat van de vestigingsplaats van de vennootschap in zaken betreffende de geldigheid, de nietigheid of ontbinding van een vennootschap of rechtspersoon, dan wel van besluiten van hun organen. De plaats van vestiging van een vennootschap of rechtspersoon onder deze bepaling dient de aangezochte rechter aan de hand van zijn IPR vast te stellen. Ingevolge art. 10:118 BW wordt een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap door Nederlands recht beheerst. Dit leidt dan ook tot een "Gleichlauf" tussen de bevoegdheid van de Nederlandse

rechter en het op het geschil toepasselijke (Nederlandse) recht.

3. In de onderhavige zaak heeft de in Frankrijk gevestigde Thales SA als aandeelhouder van Gemalto BV, een naar Nederlands recht opgerichte en in Nederland gevestigde vennootschap, zich tot de OK gewend en kort gezegd gevorderd de overige aandeelhouders te veroordelen tot overdracht van hun aandelen in Gemalto aan Thales tegen een door Thales gedaan bod dan wel tegen een door de OK vast te stellen prijs per aandeel. De OK verklaart zich op grond van art. 24 sub 2 EEX-Vo II bevoegd tot kennisneming van de door Thales ingestelde vordering. De OK wijst hierbij op het onder 2 genoemde E.On Czech Holding/Dédouch-arrest. In dit arrest heeft het HvJ voor recht verklaard dat een vordering tot uitkoop van minderheidsaandeelhouders in een naar Tsjechisch recht opgerichte vennootschap, die strekt tot toetsing van de billijkheid van de door de meerderheidsaandeelhouder te betalen vergoeding bij gedwongen overdracht van de aandelen van de minderheidsaandeelhouders aan deze meerderheidsaandeelhouder, onder art. 22 sub 2 EEX-Vo (Verordening (EG) 44/2001) (thans art. 24 sub 2 EEX-Vo II) valt. Dit oordeel van het HvJ brengt met zich dat de Tsjechische rechter exclusief bevoegd is om van deze vordering kennis te nemen. Het HvJ legt bij de beantwoording nadruk op de omstandigheid dat in de uitkoopprocedure naar Tsjechisch recht de toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs centraal staat; de eventuele vaststelling door de rechter dat de vergoeding onbillijk is, leidt niet tot de aantasting van het besluit van de vennootschap waarin de uitkoopprijs is vastgesteld. Naar Tsjechisch recht wordt immers de vergoeding bij een besluit van de vennootschap vastgesteld.

4. Juist in de wijze van het vaststellen van de vergoeding die door een meerderheidsaandeelhouder aan de minderheidsaandeelhouders moet worden betaald, verschillen de uitkoopprocedures naar Nederlands en naar Tsjechisch recht. Waar naar Tsjechisch recht een besluitvorming door de vennootschap eraan ten grondslag ligt, zodat de toetsing van de billijkheid van de vergoeding wel binnen de reikwijdte van art. 24 sub 2 EEX-Vo II kan vallen, staat in de Nederlandse uitkoopprocedure centraal de toetsing van de billijkheid van de uitkoopprijs die gebaseerd is op een bod van de meerderheidsaandeelhouder. Dit bedrag is niet het gevolg van enige besluit-

vorming – in vennootschapsrechtelijke zin – (van een orgaan) van de vennootschap. De OK ziet daarin echter geen belemmering. Dit heeft mede te maken met het uiteindelijke dictum van het HvJ, waarin de geldigheid van de besluitvorming die tot de vaststelling van de vergoeding heeft geleid, niet terugkomt, nu naar Tsjechisch recht in deze procedure de desbetreffende besluitvorming niet aan de orde kan komen. De OK wijst er dan ook op dat de rechtsmacht in zaken betreffende de toetsing van de billijkheid van de vergoeding in een uitkoopprocedure volgens het HvJ niet afhankelijk moet zijn “van de toevallige omstandigheid of de uitkoop volgens het nationale recht al dan niet berust op een besluit van een orgaan van de vennootschap (zoals in sommige lidstaten het geval is en in andere, waaronder Nederland, niet)” (zie r.o. 3.4. onder c van het arrest van de OK). Dit brengt met zich dat de betrokken uitkoopprocedures – inhoudelijk gezien – niet veel van elkaar verschillen. Zie in gelijke zin G. van Solinge in zijn NJ-noot onder het E.On Czech Holding/Dédouch-arrest. De beslissing van de OK in een uitkoopprocedure is feitelijk een beslissing over de hoogte van de uitkoopprijs. In een procedure als de onderhavige die na een openbaar bod heeft plaatsgevonden bestaan ook geen afwijzingsgronden (art. 2:359c BW). De afwijzingsgronden in een gewone uitkoopprocedure (art. 2:92a/201a BW) hebben een beperkte reikwijdte en geen praktische betekenis en komen in de praktijk (bijna) nooit voor.

5. De onderhavige zaak laat zien dat er in de praktijk een noodzaak bestaat voor een regeling van de rechtsmacht in geschillen waarin de interne gang van zaken binnen een vennootschap centraal staat, zoals de geschillen tussen de aandeelhouders onderling of de geschillen tussen de verschillende organen van de vennootschap. Zie ook punt 35 van de conclusie van A-G Wathelet voor het E.On Czech Holding/Dédouch-arrest. De A-G was van mening dat art. 22 sub 2 EEX-Vo (thans art. 24 sub 2 EEX-Vo II) de geschillen moet omvatten waarin de interne aangelegenheden van een vennootschap centraal staan. Het HvJ wilde in zijn arrest in die zaak niet zo ver gaan en beperkte zich tot de aan hem voorgelegde vraag. Zie ook het uitvoerige pleidooi voor het invoeren van een afzonderlijke bevoegdheidsregeling voor interne vennootschapsrechtelijke geschillen van O.J.W. Schotel, ‘International jurisdiction in

cross-border corporate litigation', *NIPR* 2019, p. 350-372.

6. Het oordeel van de OK is mijns inziens toe te juichen. Door het aannemen van de exclusieve bevoegdheid past de Nederlandse rechter tevens het Nederlands recht toe. Welke andere rechter dan de Nederlandse rechter is het meest geëquipeerd om het Nederlandse (vennootschaps)recht toe te passen? Daarbij komt dat in een situatie waarbij geen aandeelhouder in Nederland is gevestigd, de meerderheidsaandeelhouder zich – mogelijkwerijs zonder kunstgrepen – niet tot de Nederlandse rechter zou kunnen wenden. Een oplossing zou zijn een geschillenoplossingsclausule in de statuten van de vennootschap waarbij de Nederlandse rechter exclusief bevoegd wordt aangewezen tot beslechting van interne geschillen binnen de vennootschap. Bij gebreke van een dergelijke clausule en bij het ontbreken van een andere aandeelhouder met een vestigingsplaats in Nederland zou de rechtsmacht van de Nederlandse rechter slechts kunnen worden gecreëerd door het meedagvaarden van de vennootschap zelf, indien deze ook een aandeel in haar eigen kapitaal houdt (waarbij ook gewezen moet worden op een mogelijke samenspanning tussen de meerderheidsaandeelhouder en de vennootschap zelf, doordat de vennootschap met het oog op de uitkoopprocedure een aandeel in haar kapitaal verwerft). In zo'n geval zou de Nederlandse rechter op grond van art. 4 EEX-Vo II bevoegd zijn tot kennisneming van de vordering tot uitkoop jegens de vennootschap zelf. De andere aandeelhouders zouden dan – afhankelijk van hun vestigingsplaats – op basis van art. 8 sub 1 EEX-Vo II, art. 6 sub 1 EVEX dan wel art. 7 lid 1 Rv kunnen worden meedagvaard, nu – kortheidshalve – sprake is van gelijksoortige vorderingen die tegelijkertijd moeten worden beoordeeld. In de onderhavige zaak lijkt de OK niets voor deze oplossing te voelen (r.o. 3.6 van het arrest van de OK). De vennootschap (Gemalto) houdt slechts één aandeel in haar eigen kapitaal en bevindt zich bij de uitkoopvordering in een andere positie dan de overige minderheidsaandeelhouders. Tevens is Thales, gelet op diens positie als meerderheidsaandeelhouder van de vennootschap, niet voor verwerving van dat ene door Gemalto gehouden aandeel aangewezen op een uitkoopprocedure. De OK vindt de rechtsmacht dan ook kunstmatig gecreëerd, zodat de genoemde bepalingen, mede in het licht van de

rechtspraak van het HvJ, toepassing zouden missen (zie ook Van Solinge in zijn NJ-noot onder het E.On Czech Holding/Dédouch-arrest). Ik kan mij in dit oordeel van de OK wel vinden, maar ik meen anders dan de OK dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie dat de vennootschap zelf altijd een aandeel in haar eigen kapitaal bezat, en de situatie dat de vennootschap – meestal in opdracht van de meerderheidsaandeelhouder – het aandeel met het oog op de uitkoopprocedure heeft verworven. In de laatste situatie zie ik wel een kunstmatig gecreëerde rechtsmacht van de OK. Ik zie echter niet in waarom in de eerste situatie de meerderheidsaandeelhouder verplicht zou moeten zijn om het aandeel op een andere wijze dan via de uitkoopprocedure te verwerven, zodat de vennootschap niet als een “ankergedaaagde” in de Nederlandse procedure mag functioneren. Dat zij slechts één aandeel bezit, mag mijns inziens niet van invloed zijn op haar positie als aandeelhouder. Het uiteindelijke oordeel over de toepasbaarheid van art. 8 sub 1 EEX-Vo II en/of art. 7 lid 1 Rv laat de OK echter in het midden, nu zij zich reeds – mijns inziens terecht – op basis van art. 24 sub 2 EEX-Vo II bevoegd acht tot kennisneming van de vordering in de onderhavige uitkoopprocedure. Maar het definitieve woord over de toepasselijkheid van deze bepaling in een Nederlandse uitkoopprocedure is aan het HvJ.

mr. M. Zilinsky
universitair docent internationaal privaatrecht,
Vrije Universiteit Amsterdam/adviser, Houthoff
(Amsterdam)

32

Norm voor verhaal onderzoekskosten in enquêteprocedure

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

17 oktober 2019, nrs. 200.256.695/01 OK en 200.256.695/02 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2019:3796

(mr. Tillema, mr. Vink, mr. Vetter, drs. Baart, drs. Boumeester)

Noot mr. P.H.M. Broere

Enquêteprocedure. Nijhuis Fabel. Tweedefasebeschikking. Wanbeleid. Stelselmatig negeren van vennootschappelijke regels en (gedrags)normen. Bestuurder Jan treft ernstig verwijt. Dit geldt ook voor moeder die als bestuurder passieve rol heeft vervuld. Zij dragen collectieve verantwoordelijkheid. Toewijzing verzoek tot verhaal van kosten.

[BW art. 2:354, 2:355, 2:356]

Het bestuur van Nijhuis Fabel heeft onzorgvuldig gehandeld en heeft zich de belangen van de vennootschap en haar aandeelhouders onvoldoende aangetrokken. Het gaat niet om incidenteel handelen, maar om een stelselmatig negeren van in het vennootschapsrecht geldende regels en (gedrags)normen. De negatieve ontwikkeling van het vermogen van Nijhuis Fabel is grotendeels toe te schrijven aan het afwaarderen van de vorderingen uit hoofde van de in strijd met het belang en de doelstelling van de vennootschap door het bestuur verstrekte leningen die zijn aangewend voor de Duitse activiteiten van Jan. Bij het verstrekken en vervolgens beheren en in stand houden van de leningen had Jan voorts een met het belang van de vennootschap tegenstrijdig persoonlijk belang. De in verband daarmee geldende voorschriften zijn door het bestuur echter genegeerd. Daarnaast is er het nodige aan te merken op de wijze waarop het bestuur de administratie heeft gevoerd en op de inrichting, vaststelling en deponering van de jaarrekeningen. Ten slotte heeft het bestuur niet voldaan aan de informatieplicht jegens de aandeelhouders. In dat beeld past

ook dat Jan geen uitvoering heeft gegeven aan de door de raadsheer-commissaris uitgesproken veroordeling op de voet van art. 2:352 lid 1 BW tot het verstrekken van de in die beschikking nader omschreven informatie. De OK is van oordeel dat het onzorgvuldig handelen van het bestuur van dien aard is dat dit is te kwalificeren als wanbeleid.

De OK is van oordeel dat zowel Jan als moeder voor het wanbeleid verantwoordelijk zijn. Jan is degene die steeds het beleid heeft bepaald. Jan is derhalve primair verantwoordelijk voor het wanbeleid. De OK gaat ervan uit dat moeder niet daadwerkelijk een zelfstandig aandeel heeft gehad in het bestuur en zich heeft laten leiden door Jan. Dit neemt echter niet weg dat het bestuur een collectieve verantwoordelijkheid draagt en moeder derhalve naast Jan verantwoordelijk moet worden gehouden voor het wanbeleid. Dat haar rol een passieve is geweest, doet daaraan niet af.

Jan kan een ernstig verwijt worden gemaakt ter zake van het wanbeleid. Dit geldt ook voor moeder. Zij heeft immers Jan zijn gang laten gaan en zonder verdere inhoudelijke bemoeienis formeel haar medewerking verleend aan een aantal rechtshandelingen. Het verzoek van Nijhuis Fabel om Jan en moeder te veroordelen de onderzoekskosten te voldoen is derhalve toewijsbaar. De OK acht de verwijtbaarheid van moeder echter van andere orde dan die van Jan en ziet daarin aanleiding te oordelen dat moeder voor niet meer dan een derde deel van de onderzoekskosten kan worden aangesproken.

De OK ontslaat Jan en moeder als bestuurders en ontbindt Nijhuis Fabel voor het geval op enig moment het besluit tot ontbinding van Nijhuis Fabel van 7 november 2018 in rechte wordt vernietigd dan wel nietig verklaard.

1. H.J. Niemeijer-Nijhuis te Zuidlaren,

2. B.J. Nijhuis te Holtten,

verzoekers,

advocaat: mr. J.T. Stekelenburg,

tegen

Nijhuis Fabel BV (in liquidatie) te Rijssen,

verweerster,

advocaten: mr. H. Dulack en mr. G.J. Boeve,

en tegen

1. F.J. Nijhuis te Ommen,

advocaten: mr. E.J. Bink en mr. L.Z. Bosman,

2. L.J. Nijhuis-Wilmink te Rijssen,