RF 2009, 15

HOF AMSTERDAM (ONDERNEMINGSKAMER)
28 oktober 2008, nr. 200.002.020/01 OK
(Mrs. J.H.M. Willems, P.M.F. van Loon, M.P. Nieuwe Weme, prof. dr. J. Klaassen RA, prof. dr. M.N. Hoogendoorn RA)
RO 2009, 6
LJN BG3438

BW art. 2:359c; Wft art. 5:74

Uitkoop. Openbaar bod.
Op welke wijze dient art. 2:359c BW inzake de uitkoop van minderheidsaandeelhouders na een openbaar bod te worden uitgelegd?

Danone heeft een openbaar bod uitgebracht op de aandelen Numico, welke waren toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt. Na de gestanddoening van het bod heeft Danone in haar hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder op de voet van art. 2:359c BW een uitkoopvordering tegen alle overige houders van aandelen van Numico ingesteld. De aandelen van Numico waren ten tijde van het instellen van de uitkoopvordering niet langer toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt.

OK: De Ondernemingskamer geeft invulling aan art. 2:359c BW ten aanzien van (i) het noteringsvereiste, (ii) de toepassing van de 95% drempels, en (iii) de toepassing van de 90% drempel. Uit de door Danone opgegeven aantallen blijkt dat de 90%-drempel niet is bereikt en dat derhalve het wettelijk vermoeden ontbreekt dat de biedprijs een billijke prijs is. De OK stelt zelf een billijke prijs vast, die evenwel gelijk is aan de eerdere biedprijs.

Weliswaar waren de aandelen van Numico ten tijde van het instellen van de uitkoopvordering niet langer toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt, maar een redelijke en zinvolle uitleg van art. 2:359a jo. art. 2:359c BW brengt met zich mee dat volstaat dat de vennootschap was toegelaten op het moment van het uitbrengen van het openbaar bod. Daarnaast dient 2:359c lid 1 BW aldus te worden uitgelegd dat een openbaar bod moet zijn uitgebracht en dat de 95%-drempels moeten zijn bereikt, maar dat niet is vereist dat door het openbaar bod ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en de stemrechten is verkregen of door het openbaar bod de 95%-drempels zijn bereikt.

Ten aanzien van de door Danone c.s. te betalen prijs bepaalt art. 2:359c lid 6 BW dat, wanneer een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in art. 5:74 van Wft is uitgebracht, de waarde van de bij het openbaar bod geboden tegenprestatie wordt geacht een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had. De OK legt de zinsnede 'mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had' aldus uit dat (i) ten minste 90% moet zijn verworven van de aandelen die de bieder nog niet hield en (ii) dat deze 90% moet zijn verkregen door aanvaarding van het openbaar bod. Dit laatste betekent dat verwervingen anderszins (zoals aankopen in de gereglementeerde markt of onderhandse verwerving van pakketten) buiten beschouwing dienen te worden gelaten (ook al vonden deze plaats tijdens de (na-)aanmeldingstermijn).

Zie ook:
- Hof Amsterdam (OK) 11 november 2008, *ARO* 2008, 179 en *JOR* 2008/336 m.nt. Bartman (*SABMiller*);
- M.P Nieuwe Weme, G. van Solinge, R.P. ten Have en L.J. Hijmans van den Bergh (red.), *Handboek Openbaar Bod* (Serie Onderneming en Recht deel 46), Deventer, Kluwer, 2008;
- *Kamerstukken II* 2005/06 30 419 nr. 3 (openbaar overnamebod);
- Euronext mededeling 2005-041 op www.euronext.com.

Wenk:
Art. 2:359c BW stelt de bieder die een openbaar bod heeft uitgebracht, in staat een gezamenlijke vordering tegen de minderheidsaandeelhouders in te stellen tot overdracht van hun aandelen. In mei 2007 is het artikel geïntroduceerd ter implementatie van art. 15 van de Richtlijn openbaar overnamebod (Richtlijn 2004/25/EG). Het artikel is gebaseerd op het reeds langer bestaande art. 2:92a BW maar is specifiek voor uitstoting van minderheidsaandeelhouders na een openbaar bod.

De onderhavige uitspraak is het eerste arrest dat de Ondernemingskamer heeft gewezen op basis van art. 2:359c BW. De tweede uitspraak volgde echter spoedig en betreft de door SABMiller Netherlands B.V. ingestelde uitkoopvordering na een openbaar bod op Koninklijke Grolsch N.V. (OK 11 november 2008). De feiten en de overwegingen van de OK komen in beide uitspraken grotendeels overeen. In de *SABMiller*-uitspraak kwam de OK desondanks niet tot een einduitspraak, maar dient SABMiller Netherlands B.V. nadere bescheiden te overleggen.

Het is gebruikelijk dat na een openbaar bod de beursnotering spoedig wordt beëindigd. De afdeling in Boek 2 BW waarin art. 2:359c BW is opgenomen, is echter van toepassing op de vennootschap waarvan aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt (art. 2:359a BW). In de literatuur bestonden dan ook verschillende opvattingen over de vraag wat de gevolgen waren van een beëindiging van de notering voordat de uitkoopprocedure aanhangig is (vergelijk P.D. Olden, M.P. Nieuwe Weme en G. van Solinge in *Handboek Openbaar Bod*). De OK schept nu duidelijkheid. Zij hanteert een ruime opvatting door te bepalen dat voor het instellen van de uitkoopvordering volstaat dat de doelvennootschap was toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt op het moment van het uitbrengen van het openbaar bod.

Daarnaast bevestigt de OK de bestaande opvatting ten aanzien van de 95% drempels uit art. 2:359c. Voor toepassing van dit artikel moeten de 95%-drempels zijn bereikt maar is niet vereist dat door het openbaar bod ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en de stemrechten zijn verkregen of door het openbaar bod de 95%-drempels zijn bereikt. Deze uitleg van de OK is in lijn met de wetsgeschiedenis van het artikel. Hieruit volgt dat het niet relevant is op welke wijze de bieder de 95% drempel heeft bereikt (*Kamerstukken II* 2005/06 30419 nr. 3, p. 47-48). De 95% drempel kan derhalve anders dan door het openbaar bod bereikt zijn.

Ingevolge art. 2:359c BW wordt de biedprijs geacht een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het

bod betrekking had. De OK verheldert de voorgaande passage. De 90% drempel is – in tegenstelling tot de voornoemde 95% drempel – afhankelijk van het openbaar bod. Er dient bekeken te worden hoeveel aandelen bij het uitbrengen van het openbaar bod nog niet in bezit zijn van de bieder. Indien 90% van de aandelen die nog niet in het bezit waren van de bieder door aanvaarding van het bod in het bezit komt van de bieder, wordt de biedprijs geacht een billijke prijs te zijn. Aandelen die zijn aangemeld in de aanmeldingstermijn, na-aanmeldingstermijn en aandelen van het werknemersplan tellen mee voor de 90% drempel. Aandelen verworven op de beurs tijdens of na de na-aanmeldingstermijn echter niet. In de *SABMiller*-uitspraak merkt de OK op dat in gevallen waarin het openbaar bod door samenwerkende bieders wordt uitgebracht, de door deze bieders gezamenlijk verkregen aandelen in de berekening moeten worden betrokken.

De OK somt in overweging 3.12 een viertal (door notaris of accountant geverifieerde) gegevens op waarover zij, in het algemeen en voor zover van toepassing, dient te kunnen beschikken om te kunnen vaststellen of de bieder ten minste 90% van de aandelen heeft verworven waarop het bod betrekking had. De gegevens worden eveneens aangehaald in de *SABMiller*-uitspraak. Bartman suggereert in zijn noot bij de *SABMiller*-uitspraak dat indien de 90% drempel niet wordt gehaald, een deskundigenverklaring een dwingend procedurevoorschrift zou kunnen zijn waaraan in de onderhavige uitspraak voorbij is gegaan. Dit inzicht zou mogelijk verklaren waarom de Ondernemingskamer niet tot een einduitspraak kwam in de *SABMiller*-uitspraak.

1. Groupe Danone S.A., te Parijs, Frankrijk,
2. Heldinvest 1 S.A.S., te Parijs, Frankrijk
3. Heldinvest B.V., te Schiphol,

eiseressen, adv. en proc. mr. M.G. Kuijpers,

tegen

1. Vereniging van Effectenbezitters, te 's-Gravenhage,
2. Alle overige houders van aandelen op naam in het kapitaal van Numico B.V., te Amsterdam, die niet bij name bekend zijn dan wel waarvan de woonplaats en het werkelijke verblijf onbekend zijn, zonder bekende woon- of verblijfplaats in of buiten Nederland,

gedaagden, niet verschenen.

Hof:

1. Het verloop van het geding

1.1 Eiseressen hebben bij exploot van 21 januari 2008 gedaagden gedagvaard om te verschijnen ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 21 februari 2008 teneinde te horen eisen dat – zakelijk weergegeven en naar de Ondernemingskamer begrijpt – de Ondernemingskamer bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

1) gedaagden primair op grond van artikel 2:359c van het Burgerlijk Wetboek (BW), althans subsidiair op grond van artikel 2:201a BW, veroordeelt hun aandelen in Numico B.V., gevestigd te Amsterdam, waarvan zij houder zijn, over te dragen aan eiseres sub 1 (hierna Danone te noemen);

2) primair de prijs van de over te dragen aandelen vaststelt op € 55 per aandeel op de datum van het arrest van de Ondernemingskamer, dan wel een datum die zo dicht mogelijk daarbij is gelegen, althans subsidiair de prijs vaststelt op € 55 per aandeel per 6 november 2007;

3) bepaalt dat

(i) de prijs van de over te dragen aandelen wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf de hiervoor onder 2) bedoelde dag tot de dag van de overdracht of de dag van consignatie van de prijs met rente en

(ii) de contante waarde van eventuele uitkeringen op de over te dragen aandelen of de aandelen die in de hiervoor bedoelde periode betaalbaar worden gesteld, op de dag van betaalbaarstelling strekt tot gedeeltelijke betaling van de prijs met rente

;

4) eiseressen veroordeelt de vastgestelde prijs met rente te betalen aan degenen aan wie de aandelen toebehoren of zullen toebehoren, tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen;

5) omtrent de kosten van het geding een zodanige uitspraak geeft als de Ondernemingskamer meent dat behoort.

1.2 Gedaagden zijn in rechte niet verschenen. Tegen hen is verstek verleend.

1.3 Eiseressen hebben bij conclusie van eis de in de dagvaarding genoemde producties in het geding gebracht, alsmede één aanvullende productie, en gesteld en geconcludeerd overeenkomstig de dagvaarding.

1.4 Eiseressen hebben de stukken van het geding, die hier als herhaald en ingelast gelden, overgelegd en arrest gevraagd.

2. De vaststaande feiten

2.1 Danone heeft op 20 augustus 2007 een openbaar bod uitgebracht op de (gewone) aandelen in het kapitaal van de naamloze vennootschap Koninklijke Numico N.V. Het openbaar bod had betrekking op

(i) de op het moment van het openbaar bod reeds uitgegeven aandelen en

(ii) de nadien (maar voor de dag van betaling van de biedprijs) als gevolg van de uitoefening van aandelenopties of conversie van converteerbare obligatieleningen nog uit te geven aandelen.

De geboden en betaalde prijs bedroeg € 55 per aandeel in contanten. De oorspronkelijke aanmeldingstermijn liep af op 31 oktober 2007. Danone heeft het bod gestand gedaan op 2 november 2007, met aankondiging van een na-aanmeldingstermijn tot 23 november 2007.

2.2 Ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod bestond het geplaatste kapitaal van Koninklijke Numico N.V. uit 194.298.071 aandelen, elk met een nominale waarde van € 0,25 en rechtgevend op

het uitbrengen van één stem. Sinds het openbaar bod is het geplaatste kapitaal toegenomen, doordat
(i) uitstaande (personeels)aandelenopties werden verzilverd en
(ii) converteerbare obligaties werden geconverteerd in aandelen.
Op het moment van het uitbrengen van de dagvaarding bestond het geplaatste kapitaal uit 223.444.610 aandelen, elk met een nominale waarde van € 0,25 en rechtgevend op één stem.

2.3 In de dagvaarding zijn onder meer de volgende gegevens vermeld. Ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod hield Danone al 57.397.659 aandelen in het kapitaal van Koninklijke Numico N.V., die 29,5% van het (toenmalig) geplaatste kapitaal vertegenwoordigden. Aan het einde van de oorspronkelijke aanmeldingstermijn waren 118.551.771 aandelen aangemeld, die 61% van het (toenmalig) geplaatste kapitaal vertegenwoordigden. Danone verschafte na gestanddoening van het bod 90,5% (29,5% plus 61%) van het (toenmalig) geplaatste kapitaal. Daarnaast heeft Danone met de gestanddoening van het bod 10.700.504 aandelen verworven van werknemers die deelnamen aan zogenoemde employee incentive plans, die 4,8% van het (inmiddels vergrote) geplaatste kapitaal vertegenwoordigden. Tijdens de na-aanmeldingstermijn zijn 18.768.047 aandelen aangemeld, die 8,4% van het (vergrote) geplaatste kapitaal vertegenwoordigden. Tijdens en na sluiting van de na-aanmeldingstermijn heeft Danone in regelmatig beursverkeer 15.462.411 aandelen verworven, die 6,9% van het (vergrote) geplaatste kapitaal vertegenwoordigden. De genoemde verwervingen van de werknemers en in regelmatig beursverkeer zijn geschied tegen maximaal de biedprijs van het openbaar bod.

2.4 De naam van Koninklijke Numico N.V. is bij statutenwijziging van 10 december 2007 gewijzigd in 'Numico N.V.'. De notering van de aandelen Numico N.V. aan de effectenbeurs van NYSE Euronext N.V. te Amsterdam is per 28 december 2007 geëindigd. Bij notariële akte van 28 december 2007 is de naamloze vennootschap Numico N.V. omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarbij haar naam is gewijzigd in 'Numico B.V.' (hierna Numico te noemen).

3. *De gronden van de beslissing*

3.1 Eiseressen hebben hun vordering primair gebaseerd op artikel 2:359c BW. Numico was ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod een vennootschap waarvan aandelen waren toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 2:359a BW, zodat hun vordering in beginsel op artikel 2:359c BW kan worden gebaseerd. Weliswaar waren de aandelen van Numico ten tijde van het instellen van de uitkoopvordering niet langer toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt, maar een redelijke en zinvolle uitleg van artikel 2:359a jo artikel 2:359c BW brengt met zich dat volstaat dat de vennootschap in vorenbedoelde zin was toegelaten op het moment van het uitbrengen van het openbaar bod.

3.2 Nu tegen gedaagden verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve te onderzoeken of
(i) een van de eiseressen een openbaar bod heeft uitgebracht,
(ii) eiseressen samen ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in Numico verschaffen alsmede ten minste 95% van de stemrechten van Numico vertegenwoordigen en
(iii) de gezamenlijke andere aandeelhouders zijn gedagvaard.
In het zich voordoende geval dient de Ondernemingskamer voorts ambtshalve te onderzoeken of ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had, zoals bedoeld in artikel 2:359c lid 6 BW.

3.3 De Ondernemingskamer stelt voorop dat zij artikel 2:359c lid 1 BW aldus uitlegt dat een openbaar bod moet zijn uitgebracht en dat de 95%-drempels moeten zijn bereikt, maar dat niet is vereist dat door het openbaar bod ten minste 95% van het geplaatste kapitaal en de stemrechten is verkregen of door het openbaar bod de 95%-drempels zijn bereikt.

3.4 De Ondernemingskamer stelt op grond van hetgeen blijkt uit de in het geding gebrachte stukken vast dat Danone een openbaar bod heeft uitgebracht op de aandelen in Koninklijke Numico N.V. en dat deze vennootschap nadien is omgezet in een B.V. en thans is genaamd Numico. De vordering is in zoverre deugdelijk.

3.5 Voldoende aannemelijk is gemaakt dat eiseressen aan te merken zijn als groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b BW, zodat zij de onderhavige vordering gezamenlijk kunnen instellen.

3.6 Eiseressen hebben, bij conclusie van eis, gesteld dat zij op de datum van de dagvaarding voor eigen rekening 220.880.391 (in de dagvaarding is volgens eiseressen abusievelijk 220.880.392 vermeld) aandelen in het geplaatste kapitaal van Numico hielden, corresponderend met 98,9% van het geplaatste aandelenkapitaal en de stemrechten. Ter staving van dit een en ander hebben eiseressen onder meer overgelegd (kopieën van)
(i) de doorlopende tekst van de statuten van Koninklijke Numico N.V. zoals deze luidden ten tijde van het openbaar bod, de doorlopende tekst van de statuten van Numico N.V. zoals deze luidden vanaf 10 december 2007 en de statuten van Numico zoals deze zijn komen te luiden na de akte van omzetting en statutenwijziging van 28 december 2007,
(ii) een uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam van 21 januari 2008 met betrekking tot Numico,
(iii) (een (gecorrigeerd) uittreksel uit) het aandeelhoudersregister van Numico over de periode vanaf 28 december 2007 en
(iv) een beredeneerde accountantsverklaring van 21 januari 2008 van P.R. Baart RA, inhoudende dat eiseressen blijkens het aandeelhoudersregister

van Numico ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding gerechtigd zijn tot 220.880.392 aandelen in het geplaatste kapitaal van Numico (de Ondernemingskamer stelt vast dat de telling van de accountant, overeenkomstig de dagvaarding, één aandeel hoger uitkomt dan het aantal zoals eiseressen bij conclusie van eis hebben gesteld en toegelicht), die 98,9% van het geplaatste kapitaal en de stemrechten vertegenwoordigen.

3.7 De Ondernemingskamer acht op grond van deze stukken, deze mede in onderling verband bezien, genoegzaam vaststaan dat eiseressen, zoals zij hebben gesteld, op de dag van de dagvaarding samen voor eigen rekening in ieder geval 220.880.391 aandelen in het geplaatste kapitaal van Numico hielden en aldus ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Numico verschaften en ten minste 95% van de stemrechten in Numico vertegenwoordigden. Ook in zoverre is de vordering deugdelijk.

3.8. Voorts blijkt uit de in het geding gebrachte stukken dat eiseressen alle gezamenlijke andere aandeelhouders (deugdelijk) hebben gedagvaard. De vordering is ook in zoverre deugdelijk.

3.9 De Ondernemingskamer stelt voorts vast dat eiseressen de vordering hebben ingesteld binnen de in artikel 2:359c lid 3 BW genoemde drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod, waarbij in het midden kan blijven of hieronder moet worden verstaan de aanmeldingstermijn als bedoeld in artikel 14 en 15 Besluit openbare biedingen Wft (Bob) of de na-aanmeldingstermijn van artikel 17 Bob. Ook in zoverre is de vordering deugdelijk.

3.10 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen kan de vordering van eiseressen in beginsel worden toegewezen en spitst het geschil zich nog slechts toe op de door eiseressen te betalen prijs voor de over te dragen aandelen.

3.11 Artikel 2:359c lid 6 BW bepaalt dat, wanneer – zoals in de onderhavige procedure – een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) is uitgebracht, de waarde van de bij het openbaar bod geboden tegenprestatie wordt geacht een billijke prijs te zijn, mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had. De Ondernemingskamer legt de zinsnede 'mits ten minste 90% van de aandelen is verworven waarop het bod betrekking had' aldus uit – lettend ook op artikel 15 lid 5 van Richtlijn 2004/25/EG betreffende het openbaar overnamebod – dat

(i) ten minste 90% moet zijn verworven van de aandelen die de bieder nog niet hield en

(ii) dat deze 90% moet zijn verkregen door aanvaarding van het openbaar bod.

Dit laatste betekent dat verwervingen anderszins (zoals aankopen in de gereglementeerde markt of onderhandse verwerving van pakketten) buiten beschouwing dienen te worden gelaten (ook al vonden deze plaats tijdens de (na-)aanmeldingstermijn).

3.12 Teneinde te kunnen vaststellen of de bieder ten minste 90% van de aandelen heeft verworven waarop het bod betrekking had, dient de Ondernemingskamer, in het algemeen en voor zover van toepassing en een en ander in voorkomende gevallen per soort aandeel, te beschikken over de navolgende, uit bescheiden blijkende en door bijvoorbeeld een registeraccountant of een notaris blijkens een daartoe strekkende verklaring geverifieerde, gegevens:

1. het aantal aandelen onderscheidenlijk certificaten van aandelen dat reeds in bezit was van de bieder ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod;
2. het aantal aandelen onderscheidenlijk certificaten van aandelen waarop het bod betrekking heeft;
3. het aantal aandelen onderscheidenlijk certificaten van aandelen dat tijdens de (verlengde) aanmeldingstermijn is aangemeld en, vervolgens, is verkregen;
4. het aantal aandelen onderscheidenlijk certificaten van aandelen dat tijdens de eventuele na-aanmeldingstermijn is aangemeld en, vervolgens, is verkregen.

3.13 Eiseressen hebben bij dagvaarding, niet gestaafd door bescheiden en geverifieerd zoals hiervoor bedoeld, gesteld dat Danone ten tijde van het uitbrengen van het openbaar bod reeds beschikte over 57.397.659 aandelen, samen 29,5% van het (toenmalig) geplaatst kapitaal van Koninklijke Numico N.V. De Ondernemingskamer stelt overigens vast dat het biedingsbericht van 20 augustus 2007 slechts vermeldt dat Danone op 16 augustus 2007 bij Stichting Autoriteit Financiële Markten heeft geregistreerd dat zij 26,37% van het geplaatste kapitaal in Koninklijke Numico N.V. hield. Uit de verdere door eiseressen opgegeven aantallen, zoals hiervoor opgenomen in 2.3, volgt dat het openbaar bod betrekking had op 166.046.951 aandelen (dat wil zeggen 136.900.412 aandelen die ten tijde van het bod nog niet door Danone waren verworven en 29.146.539 aandelen die na het uitbrengen van het bod zijn uitgegeven; de Ondernemingskamer verwijst in dit verband naar hetgeen in 2.1 is overwogen over de reikwijdte van het bod). Voor het vermoeden van een billijke prijs als bedoeld in artikel 2:359c lid 6 BW zou Danone dus ten minste 90% van deze 166.046.951 aandelen moeten hebben verkregen, zijnde 149.442.256 aandelen. Danone heeft, zoals eiseressen hebben gesteld en hiervoor is vermeld in 2.3, door aanvaarding van het bod 148.020.322 aandelen verkregen (dat wil zeggen 118.551.771 aandelen die tijdens de oorspronkelijke aanmeldingstermijn waren aangemeld, 10.700.504 aandelen die met de gestanddoening zijn verworven van werknemers die deelnamen aan employee incentive plans en 18.768.047 aandelen die tijdens de na-aanmeldingstermijn zijn aangemeld), zijnde 89,1% van de aandelen waarop het bod betrekking had. Danone heeft aldus, blijkens haar eigen stellingen, niet voldaan aan de eis dat ten minste 90% van de aandelen waarop het openbaar bod betrekking had onder dat bod is verworven.

3.14 Nu reeds uit de door eiseressen opgegeven aantallen blijkt dat de 90%-grens niet is bereikt ontbreekt derhalve, ook indien eiseressen hun stellingen hadden gestaafd met nadere bescheiden, het wettelijk vermoeden dat de biedprijs een billijke prijs is

en zal de Ondernemingskamer, op de voet van artikel 2:359c lid 6 eerste zin BW, de billijke prijs zelfstandig vaststellen. De Ondernemingskamer stelt hierbij voorop dat bij de afwezigheid van een actuele of recente beurskoers voor de vaststelling van een billijke prijs in het algemeen aansluiting kan worden gezocht bij het bedrag dat voor de onder het openbaar bod aangemelde aandelen is betaald, hetgeen vooral het geval zal zijn indien de prijsvaststelling plaatsvindt kort nadat het openbaar bod is gestand gedaan, dit een en ander mits aannemelijk is dat zich sinds de gestanddoening van het bod geen feiten of omstandigheden ter zake van de betrokken vennootschap hebben voorgedaan die een hogere prijs rechtvaardigen.

3.15 Wat betreft de prijs van de over te dragen aandelen hebben eiseressen overgelegd (kopieën van)

(i) de jaarrekeningen van Koninklijke Numico N.V. over de boekjaren 2004, 2005 en 2006, het halfjaarlijkse bericht over het boekjaar 2007, alsmede het kwartaalbericht over het derde kwartaal van het boekjaar 2007,

(ii) het biedingsbericht ter zake van het openbaar bod van 20 augustus 2007, waarin onder meer zijn opgenomen

(a) een fairness opinion van Goldman Sachs International en een fairness opinion van Citigroup Global Markets Limited, beide gedateerd 9 juli 2007 en beide inhoudende dat vanuit financieel oogpunt de biedprijs geboden aan de aandeelhouders fair is,

(b) een verklaring van het bestuur en de raad van commissarissen van Koninklijke Numico N.V. dat zij, onder verwijzing naar voornoemde fairness opinions, het bod unaniem ondersteunen en aanbevelen aan de aandeelhouders en

(c) een mededeling dat de biedprijs een premie bevat van 37,7% ten opzichte van de slotkoers op 6 juli 2007 (de laatste beursdag voorafgaande aan de dag van de openbare aankondiging van het bod) en

(iii) een verklaring van S. Droulers, werkzaam bij Lazard Frères S.A.S., gedateerd 21 januari 2008, inhoudende dat hem, op basis van het door hem verrichte onderzoek, niet is gebleken dat zich sinds 2 november 2007 (de datum waarop het openbaar bod van Danone gestand werd gedaan) tot 21 januari 2008 (de datum van afronding van zijn onderzoek), enige ontwikkelingen hebben voorgedaan die een hogere prijs zouden rechtvaardigen voor de aandelen dan de prijs van € 55 die is geboden en betaald onder het openbaar bod.

3.16 Lettend op de inhoud van deze stukken, op de omstandigheid dat gezegd kan worden dat het openbaar bod, ondanks het feit dat de drempel van 90% als hiervoor bedoeld niet werd gehaald, op grote schaal is aanvaard, op de omstandigheid dat er geen reden is om te veronderstellen dat de waarde van de aandelen Numico sinds 2 november 2007 (de datum waarop het openbaar bod gestand is gedaan) tot heden een wijziging in opwaartse zin heeft ondergaan en op het van algemene bekendheid zijnde feit dat de waarde van ter beurze genoteerde aandelen in het algemeen een – niet onbetekenende – wijziging in neerwaartse zin heeft ondergaan, acht de Ondernemingskamer zich voldoende voorgelicht om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen, namelijk op het door eiseressen aangeboden bedrag van € 55 en wel per heden.

3.17 De slotsom is dat de (primaire) vordering, die ook overigens niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt, voor toewijzing vatbaar is op de wijze zoals hierna te vermelden. Nu gedaagden geen verweer hebben gevoerd, dient een kostenveroordeling achterwege te blijven.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

veroordeelt gedaagden alsmede degenen aan wie de aandelen zullen toebehoren het onbezwaarde recht op de aandelen in het geplaatste kapitaal van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Numico B.V, gevestigd te Amsterdam, waarvan zij houder zijn over te dragen aan Groupe Danone S.A., gevestigd te Parijs, Frankijk;

stelt de prijs van de over te dragen aandelen vast op € 55 en wel per heden;

bepaalt dat die prijs, zolang en voor zover die niet is betaald, wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf heden tot aan de datum van de overdracht of de dag van consignatie van de prijs met rente 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 Group Danone S.A., gevestigd te Parijs, Frankrijk, de vastgestelde prijs, met rente zoals voornoemd, te betalen aan gedaagden of aan degenen aan wie de aandelen zullen toebehoren tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. Willems, voorzitter, mr. Van Loon en mr. Nieuwe Weme, raadsheren, prof. dr. Klaassen RA en prof. dr. Hoogendoorn RA, raden, in tegenwoordigheid van mr. Van Wees, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 28 oktober 2008.