

worden aangenomen dat aan M. als werknemer van M B.V. wordt verweten dat het kasgeld is verdwenen, voert het onderdeel terecht aan dan M. in beginsel jegens zijn werkgeefster daarvoor slechts aansprakelijk is in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.”

Hieruit mag worden afgeleid dat een bestuurder, in vergelijking met een werknemer, al bij een lagere schuldgraad aansprakelijk is, wat er ook precies zij van het onderscheid.

Het is dan toch ondenkbaar dat een finale kwijtingsbepaling ten aanzien van een zelfde feitencomplex zo wordt uitgelegd dat de directeur-bestuurder gekwetten zou zijn ten aanzien van de schade die het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid, maar niet ten aanzien van de minder ernstige schuldgraad ‘ernstige verwijtbaarheid’.

Wel denkbaar is de redenering andersom: bijvoorbeeld u krijgt finale kwijting voor alle schade behalve die het gevolg is van opzet.

P.J. Peters en F. el Houzi
AKD advocaten notarissen

10
<p>Gerechtshof Amsterdam 28 november 2017, nr. 200.216.604/01 ECLI:NL:GHAMS:2017:4969 (mr. Makkink, mr. Den Boer, mr. Goslings, mr. drs. Boon RA, mr. Aleman MBA) Noot M.C. Schepel</p>
<p>OK. Uitkoop. Prijsvaststelling.</p>
<p>De OK heeft vastgesteld dat Tricer op de dag van dagvaarding voor eigen rekening ten minste 95% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en dat zij evenzoveel stemmen kon uitoefenen in de algemene vergadering. Onvoldoende houvast om zelfstandig de prijs te kunnen bepalen. Tricer wordt in de gelegenheid gesteld nadere stukken in het geding te brengen.</p>
[BW art. 2:201a]

Tricer heeft haar vordering gegrond op art. 2:201a BW. Nu tegen gedaagden sub 2 tot en met 6 verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer op grond van het bepaalde in art. 2:201a lid 3 BW ambtshalve te onderzoeken (i) of Tricer als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van DeepOcean in de algemene vergadering kan uitoefenen en (ii) of de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

Bij de toets of Tricer voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in DeepOcean verschaft en 95% van de stemrechten kan uitoefenen, tellen de 54.043 aandelen die DeepOcean in haar eigen kapitaal houdt niet mee. Op grond van de overgelegde stukken, mede in onderling verband gezien, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer genoegzaam vast dat Tricer op de dag van dagvaarding voor eigen rekening 46.611.101 aandelen van de in totaal (47.036.451 aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean minus de 54.043 aandelen die DeepOcean zelf houdt, is:) 46.982.408 bij deze toets mee te tellen aandelen in het

geplaatste kapitaal van DeepOcean hield, zijnde (afgerond) 99,6% van het aandelenkapitaal van DeepOcean. Voorts is in art. 23.1 van de ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding geldende statuten van DeepOcean bepaald dat ieder aandeel recht geeft op één stem. Aldus verschafte Tricer op de dag van dagvaarding ten minste 95% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean en kon zij evenveel stemmen uitoefenen in de algemene vergadering. De vordering is in zoverre deugdelijk.

Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt voorts dat eiseres alle gezamenlijke andere aandeelhouders (deugdelijk) heeft gedagvaard. Tricer heeft, naast de in de kop van dit arrest genoemde gedaagden, tevens acht andere aandeelhouders gedagvaard, maar zij heeft de vordering jegens hen, nadat de zaak was aangebracht, ingetrokken omdat deze aandeelhouders hun aandelen (na uitbrengen van de dagvaarding) aan Tricer hebben overgedragen. Tricer heeft in dit kader de door haar met deze aandeelhouders gesloten koopovereenkomsten overgelegd waaruit genoegzaam blijkt dat de aandelen aan haar zijn overgedragen. Zij zijn derhalve geen aandeelhouder meer en de vordering jegens hen is dan ook terecht ingetrokken. De vordering is ook in zoverre deugdelijk.

De Ondernemingskamer acht zich op grond van de overgelegde stukken (waaronder die met betrekking tot de in 3.5 genoemde transacties) onvoldoende voorgelicht om de prijs vast te stellen op het door Tricer gevorderde bedrag van \$ 2,86 per aandeel. Tricer heeft geen nadere informatie verschaft over de in 2.2. genoemde overeenkomst van 22 november 2016 met het overgrote deel van de toenmalige aandeelhouders en heeft die overeenkomst niet in het geding gebracht. In het bijzonder ontbreekt informatie over de wijze waarop de prijs destijds tot stand is gekomen, over de mate waarin het aandelenbezit destijds was verspreid, de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders en hun eventuele betrokkenheid bij Tricer (Holdco) dan wel DeepOcean, zowel voorafgaand aan de transactie als nadien. Dergelijke informatie is ten minste vereist om te kunnen beoordelen of de op 30 december 2016 betaalde prijs een adequate weerspiegeling is van de waarde van de aandelen (vgl. OK 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (Royal Reesink)). Dat deze prijs vervolgens ook is gehanteerd bij de emissie van aandelen op 31 december 2016 en de overeenkomsten tot overdracht van aandelen op en na 27 februari 2017 biedt op zichzelf onvoldoende houvast om de uitkoopprijs vast te stellen op \$ 2,86. De Ondernemingskamer overweegt dat zij eerst tot zelfstandige prijsvaststelling in staat kan zijn nadat zij de beschikking heeft gekregen over (kopieën van) de ondertekende versie van de door Tricer Holdco gesloten overeenkomsten, gegevens betreffende de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders die hun aandelen aan Tricer Holdco hebben verkocht en de mate van verspreiding van het aandelenbezit destijds, een onderbouwing van de destijds geboden prijs, alsook de geconsolideerde jaarrekeningen van DeepOcean van de afgelopen drie boekjaren. De Ondernemingskamer zal Tricer in de gelegenheid stellen deze informatie in het geding te brengen. De Ondernemingskamer stelt de peildatum vast op 30 december 2016, zijnde de (eerste) dag waarop Tricer ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal in DeepOcean hield. De Ondernemingskamer houdt iedere verdere beslissing aan.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tricer NL Bidco 4 B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres, advocaat: mr. A.F.J.A. Leijten, kantoorhoudende te Amsterdam, tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DeepOcean Group Holding B.V., gevestigd te Amsterdam, advocaat: E.C.H.J. Lokin, kantoorhoudende te Amsterdam,

2. de vennootschap naar buitenlands recht *Dupont Pension Trust*, gevestigd te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten),
3. de vennootschap naar buitenlands recht *Reserve Capital Associates Incorporated*, gevestigd te Darien, Connecticut (Verenigde Staten),
4. de vennootschap naar buitenlands recht *Compasspoint Partners Limited Partnership*, gevestigd te Darien, Connecticut (Verenigde Staten),
5. de vennootschap naar buitenlands recht *Century National Insurance Company*, gevestigd Van Nuys, Californië (Verenigde Staten),
6. [A], wonende te [...], niet verschenen, gedaagden.

Hof:

1 Het verloop van het geding

1.1 Eiseres (hierna: Tricer) heeft bij exploitatie van 28 februari 2017 gedaagden gedagvaard om te verschijnen ter terechtzitting van de Ondernemingskamer van 30 mei 2017 en gevorderd om bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

a. gedaagden te veroordelen het onbezwaarde recht op de door hen gehouden aandelen in het kapitaal van DeepOcean Group Holding B.V. (hierna: DeepOcean) over te dragen aan Tricer;

b. de prijs per aandeel te bepalen op \$ 2,86 per aandeel, althans een door de Ondernemingskamer in goede justitie te bepalen prijs, primair per datum dat Tricer meer dan 95% van de aandelen in DeepOcean heeft verkregen (30 december 2016), subsidiair per datum waarop Tricer meer dan 99% van de aandelen heeft verkregen (31 december 2016), meer subsidiair per datum van de betekening van de dagvaarding aan gedaagden, nog meer subsidiair per een door de Ondernemingskamer in goede justitie te bepalen datum,

c. te bepalen dat, zolang en voor zover de prijs als voormeld onder b. niet is betaald, deze wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf de vastgestelde (peil)datum van overdracht of de datum van betaalbaarstelling van de prijs met rente, overeenkomstig art. 2:201a lid 8 BW;

d. te bepalen dat uitkeringen die in het hiervoor onder c. bedoelde tijdvak op de aandelen betaalbaar worden gesteld, strekken tot gedeeltelijke betaling van de prijs op de dag van betaalbaarstelling;

e. Tricer te veroordelen de aldus vastgestelde prijs voor de aandelen, met rente als voormeld, te betalen aan degenen aan wie de aandelen toebehoren, tegen levering van het onbezwaarde recht op deze aandelen;

f. gedaagden die verweer voeren tegen de vordering te veroordelen in de kosten van het geding, althans de kosten op een door de Ondernemingskamer in goede justitie te bepalen wijze te compenseren.

1.2 Op de rol van 30 mei 2017 heeft mr. Lokin zich gesteld voor DeepOcean (gedaagde sub 1) en is de zaak verwezen voor akte overlegging verklaringen als bedoeld in artikel 6 van het Haags Betekeningsverdrag.

1.3 Op de rol van 13 juni 2017 heeft Tricer, onder overlegging van extra stukken, de procedure jegens 8 overige gedaagden ingetrokken.

1.4 Op de rol van 13 juni 2017, 11 juli 2017, 12 september 2017 heeft Tricer de verklaringen als bedoeld in artikel 6 van het Haags Betekeningsverdrag betreffende gedaagden sub 2 tot en met 6 overlegd en is tegen deze gedaagden verstek verleend.

1.5 DeepOcean (gedaagde sub 1) heeft op de rol van 3 oktober 2017 afgezien van het nemen van een conclusie van antwoord en zich gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingska-

mer. Tricer heeft op deze roldatum de stukken van het geding overgelegd en arrest gevraagd.

2 De vaststaande feiten

2.1 DeepOcean is volgens de omschrijving in artikel 3 van haar statuten actief op het gebied van onder meer het verlenen van onderzeese diensten, het verrichten van werkzaamheden met betrekking tot sleepdiensten, (de bescherming van) onderzeese sleuven en het ter beschikking stellen van vaartuigen aan ondernemingen die werkzaam zijn op het gebied van de winning van aardolie en aardgas en de productie van koolwaterstoffen.

2.2 Op 22 november 2016 heeft Tricer Holdco S.C.A. (hierna: Tricer Holdco) met een groot aantal van de toenmalige aandeelhouders van DeepOcean een overeenkomst ("Share Purchase Agreement") tot overdracht van de aandelen gesloten tegen betaling van \$ 2,86 in contanten per aandeel. Op grond van die overeenkomst heeft Tricer Holding op 30 december 2016 97,6% van de aandelen in het kapitaal van DeepOcean verworven.

2.3 Eveneens op 30 december 2016 heeft Tricer Holdco de aandelen voor \$ 2,86 per aandeel verkocht aan Tricer Lux Bidco 1 S.à.r.l. (hierna: Tricer Lux), die op haar beurt de aandelen heeft overgedragen aan Tricer NL Bidco 3 B.V. (hierna: Tricer Bidco 3). Laatstgenoemde heeft de aandelen betaald middels een aandelenuitgifte aan haar aandeelhouder Tricer Lux.

2.4 Tricer Bidco 3 heeft op haar beurt op 30 december 2016 de aandelen in DeepOcean overgedragen aan Tricer. Ook deze aandelenoverdracht is geschied tegen uitgifte van eigen aandelen, dit maal door Tricer aan haar aandeelhouder Tricer Bidco 3.

2.5 DeepOcean heeft op 31 december 2016 26.223.776 aandelen aan Tricer uitgegeven tegen betaling van \$ 75.000.000,=, hetgeen overeenkomt met een uitgifteprijs van \$ 2,86 per aandeel.

2.6 Op 27 februari 2017 heeft Tricer een overeenkomst gesloten met Jefferies LLC tot overdracht van 75.000 aandelen in DeepOcean tegen betaling van \$ 2,86 per aandeel.

3 De gronden van de beslissing

3.1 Tricer heeft haar vordering gegrond op artikel 2:201a BW. Nu tegen gedaagden sub 2 tot en met 6 verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer op grond van het bepaalde in artikel 2:201a lid 3 BW ambtshalve te onderzoeken (i) of Tricer als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van DeepOcean in de algemene vergadering kan uitoefenen en (ii) of de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

3.2 Tricer heeft gesteld dat op de dag van dagvaarding het geplaatste kapitaal van DeepOcean EUR 470.364,51 bedraagt en is verdeeld in 47.036.451 gewone aandelen (elk met een nominale waarde van EUR 0,01). DeepOcean houdt 54.043 eigen aandelen.

3.3 Tricer heeft ter ondersteuning van de stelling dat zij per datum van het uitbrengen van de dagvaarding ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en 95% van de stemrechten kan uitoefenen overgelegd (kopieën van):

(i) de (doorlopende tekst van de) statuten van DeepOcean zoals deze luiden na akte van statutenwijziging van 12 april 2017 waaruit onder meer blijkt dat de aandelen in DeepOcean op naam luiden (artikel 4.1), dat de nominale waarde van het aandeel EUR 0,01 bedraagt (artikel 4.2) en dat elk aandeel recht geeft op één stem (artikel 23.1), alsmede de akten van statutenwijziging (inclusief de doorlopende tekst van de gewijzigde statuten) van 12 april 2017 en 31 december 2016;

(2) een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van

Koophandel betreffende DeepOcean van 29 mei 2017, waarin is vermeld dat het geplaatste en gestorte kapitaal van DeepOcean € 470.364,51 bedraagt;

(3) het aandeelhoudersregister van DeepOcean, met bijgevoegde verklaring van B.H. Heijermans, executive board member van DeepOcean, waarin hij verklaart “that attached to this certificate is a copy of the shareholders register of [DeepOcean], which is a true copy and that all the shares are fully paid-up”, waarin ten aanzien van het geplaatste aandelenkapitaal de hiervoor onder (1) en (2) weergegeven getallen worden vermeld, en waaruit kan worden afgeleid dat op de dag van dagvaarding (28 februari 2017) DeepOcean 50.043 eigen aandelen en Tricer 46.611.101 aandelen in DeepOcean hield;

(4) een verklaring van de “management board” van Tricer van 23 mei 2017 waarin zij verklaart dat Tricer 46.784.341 aandelen in DeepOcean voor eigen rekening houdt en alle stemrechten kan uitoefenen;

(5) een “statement of the board” van DeepOcean van 23 mei 2017 waarin het bestuur van DeepOcean verklaart dat de statuten laatstelijk zijn gewijzigd op 12 april 2017, het aandeelhoudersregister is bijgewerkt en dat DeepOcean 54.043 aandelen in zichzelf houdt;

(6) de “deed of issuance and contribution of shares” van 30 december 2016 waarbij 1000 nieuwe aandelen in Tricer zijn uitgegeven aan Tricer Bidco 3 “to be fully paid in by a non-cash contribution consisting of twenty million three hundred twelve thousand three hundred twenty-five (20.312.325) shares in the capital of [DeepOcean]”;

(7) de “deed of issue of shares in [DeepOcean]” van 31 december 2016 waarbij DeepOcean 26.223.776 aandelen heeft uitgegeven aan Tricer tegen betaling van \$ 75.000.000,=;

(8) de “deed of sale, purchase and transfer of shares in DeepOcean” van respectievelijk 27 februari 2017, 2 maart 2017, 6 maart 2017, 8 maart 2017, 6 april 2017, 26 mei 2017 waarbij Tricer aandelen heeft overgenomen van steeds een andere aandeelhouder;

(9) een verklaring van mr. M.A.J. Cremers, notaris te Amsterdam, van 29 mei 2017 waarin zij op basis van de hiervoor onder (1) tot en met (8) weergegeven stukken onder meer verklaart:

“As part of my inquiry I have checked and compared the number of shares in the various Documents, which resulted in a consistent impression of the composition and allocation of the share capital of DeepOcean. After thoroughly reviewing and examining the Documents and the statements made by e-mail and telephone with respect to the Documents, I conclude that:

(I) on 30 December 2016 the issued capital of DeepOcean amounted to EUR 208,126.75 and was divided into 20,821,675 shares, each with a nominal value of EUR 0.01;

(II) on 30 December 2016 DeepOcean held 54,043 shares in its own capital, on which no votes could be cast under clause 24.5 of the Articles Until 31 December 2016;

(III) on 30 December 2016 Tricer acquired 20,312,325 shares in the capital of DeepOcean (hereinbefore also defined as the “Transfer Shares”) which represented on that date, at least ninety-five per cent (95%) of the issued share capital of DeepOcean as well as at least ninety-five per cent (95%) of the voting rights in the general meeting of DeepOcean;

(IV) the issued share capital of DeepOcean on 30 December 2016 amounted to EUR 208,126.75 and was divided into 20,812,675 shares, each with a nominal value of EUR 0.01;

(V) on 30 December 2016 Tricer held a total of 20,312,325 shares out of a total issued share capital of 20,812,675 shares in the capital of DeepOcean, and out of 20,758,632 issued and outstanding shares in the capital of DeepOcean on which votes can be cast in the general meeting of DeepOcean;

(VI) on 31 December 2016 Tricer acquired 26,223,776 shares in the capital of DeepOcean (...) which represented on that date, together with the Transfer Shares, at least ninety-five per cent (95%) of the issued share capital of DeepOcean as well as at least ninety-five per cent (95%) of the voting rights in the general meeting of DeepOcean;

(VII) the issued share capital of DeepOcean on 31 December 2016 amounts to EUR 470,364.51 and is divided into 47,036,451 shares, each with a nominal value of EUR 0.01;

(VIII) on 31 December 2016 Tricer held a total of 46,536,101 shares out of the total issued share capital of 47,036,451 shares in the capital of DeepOcean, and out of 46,982,408 issued and outstanding shares in the capital of DeepOcean on which votes can be cast in the general meeting of DeepOcean;

(IX) since 31 December 2016 the number of shares that Tricer holds in the issued share capital has increased by 317,012 shares due to six transfers as referred to in (x) up to and including (xv) and therefore the percentage of shares that Tricer holds in the issued share capital has increased;

(X) pursuant to clause 4 of the Articles, the share capital of DeepOcean is divided into one class of ordinary shares;

(XI) according to the certificate attached to the Shareholders’ Register all shares are fully paid-up; and

(XII) according to clause 23.1 of the Articles, each share in the capital of DeepOcean confers the right to cast one vote (with the exception of shares DeepOcean holds in its own capital).

In summary, I hereby certify that, based on my inquiry and the Documents, I am of the reasoned opinion that from 30 December 2016, including on the day of the writ of summons and on the day of this certificate, Tricer has held for its own account:

– at least ninety-five per cent (95%) of the issued share capital of DeepOcean; as well as

– at least ninety-five per cent (95%) of the voting rights in the general meeting of DeepOcean.”

3.4 Bij de toets of Tricer voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in DeepOcean verschaft en 95% van de stemrechten kan uitoefenen, tellen de 54.043 aandelen die DeepOcean in haar eigen kapitaal houdt niet mee. Op grond van de overgelegde stukken, mede in onderling verband bezien, staat naar het oordeel van de Ondernemingskamer genoegzaam vast dat Tricer op de dag van dagvaarding voor eigen rekening 46.611.101 aandelen van de in totaal (47.036.451 aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean minus de 54.043 aandelen die DeepOcean zelf houdt, is:) 46.982.408 bij deze toets mee te tellen aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean hield, zijnde (afgerond) 99,6% van het aandelenkapitaal van DeepOcean. Voorts is in artikel 23.1 van de ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding geldende statuten van DeepOcean bepaald dat ieder aandeel recht geeft op één stem. Aldus verschaft Tricer op de dag van dagvaarding ten minste 95% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean en kon zij evenveel stemmen uitoefenen in de algemene vergadering. De vordering is in zoverre deugdelijk.

3.5 Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt voorts dat eiseres alle gezamenlijke andere aandeelhouders (deugdelijk) heeft gedagvaard. Tricer heeft, naast de in de kop van dit arrest genoemde gedaagden, tevens acht andere aandeelhouders gedagvaard, maar zij heeft de vordering jegens hen, nadat de zaak was aangebracht, ingetrokken omdat deze aandeelhouders hun aandelen (na uitbrengen van de dagvaarding) aan Tricer hebben overgedragen. Tricer heeft in dit kader de door haar met deze aandeelhouders gesloten koopovereenkomsten overgelegd waaruit genoegzaam blijkt dat de aandelen aan haar zijn overgedragen. Zij zijn derhalve geen aandeelhouder meer en

de vordering jegens hen is dan ook terecht ingetrokken. De vordering is ook in zoverre deugdelijk.

3.6 Niet gebleken is dat aan de door gedaagden gehouden aandelen bijzondere rechten inzake de zeggenschap in de vennootschap zijn verbonden, een gedaagde ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade zou lijden door de overdracht, of Tricer jegens een gedaagde afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid de hier aan de orde zijnde vordering in te stellen.

3.7 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen kan de vordering van Tricer worden toegewezen en resteert de vaststelling van de door Tricer te betalen prijs voor de over te dragen aandelen.

3.8 Als uitgangspunt in een uitkoopprocedure geldt dat de Ondernemingskamer de prijs van de aandelen vaststelt op de waarde die de aandelen op een gegeven peildatum hebben in het economische verkeer, dat wil zeggen de waarde die door de meestbiedende gegadigde zou worden betaald bij verkoop van die aandelen op de daarvoor meest geschikte wijze na de beste voorbereiding.

3.9 Tricer vordert dat de Ondernemingskamer de prijs vaststelt op \$ 2,86 per aandeel. Ter ondersteuning van de stelling dat dit – ook per de vast te stellen peildatum – een redelijke prijs is, verwijst Tricer naar de door Tricer Holdco gesloten overeenkomsten op 30 december 2016 en naar de nadien door Tricer betaalde prijs voor de nieuw verworven aandelen op 31 december 2016 en 27 februari 2017.

3.10 De Ondernemingskamer acht zich op grond van de overgelegde stukken (waaronder die met betrekking tot de in 3.5 genoemde transacties) onvoldoende voorgelicht om de prijs vast te stellen op de het door Tricer gevorderde bedrag van \$ 2,86 per aandeel. Tricer heeft geen nadere informatie verschaft over de in 2.2. genoemde overeenkomst van 22 november 2016 met het overgrote deel van de toenmalige aandeelhouders en heeft die overeenkomst niet in het geding gebracht. In het bijzonder ontbreekt informatie over de wijze waarop de prijs destijds tot stand is gekomen, over de mate waarin het aandelenbezit destijds was verspreid, de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders en hun eventuele betrokkenheid bij Tricer (Holdco) dan wel DeepOcean, zowel voorafgaand aan de transactie als nadien. Dergelijke informatie is ten minste vereist om te kunnen beoordelen of de op 30 december 2016 betaalde prijs een adequate weerspiegeling is van de waarde van de aandelen (vgl. OK 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1203 (Royal Reesink)). Dat deze prijs vervolgens ook is gehanteerd bij de emissie van aandelen op 31 december 2016 en de overeenkomsten tot overdracht van aandelen op en na 27 februari 2017 biedt op zichzelf onvoldoende houvast om de uitkoopprijs vast te stellen op \$ 2,86.

3.11 De Ondernemingskamer overweegt dat zij eerst tot zelfstandige prijsvaststelling in staat kan zijn nadat zij de beschikking heeft gekregen over (kopieën van) de ondertekende versie van de door Tricer Holdco gesloten overeenkomsten, gegevens betreffende de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders die hun aandelen aan Tricer Holdco hebben verkocht en de mate van verspreiding van het aandelenbezit destijds, een onderbouwing van de destijds geboden prijs, alsook de geconsolideerde jaarrekeningen van DeepOcean van de afgelopen drie boekjaren. De Ondernemingskamer zal Tricer in de gelegenheid stellen deze informatie in het geding te brengen.

3.12 De Ondernemingskamer stelt de peildatum vast op 30 december 2016, zijnde de (eerste) dag waarop Tricer ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal in DeepOcean hield.

3.13 De Ondernemingskamer houdt iedere verdere beslissing aan.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

verwijst de zaak naar de terechtzitting van de Eerste Enkelvoudige Kamer voor de Behandeling van Burgerlijke Zaken (rol van de Ondernemingskamer) van 9 januari 2018 voor het nemen van een akte als bedoeld in rechtsoverweging 3.11;

houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Inleiding

1. Het gaat in deze zaak om een uitkoopprocedure als bedoeld in art. 2:201a BW.¹

Een aandeelhouder die voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap verschaft en ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen, kan tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders een vordering instellen tot overdracht van hun aandelen.

2. Eiseres, Tricer NL Bidco 4 B.V. ('Tricer'), houdt meer dan 95% van de aandelen in DeepOcean Group Holding B.V. ('DeepOcean') en vordert overdracht van de rest van de aandelen aan haar.

3. Tricer Holdco S.C.A. heeft, als koper, in november 2016 een koopovereenkomst gesloten met de toenmalige aandeelhouders van DeepOcean voor in totaal 97,6% van de aandelen in DeepOcean. Koopprijs was \$ 2,86 per aandeel. De aandelen zijn op 30 december 2016 geleverd. Op diezelfde dag zijn deze aandelen nog driemaal doorgeleverd en uiteindelijk bij Tricer terechtgekomen.

Bij de totstandkoming van de koopovereenkomst en bij de levering van de aandelen zijn persberichten over deze transactie uitgegeven. Daarin staat onder meer dat partijen overeen zijn gekomen "*not to disclose the purchase price*". Die prijs is met deze uitspraak van de OK alsnog openbaar geworden.

4. Op 28 februari 2017 heeft Tricer DeepOcean en dertien nog overgebleven aandeelhouders gedagvaard en overdracht van de overige aandelen aan Tricer gevorderd voor diezelfde prijs van \$ 2,86 per aandeel. DeepOcean houdt eigen aandelen. Na de dagvaarding heeft Tricer met acht van de dertien overgebleven, andere aandeelhouders een koopovereenkomst voor hun aandelen gesloten, telkens voor de prijs van \$ 2,86 per aandeel. De vordering tegen die acht (voormalige) aandeelhouders is vervolgens ingetrokken. Naast DeepOcean bleven nog vijf aandeelhouders over. DeepOcean is verschenen. Tegen de vijf andere aandeelhouders is verstek verleend.

Ontvankelijkheid

5. Art. 2:201a lid 1 BW kent drie ontvankelijkheidseisen: eiser moet (i) ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap verschaffen, (ii) ten minste 95% van de stemrechten in de algemene vergadering uit kunnen oefenen en (iii) de vordering tegen alle overige aandeelhouders instellen. Art. 2:201a lid 3 BW bepaalt dat als één of meer gedaagden verstek laat gaan, de OK ambtshalve dient na te gaan of aan de vereisten van lid 1 is voldaan.

6. De OK heeft op haar website wenken gepubliceerd met een lijst van stukken die de OK in de regel verlangt om te kunnen verifiëren of aan de 95%-criteria is voldaan.²

1 Zie voor een uitvoerige beschrijving en bespreking van de regeling rond de uitkoop van minderheidsaandeelhouders het proefschrift van T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 125, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

2 Zie ook OK 2 augustus 2016, ARO 2016/166 en «JIN» 2016/171, m.nt. R.A. Wolf en OK 30 augustus 2016, ARO 2016/169.

7. Op basis van de door Tricer in het geding gebrachte (en in de uitspraak opgesomde) stukken heeft de OK vastgesteld dat Tricer op de dag van dagvaarding voor eigen rekening ten minste 95% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van DeepOcean verschaft en dat zij evenzeveel stemmen kon uitoefenen in de algemene vergadering.

De OK heeft verder vastgesteld dat uit de in het geding gebrachte stukken blijkt dat eiseres alle gezamenlijke andere aandeelhouders (deugdelijk) heeft gedagvaard.³ Hoeveel aandelen ieder van de (overgebleven) gedaagden precies houden, valt uit het arrest niet op te maken.⁴

Afwijzingsgronden

8. Art. 2:201a lid 4 BW kent (limitatief) een drietal gronden waarop de OK de vordering tegen (alle) gedaagden moet afwijzen. Deze gronden zijn dat (i) een gedaagde ondanks de vergoeding ernstige stoffelijke schade zou lijden door de overdracht, (ii) een gedaagde houder is van een aandeel waaraan de statuten een bijzonder recht inzake de zeggenschap in de vennootschap verbinden; of (iii) een eiser jegens een gedaagde afstand heeft gedaan van zijn bevoegdheid de vordering in te stellen.

De OK heeft in dit arrest geconstateerd (r.o. 3.8) dat niet gebleken is dat in deze zaak sprake is van een van deze afwijzingsgronden. Een dergelijke overweging neemt de OK in de regel ook op in uitkoopzaken waar gedaagden verstek laten gaan.⁵

9. Anders dan met de ontvankelijkheidscriteria van art. 2:201a lid 1 BW, is de OK niet ambtshalve gehouden deze afwijzingsgronden te toetsen. Alleen als een gedaagde zich op een van deze afwijzingsgronden beroept, kan – en als het beroep terecht is moet – de OK de vordering tegen alle gedaagden afwijzen.⁶ Wat mij betreft kon daarom deze overweging van de OK in het arrest achterwege blijven. Salemink gaat een stap verder. Wat hem betreft kunnen de afwijzingsgronden uit art. 2:201a lid 4 BW geschrapt worden.⁷

Prijs

10. Met de hobbels van lid 1 (en lid 4) genomen, komt het aan op de vaststelling van de prijs. Art. 2:201a BW schrijft niet voor hoe de waarde van de over te dragen aandelen moet worden bepaald.

De OK overweegt (r.o. 3.8) dat als uitgangspunt geldt dat de prijs van de aandelen wordt vastgesteld op de waarde die de aandelen op een gegeven peildatum hebben in het economische verkeer, dat wil zeggen de waarde die door de meest biedende gegadigde zou worden betaald bij verkoop van die aandelen op de daarvoor meest geschikte wijze na de beste voorbereiding. Diezelfde overweging valt ook in eerdere uitspraken van de OK terug te vinden.⁸

11. In dit geval is geen sprake van beursgenoteerde aandelen. Als een uitkoop volgt op een openbaar bod, kan bij die in het

openbare bod aangeboden prijs worden aangesloten⁹ (mits het bod van betrekkelijk recente datum is¹⁰ en de omstandigheden niet zijn gewijzigd). Voor de peildatum voor de waardebepaling zoekt de OK aansluiting bij dat bod.¹¹

Voor een uitkoopvordering ingesteld binnen drie maanden na afloop van de termijn voor de aanvaarding van het openbare bod als bedoeld in de Wft, bestaat het prijsvermoeden van art. 2:359c lid 6 BW.¹²

12. Als er geen sprake is geweest van een openbaar bod, zal de aangeboden prijs gestaafd moeten worden met cijfers. In ieder geval jaarrekeningen over de afgelopen drie jaar en een beredeneerde berekening.¹³

13. Tricer is in deze zaak wat te krenterig geweest met de aan de OK verschaft informatie om de OK te bewegen in deze uitkoopprocedure geen deskundige te benoemen en de prijs van \$ 2,87 per aandeel te hanteren. Zo is de koopovereenkomst uit november 2016 niet in het geding gebracht en zijn ook geen (geconsolideerde) jaarrekeningen van DeepOcean over de afgelopen drie jaar overgelegd. De OK overweegt (r.o. 3.10) dat in het bijzonder informatie ontbreekt over de wijze waarop de prijs destijds tot stand is gekomen, over de mate waarin het aandelenbezit destijds was verspreid, de hoedanigheid van de toenmalige aandeelhouders en hun eventuele betrokkenheid bij Tricer Holdco S.C.A. dan wel DeepOcean, zowel voorafgaand aan de transactie als nadien. De OK verwijst naar haar arrest van 4 april 2017.¹⁴ In dat arrest had de OK aangegeven (ten minste) dergelijke informatie nodig te hebben om zelfstandig een prijs te kunnen bepalen.

14. Het lijkt mij terecht dat de OK deze informatie verlangt. Wellicht dat de uit de persberichten (zie sub 3 hierboven) blijkende terughoudendheid ten aanzien van het openbaar maken van de koopprijs voor de aandelen ook een rol heeft gespeeld bij de omvang van de informatie die aan de OK is verstrekt.

M.C. Schepel
UdinkSchepel advocaten

61

3 Voorbeelden waar dat mis gaat zijn: OK 9 oktober 2012, ARO 2012/149 en OK 15 juli 2014, ARO 2014/162.

4 Zie OK 28 juli 2015, ARO 2015/202, r.o. 3.4, waar de OK zelf uitvoerig aan het rekenen is geslagen.

5 Zie bijvoorbeeld OK 14 januari 2014, ARO 2014/51; r.o. 3.9, OK 30 augustus 2016, ARO 2016/169; r.o. 3.8, OK 14 februari 2017, ARO 2017/86, r.o. 3.8 en OK 16 mei 2017, ARO 2017/122, r.o. 3.7.

6 Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II*, 2009/684.

7 Zie Salemink, *t.a.p.*, p. 175; het leerstuk van misbruik van bevoegdheid en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bieden volgens hem de minderheidsaandeelhouder voldoende bescherming.

8 OK 20 december 2007 (r.o. 3.3), «JOR» 2008/36 (Shell); OK 15 mei 2008 (r.o. 3.11), «JOR» 2008/197 (Euronext).

9 Zie bijvoorbeeld OK 14 februari 2017, ARO 2017/86.

10 Zie bijvoorbeeld OK 13 september 2016, ARO 2016/171, daar was sinds het openbaar bod acht jaar verstreken. Dat was te lang.

11 Zie OK 7 juli 2015, ARO 2015/178 r.o. 3.17 (Unit4). De OK komt terug op een eerdere gedragslijn op dit punt. Zie onder meer de noot van M.W. Josephus Jitta in *Ondernemingsrecht* 2015/86 en de noot van T. Salemink in «JOR» 2015/234.

12 Zie voor voorbeelden: OK 6 december 2016, ARO 2017/22 en OK 4 april 2017, ARO 2017/110.

13 Zie OK 28 juli 2015, ARO 2015/202. In die zaak had eiser voldoende informatie en een beredeneerde berekening overgelegd. De OK heeft die waardering gevolgd en op basis daarvan de prijs vastgesteld. Zie ook OK 16 mei 2017, ARO 2017/122. In die zaak kwam de OK op basis van de overgelegde gegevens tot het oordeel dat de waarde van de aandelen lager was dan de geboden prijs. De vordering tot overdracht tegen de geboden prijs is toegewezen.

14 ARO 2017/110; daar ging het om nadere informatie voor een uitkoopprocedure na een openbaar bod ex art. 2:359c BW, maar de OK heeft aangegeven dat hetgeen in dat arrest is overwogen ook van betekenis is voor uitkoopprocedures op grond van art. 2:92a BW of art. 2:201a BW.