

Publicatie	JIN 2016 afl. 8
Publicatiedatum	06 oktober 2016
College	Gerechtshof Amsterdam
Uitspraakdatum	02 augustus 2016
Rolnummer	200.188.036/01 OK LJN <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2016:3129</a>
Rechter(s)	mr. Makkink mr. Den Boer mr. Wolfs De Munnik drs. Boumeester
Partijen	1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tennessee Acquisition B.V., gevestigd te Amsterdam, 2. de naamloze vennootschap Koninklijke Ten Cate N.V., gevestigd te Almelo, eiseressen, advocaat: mr. D.J.F.F.M. Duynstee, kantoorhoudende te Amsterdam, tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders in het geplaatste kapitaal van de Naamloze Vennootschap Koninklijke Ten Cate N.V., zonder bekende woon- of verblijfplaats in of buiten Nederland, gedaagden, niet verschenen.
Noot	R.A. Wolf
Trefwoorden	Uitkoop, Eisen aan notariële verklaring over kapitaalvereiste,
Regelgeving	<a href="#">BW Boek 2 - 359c lid 6</a> <a href="#">Wft - 5:74</a>

### Samenvatting

OK. Uitkoop. Notariële verklaring voldoet niet aan de daaraan te stellen vereisten. Niet blijkt dat de notaris de (authenticiteit van de) documenten heeft gecontroleerd en op welke wijze. Eiseres wordt in de gelegenheid gesteld een (verbeterde) verklaring in het geding te brengen.

De Ondernemingskamer verlangt in uitkoopprocedures in de regel, zo blijkt ook uit op de website gepubliceerde wenken voor uitkoopprocedures, een verklaring van een notaris of een registeraccountant inhoudende dat uit door hem verricht onderzoek blijkt dat de uitkoper voldoet aan het kapitaalvereiste (en voor zover van toepassing het stemrechtsvereiste) van artikel 2:92a/201a/359c lid 1 BW. Uit deze verklaring moet blijken in hoeverre de gebruikte informatie is gecontroleerd en op welke wijze de opsteller van de verklaring tot zijn conclusie is gekomen. De crux ligt erin dat de notaris of de registeraccountant de authenticiteit van deze gegevens heeft geverifieerd, waartoe de Ondernemingskamer zelf niet in staat is.

[De notaris] heeft in zijn notariële verklaring de door hem ontvangen documenten opgesomd, deze gedefinieerd als "Informatie" en vervolgens verklaard over een aantal onderwerpen "ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is". Uit de verklaring van [de notaris] blijkt niet dat hij de documenten heeft gecontroleerd en op welke wijze. Het voorbehoud dat in de woorden

“ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is” besloten ligt, lijkt erop te duiden dat van een dergelijke controle geen sprake is geweest. De door Tennessee Acquisition overgelegde notariële verklaring voldoet derhalve niet aan de daaraan te stellen eisen. De Ondernemingskamer kan thans niet met de vereiste mate van zekerheid vaststellen of Tennessee Acquisition ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in Ten Cate verschaft en evenzoveel stemrechten in de algemene vergadering van Ten Cate kan uitoefenen. De Ondernemingskamer zal Tennessee Acquisition c.s. in de gelegenheid stellen een nieuwe – aan de (...) vereisten beantwoordende – verklaring van een notaris of een registeraccountant in het geding te brengen waaruit volgt dat uit door hem verricht onderzoek blijkt dat de uitkoper voldoet aan het kapitaals- en stemrechtvereiste van artikel 2:359c lid 1 BW.

## **Uitspraak**

Hof:

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

1.1 Eiseressen (hierna afzonderlijk Tennessee Acquisition en Ten Cate en gezamenlijk Tennessee Acquisition c.s. te noemen) hebben bij exploit van 11 maart 2016 gedaagden gedagvaard om te verschijnen ter terechtzitting van de Ondernemingskamer van 12 april 2016 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 Ten Cate over te dragen aan Tennessee Acquisition;

b. de prijs per aandeel te bepalen op

*primair*: € 26,= per 12 februari 2016, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf die datum tot de datum van overdracht of consignatie;

*subsidiar*: een door de Ondernemingskamer in goede justitie te bepalen prijs per een door de Ondernemingskamer te bepalen datum, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf die datum tot de datum van overdracht of consignatie;

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

d. Tennessee Acquisition 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;

e. gedaagden die in rechte verschijnen en verweer voeren te veroordelen in de kosten van het geding, te vermeerderen met rente en nakosten indien betaling binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest uitblijft.

1.2 Op de rol van 12 april 2016 is tegen gedaagden verstek verleend en heeft Tennessee Acquisition c.s. de stukken van het geding overgelegd en arrest gevraagd.

### ***2 De vaststaande feiten***

2.1 Ten Cate is een vennootschap die zich specialiseert in het ontwikkelen en produceren van hoogwaardige kunststoffen.

2.2 De aandelen in het geplaatste kapitaal van Ten Cate waren – tot 17 maart 2016; zie 2.7 hierna – genoteerd aan de effectenbeurs van Euronext Amsterdam N.V. Alle aandelen luiden op naam.

2.3 Tennessee Acquisition heeft – na een gezamenlijk persbericht van Tennessee Acquisition c.s. op 20 juli 2015 – bij biedingsbericht van 20 oktober 2015 een openbaar bod uitgebracht op alle geplaatste en uitstaande gewone aandelen in het kapitaal van Ten Cate. De biedprijs bedroeg € 24,60 (cum dividend).

2.4 De oorspronkelijke aanmeldingstermijn liep van 22 oktober 2015 tot en met 16 december 2015. Bij gezamenlijk persbericht van 21 december 2015 hebben Tennessee Acquisition c.s. aangekondigd dat Tennessee Acquisition deze termijn heeft verlengd tot en met 14 januari 2016. Bij persbericht van 12 januari 2016 heeft Tennessee Acquisition bekend gemaakt dat zij de biedprijs verhoogt naar € 26,= (cum dividend) en dat de aanmeldingstermijn, van rechtswege, is verlengd tot 21 januari 2016.

2.5 Op 26 januari 2016 heeft Tennessee Acquisition het openbaar bod gestand gedaan met aankondiging van een na-aanmeldingstermijn van 27 januari 2016 tot en met 9 februari 2016. In het persbericht van voornoemde datum heeft Tennessee Acquisition aangekondigd dat “The Offerer shall arrange for payment against delivery (levering) for Shares validly tendered (...) during the Post Acceptance Period on the third Business Day after the day on which such Shares are tendered”.

2.6 In een persbericht van 10 februari 2016 hebben Tennessee Acquisition c.s. aangekondigd dat Tennessee Acquisition 98,01% van “all issued and outstanding TenCate Shares” onder het openbaar bod heeft verworven.

2.7 De notering van de aandelen in Ten Cate aan de effectenbeurs Euronext Amsterdam N.V. is op 17 maart 2016 geëindigd. De laatste handelsdag was 16 maart 2016.

### **3 De gronden van de beslissing**

3.1 Tennessee Acquisition c.s. hebben de vordering gegrond op artikel 2:359c BW. Eiseressen hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat zij zijn aan te merken als groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b BW, zodat zij de onderhavige vordering gezamenlijk kunnen instellen.

3.2 Nu tegen gedaagden verstek is verleend, dient de Ondernemingskamer ingevolge het bepaalde in artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve te onderzoeken (i) of Tennessee Acquisition een openbaar bod heeft uitgebracht, (ii) of Tennessee Acquisition als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Ten Cate verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van Ten Cate vertegenwoordigt en (iii) of de vordering is ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders.

3.3 De Ondernemingskamer stelt op grond van hetgeen blijkt uit de in het geding gebrachte stukken, in het bijzonder het biedingsbericht van 20 oktober 2015 en de door Tennessee Acquisition en Ten Cate uitgebrachte persberichten van 20 juli 2015 en 21 oktober 2015, vast dat Tennessee Acquisition een openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) heeft uitgebracht op alle gewone geplaatste aandelen in het kapitaal van Ten Cate.

3.4 Tennessee Acquisition c.s. hebben gesteld dat op de dag van dagvaarding het geplaatste kapitaal € 68.635.602,50 bedraagt en is verdeeld in 27.454.241 gewone aandelen (elk met een nominale waarde van € 2,50), waarvan 475.687 aandelen gehouden worden door Ten Cate zelf.

3.5 Tennessee Acquisition c.s. hebben ter onderbouwing van de stelling dat Tennessee Acquisition 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):

(1) de doorlopende tekst van de statuten van Ten Cate zoals deze luiden na de akte van statutenwijziging van 24 april 2013 waaruit onder meer blijkt dat het maatschappelijk kapitaal € 200.000.000,= bedraagt en is verdeeld in 80.000.000 aandelen met een nominale waarde van € 2,50 (artikel 4.1) alsmede dat elk aandeel recht geeft tot het uitbrengen van één stem (artikel 40);

(2) een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel betreffende Ten Cate van 10 maart 2016, waarin wordt vermeld dat het geplaatste en gestorte kapitaal € 68.635.602,50 bedraagt;

(3) het (vervangend) aandeelhoudersregister van Ten Cate per 7 maart 2016 waarin is vermeld dat alle aandelen op naam staan van het Nederlands Centraal Instituut voor Giraal Effectenverkeer B.V. (Necigef, thans Euroclear Nederland genaamd) en dat 23.146.702 aandelen (en de toekomstige aandelen) bij akte van 27 januari 2016 zijn verpand aan ING Bank N.V.;

(4) een verklaring van mr. M.J.C. Arends, notaris te Amsterdam, van 10 maart 2016 waarin hij "ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is" onder meer verklaart dat

a. Tennessee Acquisition op die datum 26.584.181 aandelen in het kapitaal van Ten Cate hield, zijde 98,54% van "alle bij derden uitstaande, geplaatste en gestorte aandelen in het kapitaal" van Ten Cate waarmee volgens de dagvaarding wordt bedoeld het geplaatste kapitaal minus de 475.687 door Ten Cate in haarzelf gehouden aandelen (zijnde 26.978.554 aandelen), hierna te noemen: het bij derden uitstaande kapitaal;

b. Tennessee Acquisition op die datum was gerechtigd om 98,54% van alle stemmen in de algemene vergadering van Ten Cate uit te oefenen (eveneens gebaseerd op het bij derden uitstaande kapitaal);

(5) een brief van A.S.M. Paeper-De Vries en M.M. Schipper, beiden Director Corporate Broking bij ABN Amro N.V., van 10 maart 2016 waarin zij bevestigen dat Ten Cate middels haar bij ABN Amro aangehouden effectenrekening op voornoemde datum gerechtigd is tot 475.687 aandelen in haar eigen kapitaal;

(6) een brief van B. Lanjouw en Th. van Kooij, beiden werkzaam bij ING Bank N.V., van 10 maart 2016 waarin zij bevestigen dat:

(i) "(...) Tennessee Acquisition, door gestanddoening van het openbare bod (...) en na voltooiing van de na-aanmeldingstermijn (zoals aangekondigd in het desbetreffende persbericht van 26 januari 2016), op 12 februari 2016 een gerechtigdheid heeft verkregen op 26.441.654 aandelen in het kapitaal van [Ten Cate] onder het openbare bod (dus niet middels verkrijgingen anderszins) zoals vermeld in het Biedingsbericht";

(ii) (...) Tennessee Acquisition na afloop van de na-aanmeldingstermijn 142.527 aandelen in het kapitaal van [Ten Cate] heeft verkregen door middel van reguliere beurstransacties, waarbij de prijs die is betaald nooit hoger is geweest dan € 26 per aandeel;

(iii) (...) Tennessee Acquisition middels haar bij ING aangehouden effectenrekening (...) op 10 maart 2016 gerechtigd is tot 26.584.181 aandelen in het kapitaal van [Ten Cate] middels ING als aangesloten instelling”;

(7) een brief van N.R.D. Pronk, managing director bij Tennessee Acquisition, van 10 maart 2016 waarin hij bevestigt dat:

“(i) Tennessee Acquisition op 21 oktober 2015 (de dag dat het biedingsbericht (...) met betrekking tot het openbaar bod door Tennessee Acquisition op aandelen in het kapitaal van [Ten Cate] (...) de dato 20 oktober 2015 openbaar is gemaakt) geen enkele gerechtigdheid had tot de aandelen in het kapitaal van [Ten Cate];

(ii) Tennessee Acquisition vanaf 12 februari 2016 tot aan heden geen aandelen (noch gerechtigdheid daartoe middels een effectenrekening) in het kapitaal van [Ten Cate] heeft vervreemd;

(iii) geen *Enforcement Event* (zoals bedoeld in artikel 7.1 (a) van de notariële akte van verpanding (...)) heeft plaatsgevonden en geen kennisgeving (zoals bedoeld in artikel 7.1 (a) van de Pandakte) door Tennessee Acquisition van ING is ontvangen en het stemrecht op de door Tennessee Acquisition gehouden aandelen in het kapitaal van [Ten Cate] derhalve bij Tennessee Acquisition rust.”

3.6 De Ondernemingskamer verlangt in uitkoopprocedures in de regel, zo blijkt ook uit op de website gepubliceerde wenken voor uitkoopprocedures, een verklaring van een notaris of een registeraccountant inhoudende dat uit door hem verricht onderzoek blijkt dat de uitkoper voldoet aan het kapitaalsvereiste (en voor zover van toepassing het stemrechtsvereiste) van art. 2:92a/201a/359c lid 1 BW. Uit deze verklaring moet blijken in hoeverre de gebruikte informatie is gecontroleerd en op welke wijze de opsteller van de verklaring tot zijn conclusie is gekomen. De crux ligt erin dat de notaris of de registeraccountant de authenticiteit van deze gegevens heeft geverifieerd, waartoe de Ondernemingskamer zelf niet in staat is.

3.7 Mr. Arends heeft in zijn notariële verklaring de door hem ontvangen documenten opgesomd, deze gedefinieerd als “Informatie” en vervolgens verklaard over een aantal onderwerpen “ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is”. Uit de verklaring van mr. Arends blijkt niet dat hij de documenten heeft gecontroleerd en op welke wijze. Het voorbehoud dat in de woorden “ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is” besloten ligt, lijkt erop te duiden dat van een dergelijke controle geen sprake is geweest. De door Tennessee Acquisition overgelegde notariële verklaring voldoet derhalve niet aan de daaraan te stellen eisen. De Ondernemingskamer kan thans niet met de vereiste mate van zekerheid vaststellen of Tennessee Acquisition ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in Ten Cate verschaft en evenzoveel stemrechten in de algemene vergadering van Ten Cate kan uitoefenen. De Ondernemingskamer zal Tennessee Acquisition c.s. in de gelegenheid stellen een nieuwe – aan de in 3.6 vermelde vereisten beantwoordende – verklaring van een notaris of een registeraccountant in het geding te brengen waaruit volgt dat uit door hem verricht onderzoek blijkt dat de uitkoper voldoet aan het kapitaals- en stemrechtvereiste van artikel 2:359c lid 1 BW.

3.8 Ervan uitgaande dat de Ondernemingskamer na indiening van voornoemde akte zal kunnen vaststellen dat Tennessee Acquisition 95% van de aandelen in het kapitaal van Ten Cate verschaft en 95% van de stemrechten in de algemene vergadering van Ten Cate kan uitoefenen, overweegt zij verder als volgt.

3.9 Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt dat eiseressen alle gezamenlijke andere aandeelhouders (deugdelijk) hebben gedagvaard. De vordering is in zoverre deugdelijk.

3.10 De Ondernemingskamer stelt voorts vast dat Tennessee Acquisition de vordering heeft ingesteld binnen de in artikel 2:359c lid 3 BW bedoelde termijn van drie maanden na afloop van de termijn voor aanvaarding van het bod. Ook in zoverre is de vordering deugdelijk.

3.11 Aangezien Tennessee Acquisition een vrijwillig openbaar bod als bedoeld in artikel 5:74 Wft heeft 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. De Ondernemingskamer legt deze 90%-drempel aldus uit dat:

(i) Tennessee Acquisition ten minste 90% moet hebben verworven van de geplaatste aandelen die Tennessee Acquisition of met haar in een groep verbonden vennootschappen of Ten Cate of met haar in een groep verbonden vennootschappen zelf nog niet hield;

(ii) Tennessee Acquisition deze 90% moet hebben verkregen door aanvaarding van het openbaar bod door – niet met haar in een groep verbonden – derden, waarbij buiten beschouwing worden gelaten de verwervingen anderszins, zoals aankopen op de gereglementeerde markt of onderhandse verwervingen, ook al vonden deze plaats tijdens de aanmeldingstermijn of na-aanmeldingstermijn.

3.12 Ook voor de toets of Tennessee Acquisition voornoemde 90%-drempel heeft gehaald en voor de bepaling van de peildatum dient de Ondernemingskamer te beschikken over gegevens die blijken een daartoe strekkende verklaring zijn geverifieerd door een notaris of registeraccountant. Deze gegevens zijn weliswaar opgenomen in de door Tennessee Acquisition overgelegde verklaring van notaris mr. Arends, maar ook in zoverre onder voorbehoud ten aanzien van de juistheid en volledigheid van de

“Informatie”. De door Tennessee Acquisition in het geding te brengen (verbeterde) verklaring, zal derhalve ook hierop moeten zien.

3.13 De Ondernemingskamer merkt ten slotte nog op dat, uitgaande van de (nader te verifiëren) juistheid van de stellingen met betrekking tot de omvang van het (bij het openbaar bod verkregen) aandelenbezit, haar (vooralsnog) geen feiten zijn gebleken die ertoe zouden nopen af te wijken van de wettelijke veronderstelling dat de waarde van de bij het openbaar bod geboden tegenprestatie een billijke prijs is voor de aandelen, of om de prijs te bepalen naar een andere dag dan primair is verzocht.

3.14 De Ondernemingskamer zal iedere verdere beslissing aanhouden.

#### **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 30 augustus 2016 voor het nemen van een akte als bedoeld in rechtsoverwegingen 3.7 en 3.12;

houdt iedere verdere beslissing aan.

#### **Noot**

1. Dit arrest ziet op de uitkoopprocedure na een openbaar bod. Meer in het bijzonder gaat het om de eisen die aan de over te leggen notariële verklaring ter zake van het kapitaalsvereiste moeten worden gesteld. Die eisen staan in deze noot centraal. Deze eisen gelden niet alleen voor de bijzondere uitkoopprocedure van artikel 2:359c BW, maar ook voor de algemene uitkoopprocedures van artikel 2:92a en 201a BW, meer in het bijzonder lid 3 van deze artikelen.

2. Tennessee Acquisition B.V. ('Tennessee') heeft een openbaar bod uitgebracht op Koninklijke Ten Cate N.V. ('Ten Cate'). Tennessee heeft 98,01% van de aandelen onder het openbare bod verworven. De notering van Ten Cate is vervolgens beëindigd. Artikel 2:359c lid 1 BW bepaalt dat hij die een openbaar bod heeft uitgebracht en als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van de doelvennootschap verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van de doelvennootschap vertegenwoordigt, tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders een vordering kan instellen tot overdracht van hun aandelen aan hem. Deze uitkoopvordering is in deze kwestie tegen de gezamenlijke andere houders van aandelen in het kapitaal van Ten Cate ingesteld. De OK is bevoegd van de vordering kennis te nemen. Tegen gedaagden is verstek verleend. Bij verstek zal de rechter op grond van artikel 2:359c lid 5 BW ambtshalve moeten onderzoeken of de uitkoper voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van de doelvennootschap verschaft en ten minste 95% van de stemrechten van de doelvennootschap vertegenwoordigt.

3. In r.o. 3.6 verwijst de OK naar haar beleid op dit punt, neergelegd in op de website van de OK gepubliceerde wenken voor uitkoopprocedures. De OK verlangt in de regel een verklaring van een notaris of een registeraccountant inhoudende dat *uit door hem verricht onderzoek (cursivering RAW)* blijkt dat de uitkoper voldoet aan het kapitaalsvereiste (en voor zover van toepassing het stemrechtsvereiste) van artikel 2:92a/201a/359c lid 1 BW. Uit deze verklaring moet blijken in hoeverre de gebruikte informatie is gecontroleerd en op welke wijze de opsteller van de verklaring tot zijn conclusie is gekomen. De crux ligt erin dat de notaris of de registeraccountant de authenticiteit van deze gegevens heeft geverifieerd, waartoe de Ondernemingskamer zelf niet in staat is, aldus de OK. Volgens de wenken is de peildatum voor de verklaring in beginsel de datum van dagvaarding. Daarnaast moet volgens dezelfde wenken een beredeneerde verklaring van een notaris of een registeraccountant worden overgelegd, inhoudende dat uit door hem verricht onderzoek blijkt op welk moment de uitkoper 95% van de aandelen in de doelvennootschap heeft verkregen.

4. In deze uitkoopprocedure is een dergelijke notariële verklaring overgelegd. Deze verklaring voldoet echter niet aan de gestelde eisen. In r.o. 3.7 overweegt de OK hierover als volgt. De notaris heeft in zijn verklaring de door hem ontvangen documenten opgesomd (zie r.o. 3.5), deze gedefinieerd als “Informatie” en vervolgens verklaard over een aantal onderwerpen “ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is”. Uit de verklaring van de notaris blijkt volgens de OK niet dat hij de documenten heeft gecontroleerd en op welke wijze. Het voorbehoud dat in de woorden “ervan uitgaande dat de Informatie juist en volledig is” besloten ligt, lijkt erop te duiden dat van een dergelijke controle geen sprake is geweest, aldus nog steeds de OK. De OK concludeert vervolgens dat de door Tennessee overgelegde notariële verklaring niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, zodat niet met de vereiste mate van zekerheid vaststellen of Tennessee ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in Ten Cate verschaft en evenzeveel stemrechten in de algemene vergadering van Ten Cate kan uitoefenen.

5. De crux in r.o. 3.7 van de OK is dat de notaris zelf onderzoek doet, informatie controleert, bewijsstukken verifieert, vervolgens concludeert dat de uitkoper op de dag van dagvaarding aan het kapitaalsvereiste voldoet en op welke wijze tot die conclusie is gekomen. Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2016, ARO 2016, 112; Hof Amsterdam (OK) 27 november 2012, ARO 2012, 170, r.o. 2.3 (*Recreatie Maatschappij Texel*); Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2012, ARO 2012, 129, r.o. 2.3 (*TIC*); Hof Amsterdam (OK) 3 april 2012, ARO 2012, 59, r.o. 3.6 (*Gamma Holding*); Hof Amsterdam (OK) 4 oktober 2011, ARO 2011, 162, r.o. 3.7 (*BDQ*); Hof Amsterdam (OK) 27 juli 2010, «JOR» 2010/342, r.o. 3.2 (*Jetix Europe*); Hof Amsterdam (OK) 1 juli 2004, ARO 2004, 92, r.o. 2.1

en 2.2 (*Naeff*); Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2002, *ARO* 2002, 43, r.o. 3.2 (*Cap Gemini*); Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2002, *ARO* 2012, 100, r.o. 3.2 (*GTL*); en Hof Amsterdam (OK) 31 januari 2002, *ARO* 2002, 24, r.o. 3.6 (*Axxicon*).

6. Uit de wenken voor uitkoopprocedures en uit dit arrest blijkt (andermaal) dat de OK zijn onderzoeksplicht bij verstekzaken in uitkoopprocedures hoog opneemt. De achtergrond daarvan is dat de bevoegdheid tot uitkoop diep ingrijpt (Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-//<sup>\*</sup> 2009/683). Uitkoop staat op gespannen voet met het eigendomsrecht van een minderheidsaandeelhouder. Het gaat bij de uitkoopregeling om een belangenafweging tussen het belang van de minderheidsaandeelhouder in de hiervoor bedoelde zin en het belang van de meerderheidsaandeelhouder om niet geconfronteerd te blijven worden met een minderheidsaandeelhouder met alle nadelen van dien (zie hierover meer: T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, (diss. Nijmegen), Serie VHI deel 125, Deventer: Kluwer 2014, p. 29 e.v.).

7. In de praktijk komt het nog wel eens voor (zie de in sub 5 vermelde rechtspraak) dat de OK over onvoldoende informatie beschikt voor de ambtshalve toetsing van het kapitaalsvereiste. In de regel wordt dan een tussenarrest gewezen. Voor voorbeelden ter zake verwijs ik naar Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2003, *ARO* 2003, 23 (vervolg in *ARO* 2003, 151) en Salemink (diss.) 2014, p. 100 en de in voetnoot 144 vermelde rechtspraak.

8. Ook in dit geval wordt Tennessee in de gelegenheid gesteld om alsnog een verklaring van een notaris of een registeraccountant, die aan de gestelde eisen voldoet, in het geding te brengen. De door Tennessee in het geding te brengen verklaring moet ook zien op de in r.o. 3.10 en 3.11 genoemde 90%-drempel van artikel 2:359c lid 6 BW, omdat sprake is van een openbaar bod in de zin van artikel 5:74 Wft. Ik laat dit punt rusten.

9. Dit arrest is dus in lijn met eerdere jurisprudentie van de OK over de ambtshalve toetsing van het kapitaalsvereiste en de eisen voor de verklaring van de notaris of registeraccountant in dat kader. Gelet op deze jurisprudentie en de door de OK op de website gepubliceerde wenken laat zich de (onbeantwoorde) vraag stellen waarom de verklaring van de notaris niet zodanig is opgesteld dat die verklaring aan de gestelde eisen voldoet. De procedure loopt nu immers vertraging op.

10. Zeer recent, na het schrijven van deze noot, zijn twee arresten van de OK gepubliceerd waarin de in deze noot geschetste problematiek andermaal aan de orde komt. Zie Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3583, r.o. 3-3-3.5 (*uitkoop Ballast Nedam*) en Hof Amsterdam (OK) 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3587, r.o. 3.4 en 3.5 (*uitkoop Mota-Engil*).

R.A. Wolf, Steins Bisschop & Schepel Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI)

---