

uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Meervoudige kamer

Reg.nr.: AWB 09/497 BC-T2

Uitspraak in het geding tussen

Groupe Danone S.A., te Parijs (Frankrijk), eiseres (hierna: Danone),
gemachtigden prof. mr. H.J. de Kluiver en mr. J.L. van der Schrieck, advocaten te
Amsterdam,

en

de stichting **Stichting Autoriteit Financiële Markten**, verweerster (hierna: AFM),
gemachtigden mr. H.J. Sachse en mr. J.S. Roepnarain, advocaten te Amsterdam.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 29 december 2008 (hierna: het bestreden besluit) heeft AFM het bezwaar van Danone tegen het besluit van 8 juli 2008 (hierna: het primaire besluit) strekkende tot oplegging van een bestuurlijke boete van € 24.000,- wegens overtreding van artikel 9b, eerste lid, van het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Bte 1995) ongegrond verklaard.

Tegen het bestreden besluit heeft Danone beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft – gevoegd met de zaak AWB 09/498 BC-T2 – plaatsgevonden op 10 juni 2010. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Na de sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de rechtbank de zaken gesplitst voor het doen van uitspraak.

2 Overwegingen

2.1 Koninklijke Numico N.V. (hierna: Numico), was ten tijde in geding een te Schiphol gevestigde beursgenoteerde onderneming. Op maandag 9 juli 2007 opent de koers van het aandeel Numico 2,88% hoger dan de slotkoers van de vorige dag. Om 10:00 uur is de koers gestegen met 8,49% ten opzichte van de slotkoers van de vorige handelsdag. Om 12.14 uur is de koers ten opzichte van de slotkoers van de vorige handelsdag met 11,39% gestegen. Diezelfde ochtend spreekt AFM om 11:00 uur vanwege dit koersverloop de voicemail in van de Director Investor Relations van Numico. Laatstgenoemde belt AFM terug om 11:27 uur met de mededeling dat er niets concreets is. Om 11:50 uur belt Numico nogmaals terug en wordt AFM meegedeeld dat er overnamegesprekken gaande zijn tussen Numico en Danone. Van de zijde van AFM wordt tijdens dit gesprek aangegeven dat de koersstijging niet is te verklaren uit normale geruchtvorming en koersontwikkeling en dat zij de handel in het aandeel Numico zal laten stilleggen indien Numico niet binnen een kwartier met een

persbericht komt. Numico geeft daarop aan er de voorkeur aan te geven dat de handel wordt stilgelegd. AFM geeft om 12:10 uur aan Euronext een aanwijzing tot stillegging van de handel in Numico, hetgeen gebeurt om 12:14 uur. Eerst om 17:30 uur brengen Numico en Danone een gezamenlijk persbericht uit over een door Danone voorgenomen bod van € 55,- op alle uitstaande aandelen Numico.

2.2 AFM stelt in juli 2007 een onderzoek in naar mogelijke overtreding door Numico en Danone van de regels ter voorkoming van marktmisbruik en de biedingsregels. Uit de door Numico verstrekte gegevens blijkt AFM het volgende:

- op 18 juni 2007 belt Danone Numico waarbij Danone aangeeft dat zij graag zou zien dat Numico zou instemmen met een vriendelijk bod. Numico geeft aan daar over na te willen denken;
- op 19 juni 2007 stuurt Danone Numico een brief waarin Danone een niet-bindend voorstel doet tot een bod van € 51,- per aandeel onder bepaalde voorwaarden;
- op 27 juni 2007 laat Numico Danone weten dat zij het voorstel niet acceptabel vindt;
- op 3 juli 2007 verkoopt Danone haar koekjesdivisie aan een andere partij voor € 5,3 miljard;
- op 5 juli 2007 bericht Danone Numico in onderhandeling te willen treden, waarbij zij aangeeft dat zij bereid is alle aspecten van het oorspronkelijke voorstel te bespreken teneinde zo snel mogelijk tot overeenstemming te komen;
- op 6 juli 2007 heeft een bespreking plaats tussen de door Danone en Numico ingeschakelde investeringsbanken;
- op 8 juli 2007 heeft een vergadering plaats tussen adviseurs van beide partijen, waarna de CFO's van beide partijen elkaar spreken en een confidentiality agreement ondertekenen. Tevens wordt aan Danone een verkorte Due Dilligence van Numico verstrekt;
- op 8 juli 2007 heeft om 13:00 uur een vergadering plaats tussen adviseurs van beide partijen waarbij de belangrijkste punten aan bod komen en waarbij door Danone een prijs van € 53,- per aandeel is genoemd. Deze prijs is voor Numico niet acceptabel;
- diezelfde dag wordt aan Numico doorgegeven dat de CEO van Danone met een mandaat naar Amsterdam komt;
- op 9 juli 2007 tussen 9:45 uur en 11:45 uur heeft een bespreking plaats tussen directieleden van Numico en Danone, waarbij van de zijde van Danone als uiterste prijs € 55,- wordt genoemd en waarbij van de zijde van Numico wordt aangegeven dat op basis van € 55,- 'we can make things work';
- diezelfde maandagmiddag heeft tussen 14:00 uur en 17:00 uur de finale onderhandelingssessie plaats. Tijdens deze onderhandelingen krijgt Danone geen exclusiviteit. Om 17:20 uur tekenen Danone en Numico het Merger Protocol en verschijnt om 17:30 uur het persbericht van Danone en Numico.

2.3 AFM brengt Danone bij brief van 10 december 2007 ervan op de hoogte dat zij voornemens is Danone een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 9b, eerste lid, van het Bte 1995 in verbinding met artikel 9b, tweede lid, aanhef en onder c, van het Bte 1995. Bij besluit van 8 juli 2008 legt AFM aan Danone een boete op van € 24.000,- wegens overtreding van artikel 9b, eerste lid, van het Bte 1995. AFM heeft Danone voorts meegedeeld dat zij op de voet van artikel 48m, eerste lid, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Wte 1995) afzonderlijk een beslissing zal nemen omtrent openbaarmaking van de boete nadat de boetoplegging onherroepelijk is geworden.

2.4 De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat artikel 9b van het Bte 1995, gelet op artikel 178 van de Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht (hierna: Invoerings- en aanpassingswet Wft) na invoering van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) op 1 januari 2007 van kracht is gebleven, alsmede dat hoofdstuk XII B van de Wte 1995, dat mede ziet op de bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete, met het oog hierop van kracht is gebleven. Eerst met de inwerkingtreding op 28 oktober 2007 van het Besluit openbare biedingen Wft is artikel 9b van het Bte 1995 komen te vervallen.

2.5 Artikel 9b van het Bte 1995, luidde ten tijde in geding (tekst van 1 oktober 2005 tot 28 oktober 2007) als volgt:

“1. Indien een openbaar bod wordt voorbereid of is aangekondigd, doen de bieder en de doelvennootschap, zodra zich een omstandigheid voordoet die ter bevordering van een gerechtvaardigde koersvorming van de door hen uitgegeven effecten een openbare mededeling noodzakelijk maakt, onverwijld een zodanige mededeling, ieder voor zover het hem of haar aangaat.

2. Als omstandigheid, als bedoeld in het eerste lid, wordt in ieder geval aangemerkt:
(...)

c. een koersvorming of andere ontwikkeling welke erop kan wijzen dat het voeren van besprekingen over een openbaar bod of het eenzijdige voornemen tot het doen van een openbaar bod bekend is bij derden die van deze wetenschap gebruik kunnen maken;
(...)”

2.6 Met AFM is de rechtbank van oordeel dat op 5 juli 2007 door Danone een openbaar bod werd voorbereid op Numico. Op die datum bericht Danone Numico, nadat Numico een eerder bod van Danone tot € 51,- per aandeel had verworpen, in onderhandeling te willen treden, waarbij Danone voorts aangeeft dat zij bereid is alle aspecten van het oorspronkelijke voorstel te bespreken teneinde zo snel mogelijk tot overeenstemming te komen. Naar het oordeel van de rechtbank is derhalve vanaf 5 juli 2007 sprake geweest van het voorbereiden van een openbaar bod door Danone als bedoeld in artikel 9b, eerste lid, van het Bte 1995. De verdere loop van de onderhandelingen tot het persbericht van 9 juli 2007 doen hier – anders dan Danone stelt – niet aan af. Danone heeft juist vanaf 5 juli 2007 tot aan de overeenstemming met Numico aangestuurd op de totstandkoming van een openbaar bod. De mogelijkheid dat het uiteindelijk niet tot een openbaar bod zou komen vormt hier, anders dan Danone meent, niet de maatstaf.

2.7 Met het voorgaande is echter nog niet gegeven dat op Danone – die niet was genoteerd aan een Nederlandse beurs – de verplichting rustte een openbare mededeling te doen. Gelet op artikel 9b, eerste en tweede lid, aanhef en onder c, van het Bte 1995 bestaat voor zowel de bieder als voor de doelvennootschap de verplichting om mededeling te doen van de in artikel 9b, eerste lid, van het Bte 1995 bedoelde omstandigheid, ieder voor zover het hem of haar aangaat. De koersvorming van het aandeel Numico is naar het oordeel van de rechtbank in dit verband een omstandigheid die Numico aanging, en niet (ook) Danone. Naar het oordeel van de rechtbank rustte op Danone – anders dan AFM meent – dan ook niet een verplichting uit hoofde van artikel 9b, eerste lid, van het Bte 1995 een mededeling te doen zodra de koers van het aandeel Numico omhoog schoot in de ochtend van 9 juli 2007.

2.8 Gelet hierop heeft AFM ten onrechte aangenomen dat Danone artikel 9b, eerste lid, in verbinding met het tweede lid, aanhef en onder c, van het Bte 1995 heeft overtreden.

Reeds om die reden kan het bestreden besluit geen stand houden. Het beroep is derhalve gegrond. Onder toepassing van artikel 8:72a van de Awb ziet de rechtbank tevens aanleiding het besluit van 8 juli 2008 te herroepen.

2.9 Gelet op het voorgaande kan en zal de rechtbank hetgeen Danone verder tegen het bestreden besluit heeft aangevoerd buiten bespreking laten.

2.10 In aanmerking genomen dat Danone AFM in bezwaar heeft verzocht toepassing te geven aan artikel 7:15 van de Awb, ziet de rechtbank aanleiding AFM te veroordelen in de kosten die Danone in verband met de behandeling van het bezwaar en het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op € 1932,- (vier procespunten tegen een wegingsfactor van 1,5 wegens de zwaarte van de zaak) aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat bezwaar is gemaakt en beroep is ingesteld voor 1 oktober 2009.

3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep gegrond,

vernietigt het bestreden besluit,

herroept het besluit van 8 juli 2008 en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit,

bepaalt dat AFM aan Danone het betaalde griffierecht van € 288,- vergoedt,

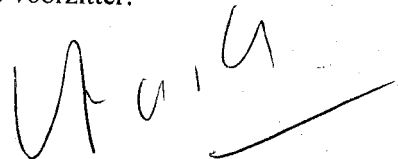
veroordeelt AFM in de proceskosten tot een bedrag van € 1932,-, te betalen aan Danone.

Aldus gedaan door mr. L.A.C. van Nifterick, voorzitter, en mr. J. Bergen en mr. I.K. Rapmund, leden, in tegenwoordigheid van mr. drs. R. Stijnen, griffier.

De griffier:



De voorzitter:



Uitgesproken in het openbaar op 22 juli 2010.

Afschrift verzonden op: 22 JUL 2010

Een belanghebbende – onder wie in elk geval Danone wordt begrepen – en AFM kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

VOOR COPIE CONFORM
De griffier van de Rechtbank Rotterdam
Sector Bestuursrecht

wnd

