

Vergaderjaar 2019–2020

**35 367**

## **Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het inroepen van een bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap**

**Nr. 15**

### **AMENDEMENT VAN HET LID VAN GENT**

Ontvangen 3 september 2020

De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel A, wordt aan het voorgestelde artikel 114b lid 4, onder het vervallen van «of» aan het slot van onderdeel a en onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel b door «; of», een onderdeel toegevoegd, luidende:

c. wanneer gedurende de bedenktijd een of meer maatregelen actief zijn die naar aard, doel en strekking met de bedenktijd overeenkomen en deze maatregelen niet binnen redelijke termijn na een daartoe strekkend schriftelijk verzoek van deze houders van aandelen zijn beëindigd of opgeschort.

### **Toelichting**

Het onderhavige wetsvoorstel strekt tot uitvoering van de in het regeerakkoord opgenomen passage om een bedenktijd van maximaal 250 dagen voor beursvennootschappen in te voeren. De indiener stelt voor het wetsvoorstel nog meer in lijn te brengen met de passage van het regeerakkoord. In het regeerakkoord is opgenomen dat de bedenktijd niet kan worden ingezet «in combinatie met beschermingsconstructies van bedrijven zelf, zoals de uitgifte van preferente aandelen of prioriteitsaandelen». Dit amendement strekt ertoe het wetsvoorstel beter te laten aansluiten bij deze tekst, zodat een onredelijke stapeling van beschermingsmaatregelen wettelijk wordt tegengegaan. Bovendien wordt op deze manier tegemoetgekomen aan de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over de Europeesrechtelijke aspecten van de bedenktijd. In haar voorlichting concludeert de Afdeling dat een bedenktijd het vrije verkeer van kapitaal en vestiging kan belemmeren en dat mede met het oog op de Europeesrechtelijke vereisten van noodzaak en proportionaliteit verzekerd moet worden dat een bedenktijd alleen wordt ingeroepen wanneer dat strikt noodzakelijk is en dat het daarbij ook van belang is de verhouding tot andere bescher-

mingsconstructies te bezien.<sup>1</sup> Op die manier wordt voorkomen dat de bedenktijd een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van kapitaal en vestiging kan vormen. In het geval dat een beursvennootschap al over eigen beschermingsconstructies beschikt, is het in veel gevallen niet strikt noodzakelijk dat de beursvennootschap ook nog de wettelijke bedenktijd kan inroepen.

In het wetsvoorstel is reeds geregeld dat vennootschappen die gebruik maken van de mogelijkheid die artikel 2:359b, lid 1, onderdeel a, BW biedt (de *no frustration rule*), behoudens in de situatie bedoeld in artikel 359b lid 4, geen beroep kunnen doen op de bedenktijd. Verder is in de toelichting opgemerkt dat beschermingsmaatregelen zich in vele schakeringen kunnen voordoen en dat het nodig is dat de rechter maatwerk kan verrichten (zie MvT, p. 18, 19). In lijn met het regeerakkoord wordt een bepaling aan de wet toegevoegd dat vennootschappen die eigen beschermingsconstructies hebben ingezet die naar hun aard, doel en strekking overeenkomen met het doel van de bedenktijd, aanleiding geven tot beëindiging van de bedenktijd. Gekozen is voor de termen «doel, aard en strekking» van de bedenktijd, aangezien beschermingsmaatregelen in vele schakeringen voorkomen. Daarbij is het aan de rechter om aan de hand van het doel, de aard en de strekking – in onderlinge samenhang bezien – van de voorliggende maatregel te beoordelen of er sprake is van een in een concreet geval met de bedenktijd onverenigbare maatregel die aanleiding moet geven voor beëindiging van de bedenktijd.<sup>2</sup>

Men kan denken aan vennootschappen die:

- in het verleden een optie tot het verkrijgen van zogenoemde beschermingspreferente aandelen hebben toegekend aan een onafhankelijke stichting of een andere rechtspersoon en deze rechtspersoon de optie (geheel of gedeeltelijk) heeft uitgeoefend;

- aandelen hebben geplaatst bij een onafhankelijke rechtspersoon (een zogenoemd administratiekantoor) en vervolgens hebben meegewerkt aan de uitgifte van certificaten van aandelen. Hierbij geldt wel de voorwaarde dat de onafhankelijke rechtspersoon de mogelijkheid moet hebben benut om geen stemvolmachten toe te kennen aan de houders van certificaten van aandelen in de in artikel 2:118a lid 2 BW genoemde situaties. Het gaat daarbij onder meer om vijandige overnamesituaties en situaties waarin naar het oordeel van de onafhankelijke rechtspersoon uitoefening van het stemrecht door een houder van certificaten wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming;

- de zogenoemde responstijd op grond van *best practice* bepaling 4.1.7 van de Nederlandse corporate governance code hebben ingeroepen.

Of deze maatregelen in een concrete casus onverenigbaar zijn met de bedenktijd, zal telkens door de rechter moeten worden beoordeeld, aan de hand van de aard, het doel en de strekking van de maatregel.<sup>3</sup>

Indien bij een vennootschap deze of vergelijkbare maatregelen actief zijn die naar aard, doel en strekking overeenkomen met het doel van de bedenktijd en het bestuur besluit de bedenktijd in te roepen, kan een of meer houders van aandelen die bij het inroepen van de bedenktijd alleen of gezamenlijk tenminste drie honderdste gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam verzoeken om de bedenktijd op te heffen. De ondernemings-

<sup>1</sup> Voorlichting Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 29 juni 2018, p. 14 (Bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 29 752, nr. 12) en Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 oktober 2019 (Kamerstukken II 2019/20, 35 367, nr. 4, p. 2).

<sup>2</sup> Vgl ook hetgeen is opgemerkt in de MvT, p. 18, 19.

<sup>3</sup> Zie ook de voorlichting van de Raad van State en het advies van de Commissie vennootschapsrecht.

kamer wijst dit verzoek toe als bij het inroepen van de bedenktijd een of meer maatregelen actief zijn die naar aard, doel en strekking met de bedenktijd overeenkomen en deze maatregelen niet binnen een redelijke termijn – te denken valt aan een week – na schriftelijk verzoek van een aandeelhouder zijn beëindigd of opgeschort. De voorwaarde van een schriftelijk verzoek en de gestelde redelijke termijn geven de vennootschap de mogelijkheid om een rechtsgang te voorkomen en beogen daarmee ook de werklast van de rechter te beperken. Van opschorting van een beschermingsmaatregel is bijvoorbeeld sprake als de houders van de prioriteits aandelen openbaar hebben aangekondigd af te zien van hun bijzondere rechten inzake de zeggenschap in de vennootschap. Of wanneer een beschermingsstichting openbaar heeft aangekondigd geen gebruik te zullen maken van de stemrechten verbonden aan de beschermingspreferente aandelen.

Van Gent