No.W16.19.0214/II 's-Gravenhage, 10 oktober 2019

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 18 juli 2019, no.2019001455, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, mede namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat en de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het inroepen van een bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt er toe in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een bedenktijd in te voeren van maximaal 250 dagen. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan een voornemen in het Regeerakkoord. De bedoeling hiervan is het bestuur van een beursgenoteerde naamloze vennootschap meer tijd en rust te gunnen voor de inventarisatie en weging van belangen van de onderneming en haar stakeholders.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de verhouding tussen de bedenktijd en de responstijd en over de beperkte toetsing door de ondernemingskamer. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van de toelichting, en zo nodig van het wetsvoorstel.

Bij de voorbereiding van het voorstel is onderkend dat de introductie van een bedenktijd vragen kan oproepen in relatie tot het Unierecht. In dat kader heeft de Afdeling voorlichting gegeven. Daarin concludeerde zij dat een bedenktijd niet in strijd is met de richtlijn aandeelhoudersrechten en niet raakt aan het overnameproces zoals dat in de richtlijn openbaar overnamebod is geregeld. Wel kan een bedenktijd het vrije verkeer van kapitaal en vestiging belemmeren. Hiervoor kan als rechtvaardiging worden aangevoerd dat een bedenktijd ervoor zorgt dat het bestuur de gelegenheid krijgt om het besluitvormingsproces te temporiseren om zo te bewerkstelligen dat de kwaliteit van de besluitvorming wordt bevorderd opdat met alle betrokken stakeholderbelangen rekening wordt gehouden en wordt voorkomen dat onverhoeds ingrijpende koerswijzigingen worden doorgevoerd.

De noodzaak van een rechtvaardiging voor belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal en vestiging betekent dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de noodzaak en proportionaliteit van het voorstel zelf. Zoals de Afdeling in de voorlichting concludeerde, is het, gelet op de gerechtvaardigde belangen van stakeholders, daarbij van groot belang dat wordt voorzien in adequate (wettelijke) waarborgen om te verzekeren dat een bedenktijd alleen wordt ingeroepen wanneer dat strikt nodig is en niet langer duurt dan vereist is voor het bereiken van zorgvuldige besluitvorming. Daarbij is ook van belang de verhouding tot andere beschermingsconstructies te bezien. Uit de consultaties komt naar voren dat hierover zeer verschillend wordt gedacht.

In dit verband merkt de Afdeling het volgende op.

a. *Bedenktijd en responstijd*

Zoals ook in de toelichting wordt opgemerkt, komt de voorgestelde bedenktijd te staan naast een aantal reeds bestaande instrumenten die door het bestuur van een vennootschap kunnen worden gebruikt om de kwaliteit van de besluitvorming te bevorderen.[[1]](#footnote-1) In het bijzonder kan worden gewezen op de in de Code corporate governance neergelegde responstijd, die in veel opzichten lijkt op de thans voorgestelde bedenktijd. De bedenktijd wordt echter wettelijk verankerd in het vennootschapsrecht en zal een bredere reikwijdte kennen.[[2]](#footnote-2) Dit roept bij de Afdeling de vraag op naar de meerwaarde en noodzaak van de responstijd naast een bedenktijd. Zij acht een nadere motivering op dit punt wenselijk.

b. *Proportionaliteit*

Het is de Afdeling opgevallen dat de toetsing door de ondernemingskamer in het voorgestelde artikel 114b, lid 4, Boek 2 BW een beperkte opzet kent. Partijen kunnen verzoeken om beëindiging van de bedenktijd, maar de ondernemingskamer toetst slechts ex tunc of het bestuur op het moment van het inroepen aan de voorwaarden voor het inroepen van de bedenktijd voldeed. Met het oog op de proportionaliteit van de regeling ligt het echter voor de hand dat ook de duur van de bedenktijd onderwerp van toetsing is. De bedenktijd dient immers niet langer te duren dan vereist is voor het bereiken van zorgvuldige besluitvorming. Ook dient rekening te kunnen worden gehouden met het gebruik van andere instrumenten die na het inroepen van de bedenktijd plaatsvinden. Het voorgestelde artikel 114b, lid 4, Boek 2 BW voorziet niet in dergelijke mogelijkheden.

In de toelichting wordt in dit verband, in reactie op in de consultatie gemaakte opmerkingen, onder andere van de Raad voor de rechtspraak, vermeld dat een ex nunc-toetsing verschillende achtereenvolgende procedures zou kunnen uitlokken, hetgeen haaks staat op het doel tijd en rust te creëren voor de inventarisatie en weging van belangen van de onderneming en haar stakeholders, voor een zorgvuldige beleidsbepaling.[[3]](#footnote-3) De Afdeling merkt op dat de beperkte toetsing in het voorgestelde artikel 114b, lid 4, Boek 2 BW evenwel onverlet laat dat andere wegen kunnen worden bewandeld, zoals die van de enquêteprocedure.[[4]](#footnote-4) Die procedure biedt de nodige ruimte voor een rechterlijke toets of het gebruik van de bedenktijd (nog steeds) proportioneel is.

De Afdeling adviseert in de toelichting op de verhouding tussen de verschillende mogelijke procedures in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

1. Toelichting, paragraaf 4. [↑](#footnote-ref-1)
2. De bedenktijd duurt ten hoogste 250 dagen, de responstijd ten hoogste 180 dagen. De bedenktijd kan bovendien ook worden ingeroepen wanneer een openbaar bod is gedaan. [↑](#footnote-ref-2)
3. Toelichting, paragraaf 7.2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artikel 344 e.v. Boek 2 BW. [↑](#footnote-ref-4)