

Nieuwe kansen bij openbaar bod

Inleiding

'Slag om ABN AMRO noopt tot regels biedingsstrijd' kop-te Het Financieele Dagblad van zaterdag 5 mei 2007. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) zou de marktmeester moeten zijn bij een biedingsstrijd. De AFM mag die rol binnenkort gaan spelen bij de regels omtrent het openbaar bod. Binnen afzienbare tijd zal in werking treden de Wet ter uitvoering van richtlijn 2004/25/EG betreffende het openbaar overnamebod. Deze wet voorziet in een nieuw hoofdstuk 5.5 in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Dat hoofdstuk heeft als titel 'openbaar bod op effecten'. Het wetsvoorstel voorziet in een belangrijke rol voor de AFM. Het bevat namelijk het goedkeuringsvereiste van het biedingsbericht. Dit wordt geregeld in het nieuwe artikel 5:74 Wft. In de wetsgeschiedenis zijn niet veel woorden besteed aan de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit geeft de minister ook toe.¹ Het is jammer dat aan die wet niet meer aandacht is besteed, omdat het wetsvoorstel wel wat vragen oproept in relatie tot de toepassing van de Awb. Dit artikel probeert – deels – in die leemte te voorzien en zal enkele woorden wijden aan de toepassing van de Awb in relatie tot het wetsvoorstel. Daarbij zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de rol van de AFM bij het openbaar bod, het proces van verzoek om goedkeuring, rechtsbescherming en mogelijke acties van derden tegen een goedkeuring. Afgesloten wordt met een conclusie. Het antwoord op de in Het Financieele Dagblad opgeworpen vraag zal naar verwachting nog niet door de nieuwe regels worden gegeven.

De rol van de AFM bij het openbaar bod

Artikel 5:74 lid 1 Wft bepaalt dat het verboden is zonder voorafgaand door de AFM goedgekeurd biedingsbericht een openbaar bod uit te brengen. Het tweede lid bevat de bepaling dat de AFM het biedingsbericht 'kan' goedkeuren indien wordt voldaan aan de onder a t/m e genoemde eisen. In feite volgt uit die eisen dat dit de gevallen betreft waarin de AFM bevoegd is om een openbaar bod goed te keuren. Artikel 5:74 lid 2 onder a Wft, bijvoorbeeld, bepaalt dat goedkeuring benodigd is wanneer de doelvennootschap haar zetel heeft in Nederland. Het bevat niet – zoals gebruikelijk bij 'kan'-bepalingen – de criteria om voor goedkeuring in aanmerking te komen. Deze worden namelijk neergelegd in een algemene maatregel van bestuur (AMvB) krachtens artikel 5:76 lid 1 Wft. Deze AMvB is het besluit betreffende het openbaar overnamebod (Bob). Dit besluit is nog niet genomen, maar een concept ervan is reeds voorhanden; in hoeverre het Bob overeen zal komen met het voorontwerp is nog niet bekend. Het woord

'kan' is van belang, omdat het woordje 'kan' een discretionaire bevoegdheid van de AFM suggereert. Een discretionaire bevoegdheid zou inhouden dat de AFM een grote mate van beleidsvrijheid heeft bij het al dan niet verlenen van goedkeuring van het biedingsbericht. Dat is niet het geval, omdat artikel 5:76 lid 1 Wft bepaalt dat de AFM een biedingsbericht goedkeurt indien het voldoet aan bij AMvB te stellen regels. Hieruit volgt dat de bevoegdheid om een biedingsbericht goed te keuren een gebonden bevoegdheid betreft: de AFM moet goedkeuring verlenen indien het biedingsbericht voldoet aan de regels bij AMvB. De term 'bij algemene maatregel van bestuur' is ook relevant omdat hiermee is uitgesloten dat de minister de bevoegdheid wordt gegeven om ter uitvoering van de AMvB ministeriële regels te geven. Zou dat het geval zijn geweest, dan zou er hebben moeten staan 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur'. De AMvB moet dus alle eisen bevatten waaraan een biedingsbericht moet voldoen om goedkeuring te verkrijgen.

Wel is het mogelijk dat de AFM beleidsregels vaststelt voor het interpreteren van – wat wel wordt genoemd – vage normen in de AMvB. Dit zijn dan wetsinterpreterende beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. Het Voorontwerp Bob bevat een aantal van deze 'vage normen'. Bijvoorbeeld artikel 7, dat bepaalt dat de bieder ervoor zorg draagt dat hij uiterlijk op het tijdstip van indiening van de aanvraag 'alle redelijke maatregelen' heeft getroffen om elke ander vorm van vergoeding te kunnen verstrekken om het bod gestand te kunnen doen. Dit is een implementatie van de 'certain funds'-regel van artikel 3 lid 1 onder e van richtlijn 2004/25/EG. Wat zijn nu 'alle redelijke maatregelen'? Het is aan de AFM om daarover duidelijkheid te scheppen in haar besluitvorming, omdat de AFM de bestuursrechtelijke instantie is die dit criterium in eerste instantie interpreteert. De AFM kan natuurlijk afzien van het maken van beleidsregels, maar dan zal van de besluiten van de AFM een zekere interpretatie uitgaan. Daartoe dwingt het gelijkheidsbeginsel. Indien de AFM in gelijke gevallen tot andere interpretaties zou overgaan, zal dat door de bestuursrechter kritisch worden ontvangen. Voor de duidelijkheid naar de markt toe is het dan ook aan te bevelen dat de AFM beleidsregels vaststelt voor de vage normen die zij met enige regelmaat moet interpreteren. De rechter kan toetsen of de beleidsregels in overeenstemming zijn met de Europese Verordening, de Wft, het Bob en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Artikel 5:80 Wft geeft de AFM ook nog een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid: indien de AFM constateert dat een openbaar bod in strijd met de regels wordt voorbereid, aangekondigd of uitgebracht, kan zij een daarbij

1. Kamerstukken I 2006/07, 30 429, C, p. 11.

betrokken beleggingsonderneming door het geven van een aanwijzing gelasten zich te onthouden van medewerking.² Dit geeft de AFM dus de bevoegdheid om ook voordat een biedingsbericht ter goedkeuring aan haar wordt aangeboden, maatregelen te nemen.

Daarnaast geldt dat de AFM niet alleen beschikt over de specifieke bevoegdheden van hoofdstuk 5.5 Wft. De AFM heeft natuurlijk ook nog andere bevoegdheden krachtens de Wft. Zo heeft de AFM niet alleen de specifieke aanwijzingsbevoegdheid op grond van artikel 5:80 Wft, maar ook een algemene aanwijzingsbevoegdheid, zoals die is voorzien in artikel 1:75 Wft en de overige handhavingsmiddelen – voor zover van toepassing – van afdeling 1.4.2 Wft, waaronder de mogelijkheid van een last onder dwangsom (art. 1:79 Wft) en de boete (art. 1:80 Wft).

De AFM is een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. Indien zij handelingen verricht als bestuursorgaan, is zij gebonden aan de regels van de Awb en de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn in de eerste plaats de in hoofdstuk 3 van de Awb neergelegde beginselen van behoorlijk bestuur: het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb), het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het afweten van de belangen (art. 3:4 lid 1 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb). Ook moet de AFM zich houden aan het beginsel dat besluiten moeten worden gemotiveerd (art. 3:46 Awb).

De handelingen van de AFM, zoals de goedkeuring, de aanwijzing, de last onder dwangsom, de boete en de ontheffing, zijn alle besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Het verzoek om goedkeuring (en ook het verzoek om ontheffing) is een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Dat wil zeggen: een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. Tegen die besluiten staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open bij de bestuursrechter. Ook zijn die handelingen een bijzondere categorie van besluiten: beschikkingen in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb. Het gevolg daarvan is dat hoofdstuk 4 van de Awb op de voorbereiding ervan van toepassing is. In de volgende paragraaf wordt op de regels die daarvoor gelden, ingegaan. Wel is van belang dat degene die het verzoek doet, 'belanghebbende' is. In de regel zal dat de vennootschap zijn die het bod wil doen, oftewel – in de woorden van artikel 5:78 Wft – eenieder die het bod uitbrengt. Deze zal dan ook als belanghebbende worden aangemerkt. Maar ook is denkbaar dat een 'special purpose vehicle' wordt opgericht. Dit is voor de praktijk relevant. Het is nog maar de vraag of een nog niet opgerichte 'special purpose vehicle' als belanghebbende wordt aangemerkt. Daarnaast valt nog te denken aan 'de vennoot-

schappen die verantwoordelijk zijn voor het biedingsbericht' (par. 1.10 bijlage A Voorontwerp Bob).

Proces van goedkeuring

Op de voorbereiding van het besluit tot het verlenen van goedkeuring is hoofdstuk 4 Awb van toepassing. Artikel 4:1 Awb bepaalt dat het verzoek om goedkeuring schriftelijk moet worden gedaan bij de AFM. Het indienen van een verzoek per e-mail is alleen mogelijk wanneer de AFM dat zelf mogelijk heeft gemaakt. Dit wordt geregeld in artikel 2:15 lid 1 Awb. Een gedaan verzoek per e-mail moet overigens wel door de AFM worden bevestigd (art. 4:3a Awb).

Ingevolge artikel 4:2 Awb moet het verzoek in elk geval aan de volgende eisen voldoen: het moet de naam en het adres van de aanvrager bevatten, een dagtekening, een aanduiding van de beschikking die wordt gevraagd, en alle gegevens die nodig zijn en waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Daarnaast zal ook nog moeten worden voldaan aan de eisen die het Bob stelt. Van belang is nog dat ingevolge artikel 4:3 Awb de aanvrager kan weigeren om gegevens over te leggen met het oog op de vertrouwelijkheid ervan, tenzij uiteraard het Bob bepaalt dat deze moeten worden overgelegd. Op grond van artikel 4:4 Awb mag de AFM ook een formulier eisen. In de praktijk wordt op dit moment veel gebruik gemaakt van de zogeheten 'checklistgegevens biedingsbericht', die de – voormalige – Stichting toezicht effectenverkeer (STE) nog heeft opgesteld. Het zou niet verkeerd zijn als de AFM zou overwegen deze checklist te gebruiken om een formulier vast te stellen. In de praktijk blijkt namelijk dat de checklist een handig hulpmiddel is bij de vraag of alle gegevens wel zijn overgelegd.

Belangrijk is dat de aanvraag niet zomaar mag worden afgewezen op de grond dat niet voldoende gegevens zijn verstrekt, voordat de AFM gelegenheid heeft geboden tot aanvulling van de aanvraag. Dit volgt uit artikel 4:5 Awb. Artikel 5:77 lid 2 Wft wijkt overigens af van de hoofdregel van artikel 4:5 Awb. Ingevolge artikel 5:77 lid 2 Wft wordt de beslistermijn niet opgeschort. De termijn voor het beslissen gaat pas in op het moment dat de aanvullende informatie is verstrekt. Deze beslistermijn is namelijk tien werkdagen na ontvangst van de aanvraag, of nadat de aanvullende informatie is verstrekt. Artikel 4:15 Awb, dat bepaalt dat de termijn voor het geven van een beschikking wordt opgeschort, is niet van toepassing: de beslistermijn begint eerst te lopen nadat de informatie is aangevuld. Als overigens te weinig informatie is verstrekt, dan kan de AFM op grond van artikel 4:5 Awb de aanvraag buiten behandeling laten. Dit is iets anders dan 'afwijzen', omdat een afwijzing een inhoudelijk oordeel impliceert, terwijl bij 'niet in behandeling nemen' een inhoudelijk oordeel nooit heeft plaats gehad. Een interessante discussie is nog of de AFM méér gegevens mag verlangen dan uit het Bob voortvloeit. Betoogbaar is dat dit mogelijk is,

2. Deze bepaling komt overeen met artikel 32a Besluit toezicht effectenverkeer 1995.

omdat artikel 4:5 Awb bepaalt dat er voldoende gegevens moeten worden verstrekt 'om een beslissing op de aanvraag mogelijk te maken'. Wel volgt uit artikel 4:2 lid 2 Awb dat de aanvrager gehouden is gegevens over te leggen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn én waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.

De artikelen 4:7 en 4:8 Awb zien op een hoorplicht. Dit betekent dat indien de AFM voornemens is om de aanvraag om goedkeuring van het biedingsbericht af te wijzen, de AFM eerst de gelegenheid moet geven aan de aanvrager om zijn zienswijze te geven. Dat laatste geldt ook voor derde-belanghebbenden die naar verwachting bedenkingen zullen hebben tegen het biedingsbericht. Dit volgt uit artikel 4:8 Awb. Dit is interessant, omdat in biedingsoorlogen concurrenten mogelijk graag het concept-biedingsbericht van de 'tegenpartij' willen inzien. In dit verband is door de minister bij memorie van antwoord in de Eerste Kamer gesteld dat

'naar verwachting in de praktijk niet snel sprake zal zijn van toepasselijkheid van [artikel 4:8] bij een besluit tot goedkeuring van een biedingsbericht. Artikel 4:8 ziet op het horen van (derde-)belanghebbenden indien een bestuursorgaan voornemens is een beschikking te nemen, waartegen een (derde)belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd, naar verwachting bedenkingen zal hebben. Bij de goedkeuring van biedingsberichten zal daarvan op voorhand niet snel sprake zijn.'³

In de memorie van antwoord is niet gemotiveerd waarom daar in de praktijk niet snel sprake van zal zijn. Naar mijn mening zijn concurrerende partijen die ook een bod willen uitbrengen, immers belanghebbenden. Ook is niet uit te sluiten dat aandeelhouders ook als belanghebbende worden beschouwd, in het geval het bestuur van de vennootschap wel instemt met het openbaar bod, maar de aandeelhouders niet. Onder het kopje 'rechtsbescherming' zal nader op het belanghebbendebegrip worden ingegaan. Aan de andere kant zou de minister ook bedoeld kunnen hebben dat er naar verwachting niet veel relevante zienswijzen zullen worden ingediend, omdat de bevoegdheid van de AFM tot goedkeuring een gebonden bevoegdheid is. Of dat in de praktijk zal blijken, is afwachten. Gelet op het aantal 'vage normen', waarbij de AFM gebruik zal maken van de haar toekomstige beoordelingsruimte, zouden er nog wel eens relevante zienswijzen kunnen worden ingediend. Indien tegenstanders van het openbaar bod reeds voor de goedkeuring van het biedingsbericht moeten worden gehoord, kan dat vertraging opleveren, en bovendien zal dat de rol van de AFM niet makkelijker maken. Denkbaar is dat biedingsoorlogen over haar hoofd

3. Kamerstukken I 2006/07, 30 419, C, p. 12.

worden uitgevochten. Overigens behoeft de zienswijze niet te worden gevraagd, indien sprake is van spoed (art. 4:11 Awb). Dat bij elke goedkeuring sprake is van spoed, valt vooralsnog niet in te zien. Weliswaar geldt een beslistermijn van tien werkdagen, maar dat betekent naar mijn mening nog niet dat elke beslissing spoed heeft. Wel geldt dan dat derden een (zeer) korte termijn krijgen om hun zienswijze vooraf te geven. De beslistermijn voor het beslissen op de aanvraag tot goedkeuring bedraagt ingevolge artikel 5:77 lid 1 Wft tien werkdagen. Indien deze termijn niet wordt gehaald, kan de AFM een redelijke termijn stellen waarbinnen wel een beslissing tegemoet kan worden gezien. Dit volgt uit artikel 4:13 Awb. Ook blijft de AFM bevoegd om na het verstrijken van de termijn van tien dagen alsnog goedkeuring te verlenen. De Wft zelf geeft geen regeling voor deze situatie. Indien de AFM niet tijdig beslist, wordt dit gelijkgesteld met een besluit op grond van artikel 6:2 onder b Awb. Een beroep – eventueel gepaard met een voorlopige voorziening – is dan mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Daarbij zal het overigens uitsluitend gaan over de vraag of tijdig is beslist. Het CBb zal niet tot een inhoudelijke beoordeling overgaan.⁴ Ook zijn toekomstige wetten op dit punt relevant, zoals de Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen.⁵

Uit de jurisprudentie van de bestuursrechters vloeit voort dat de eis van zorgvuldigheid meebrengt dat de aanvraag tussentijds mag worden aangepast, mits de grondslag van de aanvraag niet wordt verlaten. Naar te verwachten is, zal de AFM – gelet op de korte beslistermijn – niet erg geneigd zijn om het tussentijds wijzigen van de aanvraag toe te staan. Aan de andere kant: in de dynamische wereld van het openbaar bod kan er ook wel behoefte aan bestaan dat kleine ondergeschikte wijzigingen kunnen worden doorgevoerd, zonder dat elke keer opnieuw een aanvraag moet worden ingediend.

Rechtsbescherming

Tegen een besluit ter zake van een openbaar bod staat rechtstreeks beroep open bij het CBb. Dit volgt uit artikel 1:110 lid 3 Wft. Er is geen voorafgaande bezwaarschriftprocedure, omdat deze procedure op grond van artikel 1:110 lid 2 Wft is uitgesloten. Voor de goede orde: voor boetes geldt wel een bezwaarschriftprocedure, gevolgd door beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het CBb. De beroepstermijn begint zes weken na de bekendmaking van het besluit. Deze bekendmaking geschiedt door toezending of uitreiking van het goedkeuringsbericht aan de aanvrager. Belangrijk is dat het tijdstip van mededelingen aan derden over het biedingsbericht en de goedkeuring ervan niet kunnen gelden als datum waarop de termijn begint te lopen. De enige relevante termijn is de termijn die op het

4. Indien het de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 3 december 1998, AB 1999, 107 volgt.

5. Kamerstukken I 2005/06, 29 934, A.

besluit tot goedkeuring staat als datum van verzending aan de aanvrager.

Belangrijk is dat het instellen van het beroep de werking van het besluit niet opschort (art. 6:16 Awb). Dit gegeven is belangrijk voor – wat wel wordt genoemd – het Europees paspoort. Ingevolge artikel 6 lid 2 van richtlijn 2004/25/EG wordt een goedgekeurd biedingsbericht erkend door de andere lidstaat, indien dat biedingsbericht goedkeuring heeft verkregen. Betekent dit nu dat de andere lidstaten gehouden zijn om – indien beroep loopt tegen een goedkeuringsbesluit – ook dan het goedkeuringsbericht te erkennen? Zo ja, wat moet dan geschieden indien de bestuursrechter het goedkeuringsbesluit vernietigt? Zijn de toezichthoudende autoriteiten in andere lidstaten dan gehouden om alsnog het biedingsbericht zelf goed te keuren? Mogelijk zal in de praktijk gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid van artikel 6 lid 5 van richtlijn 2004/25/EG. Dit artikel voorziet in een inlichtingenplicht over en weer van de toezichthouders uit andere lidstaten. Andere lidstaten zouden bijvoorbeeld bij de AFM kunnen vragen in hoeverre een ingesteld beroep kans van slagen maakt. Dat kan de AFM nog wel eens in een lastig parket brengen, omdat het altijd moeilijk is te voorspellen hoe een bestuursrechtelijke procedure afloopt. Kortom: enige vertraging als gevolg van een in te stellen beroep is wel te verwachten. Zeker omdat het bij een beroep wel een jaar kan duren, voordat het tot een uitspraak komt, een termijn waarmee bij transacties op de kapitaalmarkt niet te werken valt.

Voor de belanghebbende die beroep heeft ingesteld, staat de mogelijkheid van een voorlopige voorziening open bij de voorzieningenrechter bij het CBb. Dit volgt uit artikel 8:81 Awb.

Net zoals uitsluitend belanghebbenden kunnen verzoeken om een goedkeuring van een biedingsbericht, kunnen uitsluitend belanghebbenden beroep instellen tegen het besluit tot goedkeuring van het biedingsbericht. De vraag is wie als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Voor het zijn van belanghebbende gelden vijf criteria: er moet sprake zijn van een (1) objectief bepaalbaar, (2) persoonlijk, (3) eigen, (4) rechtstreeks en (5) actueel belang. De laatste anderhalf jaar is een belangrijke uitbreiding van het belanghebbendebegrip in de jurisprudentie waar te nemen: degenen die slechts door middel van een overeenkomst met degene tot wie het besluit is gericht, zijn verbonden, werden voorheen beschouwd als degene met een 'afgeleid belang'. Nu zijn zij ook belanghebbende indien zij een tegengesteld belang hebben aan het belang van degenen tot wie de beschikking is gericht. Bij de goedkeuring van het biedingsbericht kunnen er veel belanghebbenden zijn, waaronder degenen met een zogenoemd 'tegengesteld belang'.⁶ Gesteld dat de aandeelhouders van een vennootschap zich verzetten

tegen het openbaar bod, terwijl het bestuur van desbetreffende vennootschap vóór is, is niet uit te sluiten dat de aandeelhouders als belanghebbende worden beschouwd: hoewel het besluit gericht zal zijn tot de vennootschap, hebben de aandeelhouders een tegengesteld belang. Tenminste, indien het CBb de jurisprudentie van de Afdeling op dit punt volgt. Wel blijft het de vraag of de goedkeuringscriteria zich lenen voor een succesvolle procedure bij de bestuursrechter.

Ook voor collectiviteiten is een verruiming van het belanghebbendebegrip te zien. Vóór 23 augustus 2006 was het zo dat een collectiviteit die uitsluitend opkwam voor belangen van haar leden en een bovenindividueel belang diende, niet als belanghebbende werd aangemerkt. Na de zogeheten LTO-uitspraak⁷ van de Afdeling is dat gewijzigd: ook een vereniging die uitsluitend opkomt voor het belang van haar leden, is nu belanghebbende. Dat betekent dat aandeelhoudersverenigingen en dergelijke mogelijk ook als belanghebbende zijn te beschouwen bij een besluit tot het verlenen van goedkeuring van een biedingsbericht.

In de praktijk blijkt ook dat biedingsoorlogen via de rechter worden uitgevochten. Enkele voorbeelden zijn Franklin versus Hunter Douglas⁸ en Frieters e.a. versus Bege- mann en Sivex.⁹ Een belangrijk discussiepunt bij de rechter zal zijn of de AFM haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan bij het verlenen van goedkeuring van een biedingsbericht. De bestuursrechter respecteert in beginsel deze beoordelingsruimte, maar toetste deze wel min of meer 'vol'. De AFM gaat in ieder geval de haar toekomende beoordelingsruimte te buiten, indien strijdigheid bestaat met het doel en de strekking van de wet. In dit verband is natuurlijk de Europese richtlijn 2004/25/EG een belangrijke inperking op de beoordelingsvrijheid.

Ook zal bij de rechter aan de orde zijn in hoeverre het besluit strijdig is met het Bob. In dit verband is het verstandig om op te merken dat het bestuursrecht geen relativiteitsvereiste kent: indien een bepaling uit het Bob niet geschreven is om het belang van de indiener van het beroep te beschermen, kan dat toch tot vernietiging van het besluit leiden.

Wat kunnen derden tegen een goedkeuring ondernemen?

Indien er sprake is van biedingsoorlogen, is het van belang om goed te bekijken wat de derden-belanghebbenden die tegen het bod zijn, kunnen ondernemen. In elk geval kan de derde de AFM verzoeken om op grond van artikel 4:8 Awb een zienswijze te mogen geven en daarbij tevens vragen om stukken. Dat betekent dat een concurrent in een vroeg stadium, voordat de goedkeuring is verleend, al

6. ABRvS 29 maart 2006, JB 2006, 145.

7. ABRvS 23 augustus 2006, AB 2006, 365.

8. CBb 30 juni 2005, AB 2005, 391.

9. Vz. CBb 27 december 2005, JOR 2006, 37.

inzake zou kunnen krijgen in het concept-biedingsbericht.

Indien een concurrent vermoedt dat er in strijd wordt gehandeld met het Bob en/of andere wettelijke bepalingen, kan deze de AFM verzoeken om een aanwijzing te geven op grond van artikel 5:80 Wft of verzoeken om een andere handhavingsmaatregel uit afdeling 1.4.2 Wft. Juist omdat dit artikel de AFM ook de bevoegdheid geeft om een maatregel te nemen indien een openbaar bod wordt voorbereid, kan dit voor derden-belanghebbenden de mogelijkheid bieden om zich in een vroeg stadium tot de AFM te wenden met het verzoek om een aanwijzing te geven. De AFM moet hierop een beslissing nemen en een en ander onderzoeken. Voor de praktijk is het dan afwachten hoe de AFM gaat beslissen naar aanleiding van een dergelijk verzoek. Ook hier geldt dat indien de AFM voornemens zou zijn om een dergelijk verzoek toe te wijzen, de AFM degene tot wie de aanwijzing zal worden gericht, de gelegenheid moet geven om een zienswijze in te dienen. Dat volgt uit artikel 4:8 Awb.

Na goedkeuring van een biedingsbericht kan een derde uiteraard beroep instellen en een voorlopige voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van het CBb. Uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb van 27 december 2005¹⁰ volgt dat de voorzieningenrechter zijn bevoegdheid ruim opvat: in die voorlopige voorziening heeft hij geoordeeld dat de termijn van gestanddoening van een openbaar bod van Sivex op de aandelen Begemann moest worden verlengd. Strikt genomen kan een voorziening van de voorzitter van het CBb alleen maar gericht zijn tot het bestuursorgaan. In zoverre is de uitspraak van de voorzitter opmerkelijk. Overigens wordt in het voorgestelde artikel 8:72 lid 9 van het voorontwerp 'Wet aanpassing bestuursprocesrecht'¹¹ de bevoegdheid van de bestuursrechter in dit opzicht uitgebreid. De voorzieningenrechter wordt ingevolge dat artikellid bevoegd een 'door hem aan te wijzen rechtspersoon' te verplichten te voldoen aan de uitspraak indien het bestuursorgaan aan de uitspraak geen uitvoering geeft. Op dit punt liep de uitspraak van de voorzitter inzake Begemann dus vooruit.

Conclusie

Belangrijke vragen van bestuursrechtelijke aard bij het indienen van een verzoek om goedkeuring zijn de volgende. In de eerste plaats: wie zijn belanghebbenden, zowel bij de aanvraag, als bij de rechtsbescherming voor derden? Daarmee hangt samen de vraag wie zich eventueel kunnen verzetten tegen het openbaar bod en of zij op grond van artikel 4:8 Awb zullen kunnen vragen om stukken bij de AFM, dan wel anderszins kunnen vragen om een zienswijze in te dienen. Een tweede belangrijke vraag is

op grond van welke bepaling de AFM eventueel aanvulling van de aanvraag verlangt, zodat de beslistermijn wordt opgeschort. Een derde belangrijke vraag is op grond van welke bepaling de AFM de goedkeuring eventueel zal weigeren of toestaan. Een vierde belangrijke vraag is hoe de toezichthouders in andere lidstaten zullen omgaan met het feit dat de AFM een biedingsbericht heeft goedgekeurd waartegen beroep is ingesteld, terwijl daarop nog niet is beslist. Zijn de toezichthouders in andere lidstaten gehouden om toch het biedingsbericht te erkennen? Zomaar wat vragen, waaraan de wetgever wat meer woorden had kunnen wijden.

*Mr. J.R. van Angeren
Stibbe*

10. CBb 27 december 2005, JOR 2006, 37.

11. Te vinden op www.minjus.nl/onderwerpen/awb/voorontwerpen.