

Het praktisch nut van de herziene Corporate Governance Code voor het MKB

Mr. H.J. de Kraker, datum 05-05-2017

Datum	05-05-2017
Auteur	Mr. H.J. de Kraker ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Corporate governance

In deze bijdrage gaat de auteur in op de herziene Nederlandse Corporate Governance Code en het belang ervan voor het MKB.

1. Inleiding

Op 8 december 2016 publiceerde de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een herziene versie van de Nederlandse Corporate Governance Code. Het is de derde versie van de Code die voor het eerst werd vastgesteld in 2003 (Code Tabaksblat) en ook in 2008 al een keer werd herzien (Code Frijns). Het is de bedoeling dat in bestuursverslagen over 2017 voor het eerst aandacht besteed wordt aan de naleving van de nieuwe Code. Dat wil zeggen, in de jaarverslagen van beursgenoteerde vennootschappen waarop de Code van toepassing is. Maar wat is nu eigenlijk de waarde van de Code voor de niet-beursgenoteerde ondernemingen variërend in omvang zoals te vinden in het MKB of familiebedrijf?

Ter beantwoording van die vraag wordt in deze bijdrage het effect (direct en indirect) van de Code op niet-beursgenoteerde ondernemingen bekeken. Tot slot wordt kort stilgestaan bij de toegevoegde waarde van een eigen code.

2. De Code: geschreven voor beursvennootschappen

In art. 2:391 lid 5 BW wordt de Code voorzien van een wettelijke basis. Voor de formele inwerkingtreding dient de huidige Code evenals de vorige versies te worden aangewezen als een in dat artikel bedoelde gedragscode over de naleving waarvan beursgenoteerde vennootschappen verplicht zijn in hun jaarverslag mededeling te doen. Voor de niet-beursgenoteerde vennootschappen is geen na te leven gedragscode aangewezen. In de toelichting op het besluit ten aanzien van de Code Tabaksblat merkt de minister op dat een wettelijke verplichting overbodig is bij vennootschappen waarvan effecten niet beursgenoteerd zijn. Gelet op de nauwe band die in de regel in deze vennootschappen tussen kapitaalverschaffers en bestuurders/toezichthouders bestaat, zijn de aandeelhouders goed in staat om informatie te verkrijgen.^[2]

De preambule van de Code meldt dat de Code een richtsnoer geeft voor effectieve samenwerking en bestuur. Met governance wordt bedoeld op de manier waarop binnen een rechtspersoon de zeggenschapsverhoudingen tussen de diverse organen (bestuur, intern toezicht en

leden/aandeelhouders) zijn geregeld en de manier waarop over de uitoefening van die zeggenschap verantwoording wordt afgelegd. Governance gaat over besturen en beheersen, over verantwoordelijkheid en zeggenschap en over toezicht en verantwoording. Het doel van de Code is het met of in relatie tot wet- en regelgeving bewerkstelligen van een deugdelijk en transparant stelsel van checks and balances binnen Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen.

Naarmate de afstand tussen aandeelhouders en de vennootschap groter wordt krijgt het bestuur – betrokken bij de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming – meer macht. Over de manier waarop het bestuur daarmee omgaat, dient het verantwoording af te leggen aan RvC en algemene vergadering. Door te zorgen voor goed geïnformeerde aandeelhouders wordt het informatievoordeel van het bestuur ten opzichte van aandeelhouders verkleind. Deze klassieke tegenstelling (ook wel aangeduid als het ‘principal-agent’ probleem) kreeg in de Code Tabaksblat veel aandacht. De nadruk lag op het verstevigen van de positie van de aandeelhouders(vergadering). Inmiddels staat het beperken van de aandeelhoudersrechten en het creëren van lange termijn waarde weer meer in de aandacht.^[3] Ook is er in de herziene versie van de Code meer aandacht voor gedrag en cultuur om ‘afvinkgedrag’ te voorkomen.^[4]

De Hoge Raad heeft (vorige versies van) de Code aangemerkt als uiting van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging die mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid waarnaar volgens art. 2:8 BW de betrokkenen bij de vennootschap zich jegens elkaar moeten gedragen; en (ii) aan de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder op grond van art. 2:9 BW gehouden is.^[5] Een dergelijke uiting van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging kleurt de eisen van de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW). Ook in de preambule van de Code wordt opgemerkt dat de principes uit de Code kunnen worden opgevat als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. De best practice bepalingen zijn dan een invulling van die algemene beginselen.

Of deze heersende algemene rechtsovertuigingen ook gelden voor niet-beursgenoteerde vennootschappen wordt uit de hiervoor genoemde jurisprudentie niet duidelijk.^[6] Voor regels uit de Code die specifiek betrekking hebben op problematiek van beursvennootschappen, zoals bepalingen over beloning (hoofdstuk 3 van de Code), is dit geen groot issue. Over de status van regels over meer basale onderwerpen van bestuur en toezicht kan gemakkelijker onduidelijkheid ontstaan.

3. Toepassing Code op niet-beursgenoteerde ondernemingen

Voor niet-genoteerde ondernemingen kent de Code geen wettelijke basis. De normen uit de Code betreffen daarvoor dus ook geen daadwerkelijk afdwingbare verplichtingen, tenminste niet op grond van het feit dat de norm is opgenomen in de Code. De vraag dringt zich op of via de inkleuring van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid door middel van concrete uitwerkingen van goede governance, de bepalingen uit de Code niet alsnog – indirect – van toepassing zijn op niet-beursgenoteerde vennootschappen.^[7] Met name na het verschijnen van een nieuwe versie van de Code worden bestuurders en toezichthouders bij niet-beursgenoteerde ondernemingen dan ook stevast gewezen op de zogenoemde ‘reflexwerking’ van bepalingen uit de Code en gewaarschuwd de bepalingen uit de Code niet lichtzinnig in de wind te slaan.^[8] Met reflexwerking wordt bedoeld op het feit dat, hoewel er in eerste instantie niet voor opgesteld, bepalingen uit de Code ook van toepassing kunnen zijn op niet-beursgenoteerde ondernemingen.

Met name relatief open normen als de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de behoorlijke taakvervulling van art. 2:9 BW lenen zich – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – voor inkleuring door de concrete gedragsnormen uit de Code. Ook dan zijn bepalingen uit de Code allereerst indicaties van goed ondernemingsbestuur (zoals ook blijkt uit de term ‘best practice’). De Code is er niet om rechtsvragen te beantwoorden, maar om een leidraad te bieden voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.^[9] De Code is bedoeld als een richtsnoer en als aanknopingspunt voor de dialoog binnen de onderneming, en niet als een set met juridisch afdwingbare regels ‘boven op’ de wettelijke regels.^[10] Afwijking daarvan resulteert niet vanzelfsprekend in slechte governance, laat staan in wanbeleid of onbehoorlijke taakvervulling.^[11] De rechter zal in voorkomende gevallen steeds duidelijk moeten vaststellen waarom een bepaalde norm als rechtsnorm heeft te gelden, naast het feit dat het ook een best practice regel in de Code vormt. Niet-naleving van bepalingen uit de Code kan bij niet-beursgenoteerde ondernemingen hooguit een bijkomend argument vormen bij verwijten van onbehoorlijk bestuur of wanbeleid.^[12] De term reflexwerking moet echter niet te letterlijk genomen worden. Voor goed ondernemingsbestuur van een beursvennootschap zijn andere dingen van belang dan voor goed ondernemingsbestuur van een MKB-bedrijf. Een one-size-fits-all benadering van de Code doet geen recht aan de grote verschillen in omvang, rechtsvorm, betrokken personen en omstandigheden tussen ondernemingen. Terughoudendheid is dus geboden.^[13] Bij de ruimte voor eventuele reflexwerking van bepalingen uit de Code speelt de mate waarin de onderneming in kwestie overeenkomt met een beursvennootschap een rol. Hoe meer besloten het karakter van de onderneming, hoe minder relevant de regels van de Code zullen zijn. In besloten constellaties staat de vrijheid van de onderneming voorop om de structuur en organisatie naar eigen inzicht in te richten. Het vennootschapsrecht biedt daar ook mogelijkheden toe, die met de Wet Flex-BV zijn verruimd. Meer impact voor governancebepalingen uit de Code is denkbaar bij ondernemingen die aandelen hebben geplaatst buiten besloten kring.

Dat reflexwerking van bepalingen uit de Code bij (familie)vennootschap met een besloten karakter niet te snel aangenomen moet worden, bevestigde de Ondernemingskamer in een recente uitspraak waarin was aangevoerd dat sprake was van een gebrekkige governancestructuur in een familievennootschap vanwege dubbele petten bij een certificaathouder, commissaris en bestuurder. De Ondernemingskamer overweegt dat in dit geval van een familievennootschap in een besloten verhouding de Code toepassing mist en dat voor de bepleite reflexwerking van de Code evenmin plaats is.^[14] Daarbij hecht de Ondernemingskamer waarde aan het feit dat de familie ervoor gekozen had de onderneming zo te structureren dat de uiteindelijke feitelijke zeggenschap over de groep materieel berustte – door middel van staken – bij het bestuur van de Stichting Administratiekantoor.

4. Relevantie Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen

Bovenstaande betekent uiteraard niet dat de Code irrelevant is voor niet-beursgenoteerde ondernemingen met een besloten karakter, zoals de meeste MKB-ondernemingen. De Code kan fungeren als een nuttige voorspeller van toekomstige regelgeving. Het kan voor een niet-beursgenoteerde onderneming nuttig zijn daar reeds op te anticiperen. Daarnaast vormt de Code een bruikbare checklist bij het vormgeven van de organisatiestructuur van de onderneming.

Ook draagt de Code bij aan de concretisering van de open normen van art. 2:8 en 2:9 BW, de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Samengevat komen de beginselen neer op *zorgvuldigheid* en *loyaliteit*. Onder zorgvuldigheid vallen transparantie, openheid en tijdig informeren van aandeelhouders. Loyaliteit houdt in dat het belang van de vennootschap voorop moet staan.^[15] Zoals bij ieder besluit zal steeds een zorgvuldige afweging van belangen dienen te worden gemaakt en zal steeds in het belang van de onderneming dienen te worden gehandeld.

Daarnaast dienen functionarissen bij een niet-beursgenoteerde onderneming rekening te houden met rechtstreekse toepassing van gedragsnormen uit de Code voor zover het bepalingen betreft die tevens wettelijk zijn verankerd.^[16] Een zekere overlap is onvermijdelijk, aangezien boek 2 van het BW regels bevat over de formele bevoegdheidsverdeling tussen de organen van de vennootschap, het functioneren van de algemene vergadering en de individuele rechten van aandeelhouders. De Code kan daarbij aanvullende eisen stellen of wetgeving nader invullen. Denk bijvoorbeeld aan de informatievoorziening door het bestuur (Principe 2.4 en art. 2:251 BW) en de tegenstrijdig belangregeling (Principe 2.7 en art. 2:249 en 2:250 BW). Strikt genomen is hier geen sprake van reflexwerking. De verbindendheid van de betreffende governancenormen komt immers niet voort uit het feit dat die bepalingen deel uitmaken van de Code. Het betreft bepalingen die het (reeds) geldende recht weergeven.

Tot slot zijn er de gevallen waarin de onderneming zichzelf in een eerder stadium (al dan niet vrijwillig) gebonden heeft aan naleving van (bepaalde bepalingen uit) de Code. Daarmee zijn verwachtingen gewekt die nagekomen dienen te worden. Denk aan de diverse sectorspecifieke governance codes, vaak geïnspireerd door de Code.^[17] Regelmatig wordt ook vrijwillig naleving van de Code toegezegd door niet-beursgenoteerde ondernemingen. Ook bij het opstellen van interne reglementen voor bestuur en RvC wordt dankbaar geput uit de Code.^[18]

5. Een eigen Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen

Regelmatig is ervoor gepleit om voor niet-beursgenoteerde ondernemingen een afzonderlijke Code op te stellen, toegesneden op de eigen ondernemingsvorm. Daar is echter minder noodzaak toe, onder meer omdat het principal-agentprobleem bij een besloten onderneming veel minder speelt. De afstand tussen aandeelhouders en bestuur is immers veel minder groot.

Het lastige aan een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen is bovendien dat de niet-beursgenoteerde ondernemingen bepaald geen homogene groep vormen. Het verschil tussen een DGA die zijn eigen onderneming drijft en een concern als Jumbo met een familie als grootaandeelhouder is groot, ondanks het feit dat het in geen van beide gevallen een beursvennootschap betreft. Governancebepalingen die voor deze bonte verzameling ondernemingsvormen gelding hebben zullen automatisch vrij algemeen van aard zijn.^[19] België en Duitsland kennen een onverplichte Code voor de niet-beursgenoteerde ondernemingen. De Belgische code (de Code Buyse II) geldt voor alle private ondernemingen in België (inclusief familiebedrijven).^[20] Om de grote diversiteit binnen de doelgroep te ondervangen, maakt de Code Buyse II onderscheid tussen vier groeifasen van de onderneming, met oplopende vereisten van corporate governance. De aanbevelingen voor ondernemingen in de eerste fase (deugdelijk ondernemen) hebben echter een hoog opendeurgehalte, waarvan het de vraag is of vastlegging in een code noodzakelijk is.^[21] Een alternatief is een eigen code voor elke bepaalde groep

ondernemingen.^[22] Het is de vraag of dat – naast de wildgroei aan sectorgerelateerde codes – de duidelijkheid bevordert.

6. Conclusie

De Code is geschreven met het oog op beursgenoteerde vennootschappen en bevat daarop toegesneden governancebepalingen. Voor niet-beursgenoteerde ondernemingen bevat de Code geen bindende normen. Naarmate het karakter van de onderneming minder besloten is, neemt de relevantie van de Code toe. Van belang is dat ondernemingen zich rekenschap geven van de manier waarop de organisatie is ingericht. Een citaat uit een onderzoek naar ondernemingsbestuur bij familiebedrijven illustreert dit treffend:

“Wij volgen de Code Tabaksblad nauwgezet, behalve als wij vinden dat de richtlijnen onzinnig zijn.”^[23]

Het vastleggen van governancenormen in codes hoeft bovendien niet per se betere governance op te leveren. Zo wijst Bier erop dat goede governance vooral een resultaat is van degenen van een organisatie, het gemoed van de mensen die er werken en of ze zich gewaardeerd, gehoord en gerespecteerd voelen.^[24] Het praktisch nut van een Code zit hem er in mijn ogen meer in dat daarmee het besef van het belang van een goede corporate governance toeneemt. De richtlijnen en aanbevelingen in een Code kunnen praktische handvatten bieden voor het vormgeven of professionaliseren van de organisatiestructuur.

Voetnoten

[1]

Harmen de Kraker is advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

[2]

Toelichting op het besluit om de Nederlandse corporate governance code als gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW aan te wijzen (*Stb.* 2003, 747).

[3]

Voor een overzicht van de ontwikkeling van de Code door de jaren heen naar aanleiding van het consultatiedocument voor herziening van de Code van 11 februari 2016, zie Honée, ‘Corporate governance, een vogelvlucht’, *Ondernemingsrecht* 2016/67 en Koster, ‘De herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code; enkele observaties’, *WPNR* 2016/7112.

[4]

Zie bijvoorbeeld Principe 2.5 en 2.6.

[5]

HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/228 (*ASM*).

[6]

Genoemde beschikkingen inzake ABN AMRO en ASMI betroffen beursgenoteerde vennootschappen.

[7]

Zie bijvoorbeeld J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:175 BW, aant. 4.7, J.H.M. Willems, Aspecten van class action en public interest litigation in de enquêteprocedure, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), ‘Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004’, *Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*, deel 75, Kluwer, Deventer 2004, p. 431-441. en S.W.A.M. Visée, ‘Het rechtskarakter van de Code Tabaksblad’, in: F.B. Falkena e.a. (red.), *Markten onder toezicht*, Deventer, Kluwer 2004, p. 279-287.

De laatste meent dat reflexwerking van de Code zich ook uitstrekt tot andere rechtspersonen die een onderneming (kunnen) drijven, zoals een coöperatie of een stichting.

[8]

Zie bijv. B. Vroom, 'Code Tabaksblat vereist pro-actieve houding MKB', *VVP Weekblad voor financiële dienstverleners*, nr. 40, 29 september 2004, p. 24 en 25.

[9]

Aldus de Minister naar aanleiding van de Code Tabaksblat in de nota van toelichting bij het besluit van 23 december 2004, *Stb.* 2003, 747, als gewijzigd door besluit van 21 november 2006, *Stb* 2006, 663.

[10]

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Hoe juridisch is corporate governance?', in: Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (VDHI nr. 133) 2016/27.

[11]

Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, *Van de BV en de NV*, 2013, p. 381.

[12]

Zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 november 2005, *JOR* 2006/5 en Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 oktober 2006, *JOR* 2007/9. (*UMI*), Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 juli 2006, *ARO* 2006/137 (*TCA*), HR 29 juni 2006, *JOR* 2007/169 (*Bruil*). Ook in Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, *ARO* 2015/232 (*Meavita*) verwijst de Ondernemingskamer 'ter vergelijking' naar de Code (r.o. 6.36).

[13]

Zie ook M.W. Josephus Jitta, '(G)Een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen?', *Ondernemingsrecht* 2007/135 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Hoe juridisch is corporate governance?', in: Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (VDHI nr. 133) 2016/27.2.5.

[14]

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 9 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5595.

[15]

E. Soerjatin in 'Corporate governance allang verplicht in MKB', *De Accountant*, september 2006, p. 53. M. Holtzer spreekt in hetzelfde artikel over de "algemene regels voor fatsoenlijk ondernemen".

[16]

Voor een overzicht van overlap tussen bepalingen in de Code en de wet zie figuur 10 in par. 4.2 van het Monitoring Rapport 2013 (p. 37).

[17]

Zie bijvoorbeeld de Governance Code Cultuur, de Code Goed Bestuur voor Goede Doelen, de Governancecode woningcorporaties, de Code pensioenfondsen, de Zorgbrede Governance Code en diverse governance codes in de onderwijssector.

[18]

Zie voor een inventarisatie van de bepalingen uit de Code die volgens de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging ook invloed hebben op niet-beursgenoteerde rechtspersonen: B. Bier, '(G)een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen?', in: Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (VDHI nr. 133) 2016/4.5.

[19]

Kritisch over de one-size-fits-all oplossing van een corporate governance code voor verschillende soorten ondernemingen: E. Vermeulen, 'De toekomst van corporate governance: niet-beursgenoteerde vennootschappen?', in: *Jaarboek Corporate Governance* 2012/3.

[20]

Code Buysse II, Corporate Governance, aanbevelingen voor niet-beursgenoteerde ondernemingen, juni 2009.

[21]

Bijvoorbeeld het besteden van aandacht aan een goede relatie met de bank en de fiscus.

[22]

Denk aan de NCR Code voor coöperatieve ondernemingen van 22 mei 2015.

[23]

Onderzoek Baker Tilly Berk, Nyenrode en ING, Goed ondernemingsbestuur bij familiebedrijven, p. 127.

[24]

B. Bier, '(G)een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen?', in: Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (VDHI nr. 133) 2016/4.6.