

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	135
Publicatiedatum	31-01-2004
Afleveringsnummer	6563
Titel	Privaatrecht Actueel, een krabbend anker
Auteurs	Prof. mr. G. van Solinge, Hoogleraar te Nijmegen; Mr. R. Nowak, Universitair docent te Nijmegen en advocaat te Amsterdam. Corporate governance
Trefwoorden	Structuurregeling Tabaksblad Vennootschapsrecht
Paginnummers	65-66
Rubriek	Artikel



WPNR 2004(6563) Privaatrecht Actueel, een krabbend anker

Privaatrecht Actueel, een krabbend anker

Enkele vragen bij de "verankering" van de code-Tabaksblad

1. De Nederlandse corporate governance code van de Commissie-Tabaksblad ('Code') wordt verankerd in de wet. In Boek 2 BW komt een bepaling inhoudende dat bij algemene maatregel van bestuur een na te leven gedragscode kan worden 'aangewezen'. Deze bepaling heeft de minister van Justitie op 28 augustus 2003 in het wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling gefietst (Kamerstukken 28 179). Nadat de minister had toegezegd dat de amvb vooraf bij de Kamers ter inzage zou worden gelegd, heeft de Tweede Kamer met de bepaling ingestemd. Gaat het hier om delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een particuliere commissie (vgl. de standaardregeling van art. 6:214 BW)? En betekent dit dan dat de Code-bepalingen tot algemeen verbindende voorschriften worden gepromoveerd? De beantwoording van die vragen laten wij graag aan de staatsrechtgeleerden over. Maar als dat zo zou zijn, dan levert het ten onrechte niet of onjuist toepassen van Code-bepalingen strijd met de "wet" op in de zin van artikel 2:14 BW dan wel met een "dwingende wetsbepaling" in de zin van art. 3:40 BW. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest, behalve bij dwingende bepalingen die uit Boek 2 zijn overgenomen of juist daarin dienen te worden opgenomen. En natuurlijk bij de verplichting om te verklaren dat de Code wordt uitgevoerd dan wel daarvan wordt afgeweken (*'apply or explain'*). De wetgever zou er goed aan doen, dit punt te verduidelijken.

2. Wat kan een bij de vennootschap betrokkene doen tegen onjuiste toepassing van Code-bepalingen en tegen niet-toepassing zonder (adequate) motivering? Dat hangt mede af van de vraag of de desbetreffende Code-bepalingen *rechtsnormen* bevatten. In de recente Timmermanbundel (Serie Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 44) doet Winter in een soort "persoonlijke" toelichting op de Code - een curiosum - alles eraan om het "rechtsnormkarakter" van de Code-bepalingen te relativiseren. De voorzitter van de Ondernemingskamer heeft daarentegen onlangs bepleit dat de toepassing van Code-bepalingen aan eenvormige rechterlijke toetsing via een aparte rechtgang dient te worden onderworpen. Gezien de dichte juridische mist die nog steeds rond de Code hangt (zelden was het *lawyers' paradise* zo dichtbij), is een heldere sloopshoorn inderdaad dienstig. De in de

Verantwoording bij de Code gesuggereerde enquêteprocedure achten wij in dit verband onvoldoende zolang de 10%-drempel wordt gehandhaafd.

3. De Code stelt voorop dat de algemene vergadering van aandeelhouders ('AvA') met de jaarlijkse corporate governance verklaring moet instemmen. Stel dat de vennootschap een Code-bepaling niet heeft toegepast en de AvA daarmee niet akkoord is. Indien de vennootschap vervolgens weigert de verklaring aan te passen, dan kunnen bij de vennootschap betrokkenen een vordering op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW instellen. Dit geldt, menen wij, ook voor een overstemde aandeelhouder met een redelijk belang in het geval de meerderheid wel instemt met de verklaring. De Verantwoording bij de Code zegt verder dat een aandeelhouder *vernietiging van besluiten* kan nastreven. Daarmee lijkt te worden bedoeld - maar zeker is dit niet - op besluiten genomen op grond van of volgend op niet of verkeerd toegepaste Code-bepalingen. De vraag is dan op welke vernietigingsgrond een betrokkene (met voldoende belang) een dergelijke actie dient te baseren. Het dichtst in de buurt komt strijd met de redelijkheid en de billijkheid, maar het zou zuiverder zijn als de wetgever hiervoor in art. 2:15 BW een speciale vernietigingsgrond in het leven zou roepen.

4. Een vraag is bij dit alles nog of de vennootschap van *elke* Code-bepaling mag afwijken. De Verantwoording bij de Code - die overigens volgens de Preamble bij de Code niet deel uitmaakt van de Code - lijkt daarvan uit te gaan met betrekking tot *best practice bepalingen*. De Preamble bij de Code (die zichzelf wel tot onderdeel van de Code bestempelt,) gaat impliciet ervan uit dat afwijking van de *principes* niet mogelijk is. Winter signaleert dit onderscheid in de genoemde "persoonlijke" toelichting op de Code maar lijkt zich vervolgens daarvan te distantiëren. Mede op grond van de bepaald niet consistente verhouding tussen *principes* en *best practice bepalingen* zouden wij menen dat ook van principes kan worden afgeweken, uiteraard tenzij deze (in Boek 2 neergelegde of neer te leggen) dwingendrechtelijke bepalingen bevatten.

5. De Code gaat uit van beursvennootschappen met een (verplicht of vrijwillig ingestelde) raad van commissarissen ('RvC'), de zgn. *two-tier board*. Terloops introduceert de Code de *one-tier board* in ons recht: het Anglo-Amerikaanse model waarbij de executives en de non-executives in één orgaan zitting hebben. Wat als een Nederlandse beursvennootschap geen RvC (en geen one-tier board) heeft? Dat laatste is thans het geval bij een handvol Nederlandse beursvennootschappen. Worden deze vennootschappen verplicht een RvC in te stellen? En een stap verder: kan een beursvennootschap die wel een RvC heeft maar daartoe niet verplicht is (d.w.z. geen structuurvennootschap is), de RvC opheffen? Gezien de uitbreiding van RvC-taken in de Code zou een dergelijke stap tot een aanzienlijke kostenbesparing leiden.

6. Een paar bepalingen van de Code richt zich tot de institutionele belegger en het administratiekantoor ('AK'). Enkele grote beleggers hebben al te kennen gegeven niet veel te voelen voor de nieuwe verantwoordelijkheden die de Code aan hen oplegt. De besturen van administratiekantoren zullen in het naderende vergaderseizoen voor de vraag worden gesteld in hoeverre zij zich aan de Code gebonden achten. De Code is niet erg duidelijk over de grondslag van een rechtstreekse binding van deze partijen. De verankering van de Code in Boek 2 BW via de jaarrekening van de vennootschap voldoet niet. Wellicht dat de redelijkheid en billijkheid die de vennootschap en degenen die bij haar organisatie zijn betrokken jegens elkaar in acht moeten nemen (art. 2:8 BW), uitkomst kunnen bieden. Die betrokkenheid moet er dan wel een krachtens de wet of de statuten zijn.

7. De Code is van toepassing op vennootschappen met statutaire zetel in Nederland, ongeacht waar de effecten zijn genoteerd. Tientallen Nederlandse vennootschappen hebben naast een notering aan Euronext Amsterdam een notering aan een of meer buitenlandse beurzen. Dit kan leiden tot een cumulatie van toepasselijke corporate governance codes. Kan zo'n vennootschap nu volstaan met de verklaring dat zij de Nederlandse Code niet toepast omdat zij een buitenlandse code verkiest? Dan zou een deel van *lex societatis* van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap bestaan uit regels van buitenlands recht. Voor zover het gaat om het inwendig bestel van de vennootschap - en daar gaat de Code grotendeels over - is rechtskeuze echter niet mogelijk (art. 3 Wet conflictenrecht corporaties). Zeer goed denkbaar is echter dat de vennootschap niet vrijwillig, maar verplicht een buitenlandse code toepast, omdat de buitenlandse beurs naleving daarvan als voorwaarde voor notering stelt. Dan zouden die buitenlandse regels, bij wijze van voorrangsregels, de regels van de *lex societatis* opzij zetten. Corporate governance codes zullen in het algemeen echter te 'licht' zijn om als voorrangsregels in het internationaal privaatrecht dienst te doen. Een andere mogelijkheid is dat per onderdeel de meest strenge regel wordt toegepast, maar dat leidt tot een lappendeken. Al deze i.p.r.-problemen zijn slechts op supra-nationaal niveau echt goed op te lossen. Intussen zou in het Fondsenreglement hieromtrent een regeling kunnen worden opgenomen.

8. De besluitvorming omtrent de Code is al bijna een gepasseerd station. Het is te hopen dat de Eerste Kamer nog eens kritisch bekijkt of het anker van de Code voldoende houvast biedt.