

Tabaksblad is er reeds voor het familiebedrijf

Jan Achten

Reactie op het artikel van Pim van Leersum, Mijntje Lückcrath-Rovers en Niels van Zijl, Best practices voor de commissaris in het familiebedrijf wenselijk? Tabaksblad voor het familiebedrijf? Maandblad voor Accountancy en Bedrijfsconomie, jrg. 83, no. 10, oktober 2009, pp. 368-377.

Pim van Leersum c.s. stellen de vraag of *best practices* voor de commissaris van het familiebedrijf wenselijk zijn, door middel van de vragende subkop: 'Tabaksblad voor het familiebedrijf?', naar de naamgever van de voorlaatste versie van de code corporate governance voor beursgenoteerde bedrijven. Naar mijn mening is deze vraag achterhaald en is deze code er reeds, zij het in rudimentaire vorm en dat zou beter kunnen. In het navolgende zal ik dit uitwerken, daarbij het artikel volgend, zodat duidelijk wordt waar de ontbrekende schakel zit waardoor de code er nog niet zou zijn voor het familiebedrijf.

Welk normstelsel?

Onder *code-Tabaksblad* vermelden Van Leersum c.s. (p. 271) dat de code stelt dat de raad van commissarissen zich dient te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, en concluderen zij dat Tabaksblad 'zodoende' uitgaat van het stakeholdermodel. Dat is een verkeerde conclusie; Tabaksblad citeert slechts artikel 2:250(2) BW (voor de NV is dat artikel 2:140(2) BW). Tabaksblad kiest niet; hij volgt de keuze van de wetgever. Of het stakeholdermodel een juiste weergave is van de keuze van de wetgever, is enigermate diffuus, hetgeen ik probeer te illustreren met het volgende:

Van Leersum c.s. stellen in het artikel het principaalmodel (*agencytheorie*) tegenover de stakeholdertheorie: de eigenaars als belanghebbenden versus de verschillende bij de vennootschap betrokken belanghebbenden. Allereerst, de Nederlandse wetgever heeft uitdrukkelijk niet gekozen voor het principaalbeginsel. Artikel 2:9 BW verlangt van iedere bestuurder een behoorlijke taakvervulling. Hierbij staat niet met zoveel woorden (als in artikel 2:250(2) BW) dat hij zich dient te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, maar de jurisprudentie laat er geen enkele twijfel over bestaan: het belang van de rechtspersoon gaat vóór het belang van de eigenaren. Maar is de keuze gemaakt voor alle stakeholders? Zo ver gaat de wet niet; bestuurders en commissarissen dienen zich te richten op het

belang van de entiteit en dat belang zet andere belangen opzij, of het nu aandeelhouders, werknemers of welke belanghebbenden dan ook zijn. We kunnen dus beter spreken van het entiteitsbeginsel in plaats van het stakeholdermodel.

De code-Tabaksblad is weliswaar geschreven voor beursgenoteerde ondernemingen, maar de reikwijdte blijkt zich uit te strekken tot ook andere ondernemingen. Het hiervoor aangehaalde artikel 2:9 BW is erg algemeen geformuleerd en een toetsende rechter, zoals de Ondernemingskamer, zoekt naar normen. Het is vooral de Ondernemingskamer die voor de invulling van de normen de code-Tabaksblad hanteert. Op basis van deze toetsing ontsloeg de Ondernemingskamer de bestuurders van Taxicentrale Amsterdam BV (TCA). De bestuurders gingen in cassatie, maar de Hoge Raad maakte er geen woorden aan vuil: 'De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien artikel 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling.'

TCA is niet bepaald een familiebedrijf, maar het is duidelijk: de normen van de code-Tabaksblad strekken zich uit tot niet-beursgenoteerde ondernemingen, dus niet in de laatste plaats familiebedrijven.

Er is geen enkele reden te denken dat de toetsing voor bestuurders anders zou zijn dan de toetsing voor commissarissen.

Voor de volledigheid: het bv-recht wordt momenteel herzien (wetsvoorstel 31058). Het wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen en ligt nu ter behandeling bij de Eerste Kamer. In geen van de artikelen die in deze reactie genoemd worden, is in een wijziging voorzien.

Is er dus een code voor het familiebedrijf?

We kunnen (als in de kop gedaan) stellen dat Tabaksblad er reeds is voor het familiebedrijf. Maar te stellen dat de code derhalve algemene gelding heeft, gaat te ver. Artikel 2:9 BW regelt gedrag van bestuurders, net als artikel 2:250(2) BW gedrag van de commissarissen regelt. Maar de code-Tabaksblad regelt niet alleen gedrag, maar ook procedures en verantwoordingsaspecten. Dat is vooral duidelijk bij tegenstrijdig-belangkwesities. De code wil bij transacties met tegenstrijdig belang vooraf goedkeuring van de raad van commissarissen, ongeveer net als artikel 2:256 BW, maar statuten kunnen anders bepalen. De goedkeuring is geen kwestie van gedrag,

maar van procedure. Het gedrag moet ervoor zorgen dat de vennootschap niet benadeeld wordt. De code wil voorts vermelding van deze transacties in het jaarverslag met vermelding dat de desbetreffende best practice-bepalingen zijn nageleefd, met andere woorden dat de condities marktconform waren. De vermelding is geen kwestie van gedrag, maar van verantwoording.

Conclusie

Mijn conclusie op basis van het voorgaande is: Tabaksblad is er reeds voor het familiebedrijf, maar alleen wat gedrag van bestuurders en commissarissen aangaat.

Naschrift

Pim van Leersum, Mijntje Lückcrath-Rovers en Niels van Zijl

Wij danken de heer Achten voor zijn reactie op ons artikel 'Best practices voor de commissaris in het familiebedrijf wenselijk?' Hierna zullen we kort ingaan op zijn reactie. Op pagina 371 schrijven we dat Tabaksblad zodoende uitgaat van het stakeholdermodel. Dit is geen gelukkige woordkeuze geweest. Niet zozeer vanwege het gebruik van 'uitgaat van', wij schrijven namelijk niet dat Tabaksblad hiervoor zelf zou hebben gekozen en inderdaad volgt de code hierbij de door Achten genoemde wetsartikelen. Het gebruik van 'zodoende' heeft wellicht wèl voor verwarring gezorgd. In de daaraan voorafgaande zin staat namelijk dat de raad van commissarissen zich dient te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden ondernemingen, maar 'zodoende' verwijst naar de aan die zin gekoppelde voetnoot (9) waarin naar preambule 3 van de code-Tabaksblad wordt verwezen. Hierin staat dat 'De code [uit gaat] van het in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat de vennootschap een langetermijnsamenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. De belanghebbenden zijn de groepen en individuen, die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, maar ook de overheid en maatschappelijke groeperingen. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.'

Noten

¹ De Bos, A. en M. Lückcrath-Rovers (2009), Gedragscode voor Commissarissen en Toezicht-

houders. Discussiedocument. Oktober 2009. Te bestellen of kosteloos te downloaden op www.toezichtcompliance.nl/gedragscode.

Het zou zeker nuttig zijn als er een aanvullende code zou komen over hoe de code in het familiebedrijf toe te passen, vooral waar het procedures en verantwoordingsaspecten betreft. ■

J.H.J. Achten RA behaalde zijn doctoraal economie (1976) en accountantsexamen (1979) aan de Universiteit van Amsterdam. Tot zijn pensionering in 2005 was hij werkzaam bij bureau vaktechniek van BDO Accountants, alsmede hoofd stagebureau. Daarna was hij vaktechnisch beleidsmedewerker bij de NOVAA.

Hieruit blijkt ons inziens dat de code-Tabaksblad uitgaat van het stakeholdermodel. Dit wordt bevestigd in de taakopdracht van de commissie-Tabaksblad op pagina 66. Hierin staat dat de kapitaalmarkt weliswaar centraal staat, maar dat er geen afbreuk mag worden gedaan aan de positie van andere stakeholders.

Wij zijn het eens met Achten dat door middel van reflexwerking de code-Tabaksblad ook invloed heeft op niet-beursgenoteerde ondernemingen. In het artikel verwijzen wij hiervoor naar de invloed van de code-Tabaksblad (p. 368 en voetnoot 1, p. 371 en voetnoot 6, p. 372 bovenaan). Ook zijn we het eens dat de code-Tabaksblad niet overal aansluit bij het specifieke karakter van het familiebedrijf en dat daardoor een specifieke code voor het familiebedrijf wenselijk kan zijn. Graag verwijzen wij tevens naar de onlangs gepubliceerde, sectoroverstijgende Gedragscode voor Commissarissen en Toezichthouders waarin De Bos en Lückcrath-Rovers (2009)¹ suggesties doen voor onder andere (ook door Achten genoemde) procedures en verantwoordingsaspecten van goed toezicht. Bepaalde aspecten van toezicht en het daarbij passende gedrag zijn namelijk niet voorbehouden aan de soort organisatie maar zijn algemeen toepasbaar. ■

Dr. M. Lückcrath-Rovers is universitair hoofddocent bij de Master Financieel Recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, mr. drs. P. van Leersum heeft in augustus 2008 de master Financieel Recht afgerond en is advocaat te Amsterdam en mr. drs. N. van Zijl is promovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.