

Code Tabaksblat ook voor niet-beursgenoteerde ondernemingen?

De commissie Tabaksblat heeft op 1 juli 2003 haar concept voor "De Nederlandse corporate governance Code" gepresenteerd. Een lijvig document waarin 20 principes met betrekking tot goed ondernemingsbestuur staan geformuleerd. Die 20 principes worden vervolgens nog eens uitgewerkt in 124 concrete bepalingen waaraan beursgenoteerde vennootschappen zich zouden moeten houden. Het zijn groten-deels uitwerkingen van drie hoofdthema's: (verbeterde) verantwoording, toezicht en zeggenschap. Bij de presentatie van haar concept heeft de commissie Tabaksblat belanghebbenden uitdrukkelijk uitgenodigd commentaar te leveren. Dergelijk commentaar was vervolgens niet van de lucht. Eén van de meest prangende vragen die werden opgeworpen betrof de werkingssfeer van de Code. Zouden niet-beursgenoteerde ondernemingen zich ook aan de Code moeten gaan houden? In dit artikel wordt nader op die vraag ingegaan.

Drie belangrijke uitgangspunten

De Code is nog niet definitief. Betrokkenen verwachten echter niet veel wijzigingen. Uitgaande van die aanname kunnen drie belangrijke uitgangspunten genoemd worden:

- a. de Code richt zich als zodanig niét tot niet-beursgenoteerde ondernemingen;
- b. in de Code wordt echter wel een aantal wijzigingen van wet- en regelgeving bepleit, die (wellicht) ook op niet-beursgenoteerde ondernemingen betrekking zullen hebben (de zogenaamde "olievlekwerking");
- c. van de bepalingen van de Code valt te verwachten dat ze ook buiten hun directe toepassingsgebied zullen bijdragen aan een nadere invulling van de geldende normen ten aanzien van goed ondernemingsbestuur (de zogenaamde "reflexwerking").

Geen directe toepasselijkheid

Op zichzelf is begrijpelijk dat er enige verwarring is ontstaan. Zo wordt in de Code gesteld dat deze zich "primair" (maar dus niet alleen?) richt op beursgenoteerde vennootschappen. Verder wordt daarin nog overwogen, dat het merendeel van de principes ook op andere grote rechtspersonen kan worden toegepast. Nadere bestudering van de Code leert echter dat er geen misverstand mogelijk is. De Code is als zodanig uitsluitend bedoeld voor beursgenoteerde ondernemingen. In recente interviews heeft Morris Tabaksblat (de voorzitter van de commissie) dit ook expliciet bevestigd. Aldus bestaat voor niet-beursgenoteerde ondernemingen geen verplichting om de Code toe te passen. Evenmin zal men hoeven uit te leggen, waarom men de Code niet volgt. Hierbij past wel als eerste kanttekening, dat de Code omtrent een aantal aspecten niet iets nieuws bevat. Voor die aspecten geldt dat het eigenlijk alleen gaat om een vastlegging van reeds bestaande regels en principes. Ook als de Code niet zou bestaan zou men die toch al in acht moeten nemen. Voor die regels en principes geldt vanzelfsprekend dat ze ook in de toekomst voor niet-beursgenoteerde ondernemingen blijven gelden. Voor alle overige regels en principes ligt dat, zoals gezegd, anders. Dat betekent echter nog steeds niet dat niet-beursgenoteerde ondernemingen er helemaal niets van zullen merken.

Relevante wijzigingen in wet- en regelgeving

De opstellers van de Code hebben zich gerealiseerd dat de Code niet in een vacuüm terechtkomt. Er bestaat al veel regelgeving over de betrokken onderwerpen. Hier en daar is die regelgeving echter ófwel rechtstreeks in strijd met de Code, ófwel ze belemmert indirect de juiste uitwerking ervan. In verband daarmee bepleiten de opstellers van de Code in annex 1 bij de concept-Code een aantal wijzigingen in de relevante regelgeving. Een aantal van die wijzigingen zal echter vermoedelijk ook gaan gelden voor de groep van niet-beursgenoteerde ondernemingen. Dat geldt met name voor de voorstellen op de navolgende terreinen:

1. Formele aspecten van aandeelhoudersvergaderingen: het mogelijk maken om eenvoudiger/elektronisch/op afstand, op te roepen voor, deelnemen aan, stemmen op, alsmede volmacht vragen en geven voor aandeelhoudersvergaderingen;
2. Materiële aspecten van aandeelhoudersvergaderingen:
 - (i) spreekrecht externe accountant op de aandeelhoudersvergadering;
 - (ii) bindende voordrachten behoeven nog maar één naam te bevatten;

- (iii) versoepeling regeling voor stemrecht op preferente aandelen;
 - (iv) verantwoordingsplicht institutionele beleggers voor hun stemgedrag aldaar.
3. Beloningsregelingen:
- (i) beperking ontslagvergoedingen bestuurders tot maximaal één jaarsalaris;
 - (ii) verwerking kosten optieregelingen in de jaarrekening;
 - (iii) uniforme berekening van en verslaggevingsstandaard voor beloningssystemen;
4. Het in de wet vastleggen van het ambt van de secretaris van de vennootschap;
5. Het aanpakken van bestuurders en commissarissen die betrokken zijn geweest bij misleidende financiële verslaggeving;
6. De zogenaamde "Structuurregeling"; de unieke Nederlandse regeling voor, met name, de samenstelling en bevoegdheden van de raad van commissarissen bij grote vennootschappen.

Tot deze lijst behoort mogelijk ook nog het voorstel om aan een bestuurder de status van werknemer (met derhalve een zekere mate van ontslagbescherming) te ontnemen. Uit de letterlijke tekst van de aanbeveling lijkt op zich te volgen dat die voorgestelde wetswijziging alleen voor beursgenoteerde vennootschappen zou moeten gelden. Helemaal zeker is dat echter niet.

Op zichzelf betreft het een tamelijk omvangrijk pakket aan wijzigingen van wet- en regelgeving. Afgemeten aan de totale Code betreft het echter maar een fractie van alle bepalingen daarvan. Ook inhoudelijk beschouwd zullen de praktische consequenties voor de meeste ondernemingen wel meevallen. Op een enkele uitzondering na betreft het vooral een verruiming van bestaande faciliteiten en mogelijkheden. Het pakket heeft als zodanig niet heel veel van doen met die grote verzwaring aan administratieve, controle-, selectie- en verantwoordingsverplichtingen waarmee de Code geassocieerd wordt. De meer controversiële voorstellen zijn die op het gebied van de beloningsregelingen. Vooral het vastleggen van een maximale ontslagvergoeding van één jaarsalaris kreeg veel kritiek. Gevreesd wordt dat die onbedoelde consequenties zal hebben. Zo is al geopperd dat bestuurders vanwege die regel hogere basissalarissen zullen gaan verlangen. De rechtvaardiging daarvoor zou dan moeten zijn, dat men anders geen adequate ontslagvergoeding meer zou kunnen ontvangen. Een bijzonder geval betreft het geheel aan voorstellen omtrent de aanpassing van de Structuurregeling voor grote vennootschappen. Dat is een complexe materie, waar de Code ook een zekere invloed op heeft uitgeoefend. Bespreking van alle rele-

vante facetten van die problematiek gaat het bestek van dit artikel te boven. Die materie zal afzonderlijk belicht worden in een volgende aflevering van de Ondernemersbrief. Het wetsvoorstel terzake is inmiddels al door de Tweede Kamer. Ook als de Code inderdaad conform planning wordt ingevoerd per 1 januari 2004, wil dat overigens nog niet zeggen dat de genoemde regels eveneens dan al daadwerkelijk van kracht worden. Deze zullen pas gelden zodra die specifieke wetten en regels ook zijn aangepast. Verwacht mag worden dat het niet allemaal hamerstukken zullen zijn. Ten aanzien van de regels voor beloningen heeft het kabinet in ieder geval wel al de nodige daadkracht aangekondigd. Zo wil men bovenmatige optieregelingen fiscaal gaan afstraffen. Daarnaast wil het kabinet maatregelen gaan nemen die consequenties zullen hebben voor alle ontslagvergoedingen; ongeacht of ze voor bestuurders of voor andere werknemers bestemd zullen zijn.

Een bijdrage aan de nadere invulling van de geldende normen

Zoals de titel van de Code al aangeeft, geeft die eenvoudigweg regels ten aanzien van goede "corporate governance", oftewel: goed ondernemingsbestuur. Zoals hiervoor uiteengezet zullen die regels niet rechtstreeks van toepassing zijn op niet-beursgenoteerde ondernemingen. Daarmee zijn ze voor die groep echter nog niet irrelevant. Ook als regels op zich niet direct van toepassing zijn kan er toch een zekere invloed van uitgaan. Daarvan is met name sprake indien aan die regels in vergelijkbare situaties ook een zeker gewicht wordt toegekend. Men noemt dit wel de zogenaamde "reflexwerking". Die zou zich ook voor kunnen doen ten aanzien van de Code. De noodzaak van goed ondernemingsbestuur bestaat per slot van rekening voor iedere onderneming. Die regels zouden dan in feite aangeven hoe goed ondernemingsbestuur concreet moet worden ingevuld en veiliggesteld. Zo algemeen kan dat echter niet gesteld worden. Allereerst zal bekeken moeten worden hoe adequaat de bepalingen van de Code voor de desbetreffende vennootschap eigenlijk zijn. Voor goed ondernemingsbestuur van een beursvennootschap zijn namelijk hele andere dingen van belang dan voor, bijvoorbeeld, goed ondernemingsbestuur van een kleine B.V. met vijf man personeel. De mate van verwantschap met een beursvennootschap zal in beginsel bepalend zijn voor de eventuele reflexwerking van de Code. Naarmate die verwantschap geringer is zullen de regels van de Code wellicht minder relevant zijn.

Ook als ze dat wel zijn, is nog steeds een nadere afweging op haar plaats. De regels zijn per slot van reke-

ning met name bedoeld om de positie van de aandeelhouders te verstevigen en te beschermen. Daartegenover staat echter wel de aanzienlijke hoeveelheid onkosten en rompslomp die het volgen van de Code oplevert. Misschien willen de aandeelhouders wel helemaal niet dat een dergelijke prijs wordt betaald voor de verbetering van hun positie. Gecomplieerder wordt het als ze dat wel willen, maar dat er niet doorheen krijgen bij het management. Formeel is er ook dan nog niets aan de hand, nu de Code op zich niet van toepassing is. Een en ander zal echter wel een rol gaan spelen indien men het management (tevens) onbehoorlijk bestuur of wanbeleid verwijt. Naarmate de Code en de principes ervan minder in acht zijn genomen, zal dat gegeven gemakkelijker als extra argument voor dergelijke verwijten gebruikt kunnen worden. Dat het niet volgen van de Code een zelfstandige grondslag voor dergelijke verwijten zou kunnen zijn ligt minder voor de hand. Indien overigens sprake is van integer en succesvol management lijkt het niet logisch het management alleen daarop te laten struikelen. Of, met name, de

Ondernemingskamer ook deze zienswijze onderschrijft valt echter nog te bezien.

Conclusie

De Code Tabaksblad geldt alleen voor beursgenoteerde ondernemingen. De noodzakelijke aanpassingen van reeds bestaande regelgeving zullen echter wel een zekere "olievlekwerking" tot gevolg hebben. Die aangepaste regels gaan in een aantal gevallen namelijk ook voor niet-beursgenoteerde ondernemingen gelden. Of dergelijke ondernemingen de Code verder ook gaan toepassen ("reflexwerking") valt te bezien. Verwacht mag worden dat men daar in de meeste gevallen niet voor zal kiezen. In specifieke gevallen zou het management daardoor wel kwetsbaarder kunnen worden.

mr. drs. P.B. (Paulus) van den Bos
030-2121 629
p.vandenbos@cmsderks.nl
Sectie Vennootschapsrecht

ARBEIDSRECHT

Toezicht op speeltafels

Wat heeft toezicht op speeltafels in een casino nu te maken met de Wet op de Ondernemingsraden (WOR)? De ondernemer had het plan opgevat om bij wijze van proef het toezicht op speeltafels gedurende een periode van 6 maanden terug te brengen van 1 toezichthouder per 2 tafels naar 1 toezichthouder per 4 tafels, hierna: speeltafelbesluit. De Ondernemingsraad (OR) vond dat er sprake was van een wijziging van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden en/of het gebied van de veiligheid en/of een regeling die gericht is op toezicht van werknemers. De OR claimde een instemmingsrecht als bedoeld in art. 27 WOR.

Er waren 3 kwesties die speelden:

- Heeft een OR ook instemmingsrecht als het gaat om een voorgenomen proefbesluit?
- Is het voorgenomen besluit een besluit in de zin van

art. 27 WOR?

- Wat is de betekenis van een afspraak met de OR over het al of niet instemmingsplichtig karakter van een voorgenomen besluit?

De president van de rechtbank in Den Haag was er vrij vlug mee klaar. Hij oordeelde dat als het gaat om een proefbesluit een OR ook instemmingsrecht heeft. En bovendien ging het volgens de president bij het speeltafelbesluit over een besluit op het gebied van de arbeidsomstandigheden en de veiligheid. Besluiten dus in de zin van art. 27 WOR. De OR trok dus aan het langste eind.

Beroep

De ondernemer stelde beroep in bij het Hof in Den Haag. Het Hof kwam niet toe aan de kwestie of bij een proefbesluit een OR instemmingsrecht heeft. Het Hof oordeelde dat het speeltafelbesluit niet een besluit was in de zin van art. 27 WOR. Om te beginnen is het niet een besluit dat met zoveel woorden wordt genoemd in art. 27 WOR. En dat is het uitgangspunt namelijk dat in art. 27 WOR de besluiten ten aanzien van een OR instemmingsrecht heeft uitputtend zijn vermeld. Het Hof gaat verder door te overwegen dat het speeltafelbesluit niet zoveel trekken van een wel in art. 27 WOR genoemd besluit heeft dat het met een wel genoemd besluit is gelijk te stellen. Het kan best zijn dat het speeltafelbesluit invloed heeft op bijvoorbeeld de arbeidsomstandigheden maar dat het doel