

# De invloed van de Corporate Governance Code op het vermogensrecht

*Mr. P. Memelink \**

## 1 Inleiding

Twee thema's beheersten de afgelopen jaren de internationale politieke agenda's: de dreigende klimaatcrisis en de heersende financiële en economische crisis. Beide thema's leidden tot een verhit maatschappelijk debat en tot betogingen van 'de man in de straat'. Op Wall Street demonstreerden duizenden mensen voorzien van bordjes met teksten als: 'Give me my money back', en in Kopenhagen vulden de straten zich opnieuw met duizenden burgers, met spandoeken voorzien van bijvoorbeeld de tekst: 'There is no planet B'.

Beide thema's hebben invloed gehad op de vernieuwde Corporate Governance Code (hierna de Code), die op 10 december 2008 werd gepresenteerd.<sup>1</sup> Op deze Code – en zijn voorganger – is inmiddels in verschillende civiele procedures een beroep gedaan. Interessant is de vraag of een dergelijke verwijzing zoden aan de dijk zet en of de 'juridische invloed' van de Code daarbij beperkt blijft tot het ondernemingsrecht (Boek 2), of ook kan doorsijpelen naar het vermogensrecht in meer algemene en bredere zin (hierna zal ik dat aanduiden met: het 'gewone' vermogensrecht). Dit artikel beoogt inzicht te geven in de juridische status van de Corporate Governance Code. Met name wat bonussen en afvloeiingsregelingen van 'topmanagers' en bestuurders betreft, zijn de maatschappelijke opvattingen in beweging en lijkt de Code, als uiting van 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen', enige relevantie te verwerven binnen het 'gewone vermogensrecht'. De Code zou zich wellicht zelfs kunnen ontwikkelen tot 'gewoonterecht'.

Alvorens dieper in te gaan op de juridische status van de Code en zijn invloed in de juridische praktijk, eerst een korte karakterschets.

## 2 Corporate Governance Code in vogelvlucht

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om de gehele inhoud van de vernieuwde Corporate Governance Code hier

te bespreken.<sup>2</sup> Ik beperk mij tot het noemen van de belangrijkste kenmerken van de Code die relevant zijn voor de verdere bespreking van zijn juridische status en mogelijke invloed.

De Corporate Governance Code, of Code Frijns,<sup>3</sup> behelst, net als zijn voorganger de Code Tabaksblat, een gedragscode voor hen die leiding geven aan beursgenoteerde ondernemingen.<sup>4</sup> De Code bevat principes en *best practice* bepalingen die de verhoudingen reguleren tussen het bestuur van de beursgenoteerde onderneming, de raad van commissarissen en de (algemene vergadering van) aandeelhouders.<sup>5</sup> Kerngedachte achter de principes is dat zij moeten leiden tot zorgvuldige belangenafwegingen, transparantie omtrent het beleid van de onderneming en het toezicht daarop, en het afleggen van verantwoording omtrent dat beleid, alles gericht met het oog op de continuïteit van de onderneming.<sup>6</sup>

De belangrijkste onderwerpen waarop de Code zich richt zijn: (1) de taken en werkwijze van het bestuur van de onderneming, zijn bezoldiging en het voorkomen van belangenverstrengeling; (2) de taak en werkwijze van de raad van commissarissen, aanwijzingen voor het waarborgen van zijn onafhankelijkheid en deskundigheid en voor zijn bezoldiging; (3) het bevorderen van deelname aan de besluitvorming binnen de vennootschap en controle op het bestuur door de aandeelhouders door middel van het verwoorden van informatierechten en van verantwoordelijkheden van de aandeelhouders; en ten slotte, (4) regels betreffende de financiële verslaglegging en auditverplichtingen.

De Code omvat 22 'principes' die algemene richtlijnen geven en elk nader worden uitgewerkt in wat concretere '*best practices*'.

\* Mr. P. Memelink is universitair docent bij de afdeling Civiel recht aan de Universiteit Leiden. De auteur dankt Erik van Orsouw en Alex Geert Castermans voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie.

1. De code, ook wel 'Code Frijns' genoemd, is te downloaden op: [www.commissiecorporategovernance.nl/corporate\\_governance\\_code](http://www.commissiecorporategovernance.nl/corporate_governance_code).

2. Zie voor een overzicht van inhoud en wijzigingen bijv.: H.A. van Hulst & A.C. Vossen, De aangepaste corporate governance code, V&O 2009, p. 30-34 en G.T.M.J. Raaijmakers & F.G.K. Overkleef, Bestuurdersbeloning, de nieuwe Code en de kredietcrisis, Tijdschrift voor Financieel Recht 2009-2/3, p. 87-91.

3. Naar de huidige voorzitter van de Commissie Corporate Governance.

4. Zie daarover ook S.M. Bartman, De Code-Tabaksblat; een juridisch lichtgewicht, Ondernemingsrecht 2004-4, p. 123-126.

5. Zie Preamble Corporate Governance Code, nr. 3 en de hoofdstukken I-IV daarvan.

6. Preamble, nr. 7 en 8.

### 3 Voor wie en hoe geldt de gedragscode?

Op instigatie van de commissie-Tabaksblat heeft verankering van de gedragscode in de wet plaatsgevonden. Zowel de vernieuwde Code als zijn voorganger zijn bij algemene maatregel van bestuur aangewezen als 'gedragscode' in de zin van art. 2:391 lid 5 Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>7</sup> Dit houdt in dat beursgenoteerde vennootschappen verplicht zijn in hun jaarverslag mededelingen te doen omtrent de naleving van de Corporate Governance Code. Daarbij geldt de regel: 'pas toe of leg uit' (*comply or explain*). Van de vennootschappen wordt met andere woorden verwacht dat zij niet alleen kennisnemen van de gedragscode, maar hem ook naleven dan wel gemotiveerd uiteenzetten waarom van naleving wordt afgezien.<sup>8</sup> Grof gezegd, geldt ten aanzien van de geldingskracht en het bereik van de Code het volgende:

1. de gedragscode geldt voor beursgenoteerde vennootschappen en is daarmee in toepassingsbereik beperkt;<sup>9</sup>
2. de code legt een verplichting tot verslaglegging op ten aanzien van naleving of de gemotiveerde uitleg omtrent afwijking daarvan;<sup>10</sup>
3. de gedragsregels zijn niet dwingend voorgeschreven. Afwijking van de gedragscode is toegestaan.<sup>11</sup>

We hebben kortom te maken met een stelsel van niet-dwingende beginselen en gedragsnormen; 'een leidraad' die geldt voor een specifieke groep van ruim honderd (beursgenoteerde) vennootschappen.<sup>12</sup> Daarmee lijkt de Code op het eerste gezicht een beperkt bereik te hebben, maar die schijn kan bedriegen. De eerste reden daarvoor is dat ook andere bedrijven zich aan naleving van de Corporate Governance Code kunnen committeren. In de praktijk gebeurt dat ook, hoewel niet alle regels uit die Code steeds geschikt zullen zijn voor bijvoorbeeld grote coöperaties of middelgrote bedrijven. De totstandkoming van de Code Tabaksblat in 2004 leidde tot de – logische – vervolgvraag welke gedragsnormen gelden voor bestuurders van middelgrote en kleinere bedrijven, die niet onder het toepassingsbereik van de Code vallen. Kort na de invoering van de Code Tabaksblat gingen er al stemmen op om eveneens te komen tot een Corporate Governance Code

voor niet-beursgenoteerde ondernemingen.<sup>13</sup> In België bestaat een dergelijke Code inmiddels, na een privé-initiatief. Daar geldt de Code Lippens voor beursgenoteerde ondernemingen en bevat de Code Buysse aanbevelingen op het gebied van Corporate Governance voor niet-beursgenoteerde ondernemingen.

Een tweede reden om aan te nemen dat de Corporate Governance Code een ruimere invloed kan hebben dan alleen als leidraad voor bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, is dat de Code volgens de Hoge Raad uiting geeft aan 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging'.<sup>14</sup> Voor zover die opvattingen inderdaad 'rechtsovertuigingen' behelzen, wordt de Code via art. 3:12 BW ook relevant voor het vermogensrecht. Over de vraag naar die invloed zo dadelijk meer. Ik bespreek eerst een andere karaktertrek van de Code.

### 4 'Levend recht': trends in de maatschappelijke opvattingen

De Code is niet alleen in beginsel niet-dwingend, hij is daarnaast 'onbestendig' van aard. De gewoonten en gebruiken op het vlak van corporate governance zijn aan verandering onderhevig, zij bewegen mee met economische en maatschappelijke ontwikkelingen. Vandaar dat wel gezegd wordt dat de Code 'levend recht' of een 'levend document' is.<sup>15</sup>

Dit 'levende karakter' laat zich illustreren aan de hand van de vernieuwingen die de Code Frijns (2008) met zich bracht ten opzichte van de Code Tabaksblat (2004). De maatschappelijke ontwikkelingen of bewegingen in de maatschappelijke opvattingen hebben zich vertaald naar de Code Frijns.

#### 4.1 Bonussen

De vernieuwde Corporate Governance Code kent vooral aangescherpte regels op het gebied van bezoldiging. Meer dan in de vorige versie van de Code zijn deze gericht op een verband met de langetermijnresultaten en -doelen van de vennootschap en op het voorkomen van beloning van 'falende bestuurders' bij ontslag.

Sinds het uitbreken van de financiële crisis ligt het uitkeren van rianten bonussen en afvloeiingsregelingen aan bestuurders (en dan met name bankiers) onder vuur. Dat wereldwijd de maatschappelijke opvattingen over bonussen momenteel in beweging zijn, behoeft nauwelijks nadere toelichting. De kranten staan er iedere dag vol van. De Amerikaanse president Obama kiest inmiddels voor de aanval en heeft half januari een extra heffing aangekondigd voor grote banken, naar rato van hun omzet.<sup>16</sup> President Sarkozy en premier Brown kiezen voor een belasting van 50% over de uitgekeerde bonussen. Voormalig minister Bos volgde dat laatste voorbeeld niet, omdat hij al eerder maatregelen had genomen. In een brief van

7. Zie het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag, Stb. 2004, 747 en het besluit tot wijziging van dit besluit, Stb. 2009, 545.

8. Zie hierover de Nota van Toelichting bij de AMvB van 23 december 2004, Stb. 2004, 747, p. 3-4.

9. Zie Preamble Corporate Governance Code, nr. 2.

10. Preamble Corporate Governance Code, nr. 4 en Best practice I.1.

11. Aldus expliciet Principe I, laatste zinsnede: 'Uitgangspunt is de erkenning dat corporate governance een kwestie van maatwerk is en dat afwijkingen van individuele bepalingen door een vennootschap gerechtvaardigd kunnen zijn.' Zie daarover de Nota van Toelichting bij de AMvB van 23 december 2004, Stb. 2004, 747, p. 4. Het feit dat een bedrijf afwijkt van de Code, betekent echter niet dat zij – zonder nadere regeling – niet aan de Code kan worden gehouden; zie het hierna te bespreken Versatel-arrest.

12. Zo ook Bartman 2004, p. 124, die concludeert dat de Code geen *rechtsplichten* bevat en een *vrijblijvend karakter* kent.

13. Zie bijvoorbeeld het pleidooi van C.R. Huiskes & A.C. van Campen, Eigen code corporate governance voor midden- en kleinbedrijf, het Financieel Dagblad 25 augustus 2004.

14. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABN AMRO), JOL 2007, 510.

15. Zie bijv. Van Hulst & Vossen 2009, p. 34; Raaijmakers & Overkleef 2009, p. 90.

16. Zie bijv. <[www.reuters.com/article/idUSTRE60A4CP20100111](http://www.reuters.com/article/idUSTRE60A4CP20100111)>.

13 januari 2010 aan de Tweede Kamer wees hij in dit verband op het herenakkoord dat gesloten is met de financiële instellingen die staatsteun hebben ontvangen en op de in Nederland inmiddels geldende Wet Belastingheffing Excessieve Beloningsbestanddelen.<sup>17</sup> Op verzoek van de commissie van Financiën wordt momenteel bovendien onderzoek gedaan naar de mogelijkheid voor een wettelijke verankering van de bevoegdheid tot *claw back* (terughalen) van onterecht toegekende bonussen.<sup>18</sup>

Een dergelijk *claw back*-recht vond zijn weg al eerder naar de vernieuwde Corporate Governance Code en is te vinden in *best practice* II.2.11. De raad van commissarissen heeft, aldus de Code, de bevoegdheid om de variabele bezoldiging die is toegekend op basis van onjuiste (financiële) gegevens, terug te vorderen van de bestuurder. In de toelichting bij de Code wordt dit recht een *ultimum remedium* genoemd en er blijkt uit dat deze bevoegdheid zou moeten worden opgenomen in contracten met toekomstige bestuurders. De raad van commissarissen dient zich in te spannen om bestaande contracten met bestuurders op dit punt aan te passen. We zien hier dus een parallelle ontwikkeling, een beweging richting het verlenen van een *claw back*-recht, in voorgenomen regelgeving van de wetgever en reeds bestaande private regelgeving of *soft law* (de Code).

#### 4.2 Maatschappelijk verantwoord ondernemen

Een andere – internationale – trend in de maatschappelijke opvattingen is de steeds breder gevoelde noodzaak om ‘maatschappelijk verantwoord’ te ondernemen.<sup>19</sup> Het Nederlandse ministerie van Economische Zaken maakte de afgelopen jaren maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) tot een speerpunt van zijn beleid.<sup>20</sup> Het verstaat daaronder: ondernemen met oog voor mens, milieu en meerwaarde (internationaal ook wel *people, planet, profit* genoemd).<sup>21</sup> Bij het oog hebben voor de ‘mens’ moet vooral gedacht worden aan het eerbiedigen van de ILO-normen en mensenrechten,<sup>22</sup> terwijl bij milieu meer moet worden gedacht aan wat ook wel ‘duurzaam ondernemen’ wordt genoemd, ondernemen op een wijze die grondstoffen niet uitput en de natuurlijke omgeving zo min mogelijk aantast.

Deze beweging in de maatschappelijke opvattingen heeft eveneens haar weg naar de nieuwe Corporate Governance Code gevonden. Daarin is als principe opgenomen dat het bestuur verantwoordelijk wordt gehouden niet alleen voor realisatie van de doelstellingen, de strategie en de resultatenontwikkeling van de vennootschap, maar ook voor de ‘maatschappelijke aspecten van ondernemen’.<sup>23</sup> Ook de raad van commissarissen dient volgens de gedragscode bij zijn toezicht op het beleid van bestuur en onderneming deze ‘maatschappelijke aspecten’ te betrekken.<sup>24</sup>

De omschrijving van de ‘gedragsnorm’ die in dit opzicht aan de bestuurders van de beursgenoteerde onderneming wordt opgelegd, is rijkelijk vaag. Zij lijkt op het eerste gezicht daarom niet erg invloedrijk of leidend. Een gevolg van een dergelijk beschrijven van gedragsnormen (een gedragscode of protocol) is echter dat de beschrijving van de regels of gedragsnormen weer zelfstandige betekenis krijgt. De formulering van dergelijke of leidende gedragsnormen, zoals in de Corporate Governance Code is geschied, vraagt zelf weer om interpretatie.<sup>25</sup> Met andere woorden, nu de gedragsnorm met zoveel woorden is opgeschreven, zal zij in het concrete geval noodzakelijkerwijs invulling en interpretatie behoeven.

Die concrete invulling komt wellicht sneller aan de orde dan menigen zou hebben vermoed, nu de Rechtbank Den Haag zich onlangs bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van een door Milieudefensie en twee Nigeriaanse gedupeerden van olieverontreiniging in Nederland ingestelde vordering tegen Shell Petroleum Development Company of Nigeria en moedermaatschappij Royal Dutch Shell.<sup>26</sup> De rechtbank zal zich dan ook moeten gaan buigen over de ingestelde vorderingen,<sup>27</sup> kort gezegd: een verklaring voor recht dat Shell onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eisers en vorderingen tot vervanging van verouderde delen van de oliepijpleiding nabij Oruma (Nigeria), sanering van vervuilde gebieden en voorkoming van toekomstige milieuschade. Het zou mij niets verbazen indien de eisers ter ondersteuning van hun vorderingen zullen wijzen op Principes II.1 en III.1 van de Corporate Governance Code 2008. Alleen al met het oog daarop is het interessant om na te gaan in hoeverre die principes regels van ‘ongeschreven recht’ of ‘beschreven gewoonterecht’ kunnen behelzen. Of een beroep op dergelijk ongeschreven recht – voor zover dat met betrekking tot milieuschade door ondernemingen al mocht bestaan – voldoende zal zijn voor een doorbraak van de eventuele aansprakelijkheid van de dochter- naar de moedermaatschappij, is uiteraard een andere vraag.

17. Wet van 11 december 2008, Stb. 2008, 547 (van kracht sinds 1 januari 2009).

18. Brief aan de Tweede Kamer d.d. 12 januari 2010, te raadplegen via: <www.minfin.nl/Actueel/Kamerstukken/2010/01/Wettelijke\_verankering\_claw\_back>.

19. Dat de trend internationaal is, moge blijken uit de door de OESO ontwikkelde richtlijnen voor multinationals betreffende maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zie: <www.oesorichtlijnen.nl> en bijv. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 201 e.v.

20. De Nederlandse overheid onderschrijft bijvoorbeeld de in de vorige noot genoemde OESO-richtlijnen.

21. Zie bijv. het Rapport van de Commissie Burgmans gemaakt in opdracht van EZ: ‘Geborgd of verborgen. Maatschappelijk verantwoord ondernemen in Corporate Governance’, oktober 2008.

22. Zie daarover in het bijzonder A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht of De eigenschappen van perensap* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

23. Corporate Governance Code, Principle II.1. Zie daarover ook de toelichting sub 9 en 15.

24. Corporate Governance Code, Principle III.1.

25. Zie daarover reeds P. Scholten, mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel \* (derde druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 110-111.

26. Rb. Den Haag 30 december 2009, LJN BK8616.

27. Partijen hebben ter zitting aangegeven geen behoefte te hebben aan tussentijds hoger beroep in het incident, zie sub 3.9 van het vonnis.

#### 4.3 Toekomstige ontwikkelingen

De nieuwste trend in de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen lijkt te zijn om een koppeling te maken tussen de twee hiervoor genoemde onderwerpen. De *beloningsstructuur* binnen (grote) ondernemingen zou gekoppeld moeten worden aan *maatschappelijk verantwoord ondernemen*. Mede op verzoek van het ministerie van Economische Zaken is door de Vereniging van Beleggers voor Duurzame Ontwikkeling onlangs een handleiding ontwikkeld voor het koppelen van beloningen van ondernemingsbestuurders aan de duurzaamheidsprestaties van de onderneming.<sup>28</sup>

De particuliere initiatieven en de maatschappelijke ontwikkelingen gaan de politiek wat de bonussen van bestuurders betreft echter kennelijk niet snel genoeg. Inmiddels is een wetsvoorstel aanhangig dat bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap niet langer aangemerkt zal worden als een arbeidsovereenkomst.<sup>29</sup> Met dit wetsvoorstel beogen de indieners te voorkomen dat voormalig bestuurders een beroep kunnen doen op de kantonrechttersformule en zodoende een hogere vertrekvergoeding kunnen meekrijgen dan maximaal éénmaal het 'vaste deel' van het jaarsalaris, zoals bepaald in *best practice*-bepaling II.2.8 van de Corporate Governance Code.

Met het amendement willen de indieners de *leidraad* die (voor de toekomst) volgt uit de Code kennelijk tot de geldende *norm* maken. De indieners wijzen ter onderbouwing op 'recente praktijkvoorbeelden', waarin falende bestuurders met succes bij de kantonrechter een hogere vertrekvergoeding bepleitten.

### 5 De Corporate Governance Code en de rechtspraktijk

Wat is nu de status van de Code voor het positieve recht? Die status is nog niet helemaal helder. Enerzijds lijkt de rechter niet direct gebonden aan de Code, zij behelst dus niet zonder meer geldende rechtsregels. De Code (althans haar voorganger) is daarom wel een 'juridisch lichtgewicht' genoemd.<sup>30</sup> Anderzijds heeft beschrijving van de breed onderschreven gedragsregels wel degelijk juridische gevolgen en invloed op het recht, zij het op meer indirecte wijze.<sup>31</sup> De Code zou uiting geven aan de in Nederland levende rechtsovertuigingen op het gebied van corporate governance of op enig moment zelfs gewoonterrecht kunnen worden. Ik bespreek beide aspecten, die elkaar overigens geenszins uitsluiten.

28. Zie het persbericht van 19 januari 2010, te vinden op: <www.ez.nl/Actueel/Pers\_en\_nieuwsberichten/Nieuwsberichten\_2010/Januari\_2010/Koppel\_minstens\_een\_derde\_van\_bonus\_aan\_duurzaamheidsprestaties>.

29. Tweede Kamer, Amendement Weekers en Van Vroonhoven-Kok, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 10. Met dank aan mijn collega mr. Cees de Groot, die mij op dit wetsvoorstel wees. Zie over het voorontwerp voor deze regeling N. IJzerman, Evaluatierapport corporate governance code: bezoldiging van bestuurders, V&O 2008, p. 171.

30. Zie Bartman 2004, p. 123-126.

31. Zie daarover ook Bartman 2004.

#### 5.1 Geen geldende rechtsregels, maar leidraad voor gedrag

Ten tijde van het wettelijk verankeren van de Code Tabaksblat merkte de minister op:<sup>32</sup> 'Een code is er niet om rechtsvragen te beantwoorden of rechtsregels te ontwerpen, maar om een leidraad te bieden voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.' Ook de tweede geactualiseerde Code werd door de minister verwelkomd als 'gedragscode'. Hij merkt op:<sup>33</sup>

'De aangepaste code bevat breed gedragen opvattingen over corporate governance. De aangepaste code legt sterker de nadruk op beïnvloeding van het gedrag van het bestuur, de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering. De code behandelt de invulling van de verantwoordelijkheden van deze drie organen en bevordert uitdrukkelijker onderlinge samenwerking, dialoog en afstemming.'

De preambules van de opeenvolgende codes bevatten – gelijkluidende – opmerkingen met dezelfde strekking over de daarin genoemde principes en *best practices*. Ik citeer de Preamble van de Code uit 2008:<sup>34</sup>

'De principes kunnen worden opgevat als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. De principes zijn uitgewerkt in concrete best practice bepalingen. Deze bepalingen creëren een *zekere normstelling* voor het gedrag van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.'

In hoeverre die 'zekere normstelling' ook echt tot gedragsverandering zal leiden, wordt in de literatuur – en ten aanzien van de bonussen kennelijk ook door leden van de Tweede Kamer – betwijfeld.<sup>35</sup> Duidelijk is echter dat zowel de wetgever als de opstellers van de Code de werking daarvan vooral beschouwen als een interne aangelegenheid binnen de beursgenoteerde vennootschap. De Code is een *gedragscode* en niet primair geredigeerd als een document met juridische strekking.<sup>36</sup> Hij vertolkt volgens zowel de particuliere als formele wetgever echter wel 'breed gedragen algemene opvattingen'.

Dat de Code niet zonder meer geldende rechtsregels bevat waarvan de naleving rechtens afdwingbaar is, wordt geïllustreerd door een aantal uitspraken betreffende bonussen en afvloeiingsvergoedingen van 'bestuurders' van ABN AMRO.

In de eerste uitspraak waarin de kantonrechter zich moest buigen over de vraag of de eerdere afspraken omtrent bonus(sen) en afvloeiingsvergoeding met een bestuurder niet

32. Stb. 2004, 747, p. 4.

33. Stb. 2009, 545, p. 3.

34. Preamble Corporate Governance Code, nr. 4. Zie ook Preamble Code Tabaksblat, nr. 4 en 5.

35. Zie bijv. Raaijmakers & Overkleef 2009, p. 90 en G.T.M.J. Raaijmakers, Beloningsprikkel voor bestuurders en commissarissen, in: W.H. van Boom e.a. (red.), Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedrags-effecten bij privaatrechtelijke leerstukken, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 401 e.v.

36. Zo ook Bartman 2004, p. 126.

langer in stand konden blijven wegens wijziging van de maatschappelijke opvattingen en de financiële crisis, oordeelde de rechter kort maar krachtig:<sup>37</sup> ‘Voor een rechterlijke toepassing van de Code Tabaksblat bestaat geen grond; deze richt zich tot partijen bij een (bepaalde) arbeidsovereenkomst en een wettelijke vastlegging daarvan is achterwege gebleven.’

Geheel correct is de overweging van de Amsterdamse kantonrechter niet, de Code richt zich immers vooral tot hen die leiding geven aan de vennootschap en wettelijke verankering van de Code Tabaksblat had wel degelijk plaatsgevonden, zij het niet als norm, maar in de vorm van een verslagleggingsplicht. De strekking van de overweging is echter duidelijk: de Code behelst geen bindend recht.

De kantonrechter overweegt verder dat de overeenkomsten tussen de voormalig bestuurder van ABN AMRO en de bank ‘welbewust zijn aangegaan’ en dat de bestuurder in de financiële crisis en de gewijzigde maatschappelijke opvattingen aanleiding had gezien om een ruim deel van zijn contractuele aanspraken prijs te geven. Meer behoefte van hem ‘in alle redelijkheid’ niet te worden verwacht en gevegd, zodat de kantonrechter geen reden zag om de afvloeiingsregeling verder te matigen.<sup>38</sup>

Op 9 oktober 2009 volgde een negental<sup>39</sup> uitspraken tussen ABN AMRO en een ‘bestuurder’, gevoerd ten overstaan van drie kantonrechters in Utrecht. Het woord bestuurder wordt hier door mij gebruikt conform het gewone spraakgebruik, het ging om een aantal zogeheten topmanagers; niet allen waren tevens ‘bestuurder van de vennootschap’ in de zin van Boek 2 BW. Het zijn vermoedelijk deze uitspraken waaraan wordt gerefereerd door de indieners van het amendement<sup>40</sup> tot afschaffing van de arbeidsrelatie tussen ‘bestuurder’ en vennootschap.

In deze parallelle procedures deed ABN AMRO een beroep op onder andere de Code Frijns<sup>41</sup> ter onderbouwing van haar stellingen dat van haar op grond van de redelijkheid en billijkheid en onvoorziene omstandigheden (zij beriep zich onder meer op art. 6:258 en 6:248 BW) niet gevegd kon worden om haar eerdere belonings- en afvloeiingsbeleid ongewijzigd in stand te houden.<sup>42</sup> Aan alle betreffende managers was

voor het losbarsten van de kredietcrisis (in november 2007) een zogenoemde ‘retentiebrief’ gestuurd, waarin hen werd gegarandeerd dat de overname van ABN AMRO door het consortium van banken geen invloed zou hebben op het bestaande beloningsbeleid. Met de brief werd beoogd de desbetreffende managers aan ABN AMRO te binden. In de procedure verzocht ABN AMRO de kantonrechters om de bonussen en afvloeiingsregelingen van de bestuurders vast te stellen aan de hand van haar nieuwe beloningsbeleid (de nieuwe – gematigder – kantonrechtersformule) en de bonus over 2009 te maximeren. Interessant is dat volgens de kantonrechters sprake is van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).<sup>43</sup>

‘In voldoende mate is vast komen te staan dat ten tijde van het verstrekken van de retentiebrief de omvang en impact van de kredietcrisis voor ABN AMRO op zichzelf, zowel voor het bankenconsortium als voor de landelijke en wereldeconomie, niet door partijen zijn verdisconteerd.’

De rechters wijzen op de uitzonderlijke situatie waarin ABN AMRO verkeert: op het ingrijpen door de Nederlandse Staat en op het feit dat de plannen van het consortium met ABN AMRO (opsplitsing en vervlechting) van de baan zijn. Zij overwegen verder: ‘Een fundamentele herbezinning van de rol van financiële instellingen en met name van de bezoldiging van managers, is naar aanleiding van de gevolgen die de crisis zowel op micro als op macro niveau heeft, in brede kring in de maatschappij aan de orde.’

Desondanks menen de kantonrechters dat die onvoorziene omstandigheden niet van dien aard zijn dat de ‘topmanagers’ naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mogen verwachten. De rechters hechten aan de schriftelijke garantie die aan de werknemers is gegeven. Het algemeen erkende rechtsbeginsel ‘dat het gegeven woord bindt’, geeft wat hen betreft de doorslag, de kredietcrisis en alle maatschappelijk rumoer en ongenoegen over bonussen ten spijt.<sup>44</sup> Anders oordeelde echter de kantonrechter te Amsterdam over een vergelijkbare zaak tussen ABN AMRO en een lid van haar raad van bestuur.<sup>45</sup> Ook deze bestuurder deed een beroep op het bij ABN AMRO sinds lang bestaande en algemeen bekende beloningsbeleid.

De kantonrechter oordeelde ook in deze kwestie dat sprake was van geldende ‘toezeggingen’, hoewel een ‘onwrikbare overeenkomst’ over de condities van de arbeidsovereenkomst niet tot stand was gekomen.<sup>46</sup> Hij zag echter aanleiding om de vordering tot naleving van die toezeggingen op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

37. Rb. Amsterdam, sector kanton, 29 december 2008, LJN BG8560, r.o. 28 (ABN AMRO/Schmittmann).

38. Zie r.o. 30. Schmittman zag zijn vordering van € 8 miljoen bruto (ontslagvergoeding en bonus) toegewezen. Hij meende recht te hebben op € 16 miljoen en gaf dus de helft van zijn aanspraken prijs.

39. De zaken zijn parallel behandeld, de uitspraken zijn op dezelfde dag gedaan en, behoudens persoonlijke verschillen, vrijwel identiek, zie: Rb. Utrecht, sector kanton 9 oktober 2009, LJN BJ9807, BJ9942, BJ9943, BJ9950, BK0053, BK0055, BK0199, BK0224 en BK0260.

40. Het amendement dateert van 27 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 763, nr. 10.

41. Daarnaast deed ABN AMRO onder meer een beroep op het Wetsvoorstel Limitering Ontbindingsvergoeding (wetsontwerp 31 862), de Wet Excessieve Beloning, aanbeveling 2009/385/EG van de Europese Commissie, de aanbevelingen van het European Corporate Governance Forum, de motie Weekers, het rapport van de commissie Maas, en het rapport van de commissie Dijkstal uit mei 2009.

42. Daarnaast werd een beroep gedaan op de toepassing van art. 7:611 en 7:613 BW, dat niet slaagde.

43. Zie steeds r.o. 4.7 van de genoemde uitspraken van 9 oktober 2009.

44. R.o. 4.9 (zie aldaar voor een opsomming van de relevant geachte feiten en omstandigheden).

45. Rb. Amsterdam, sector kanton, 7 oktober 2009, LJN BJ9678.

46. R.o. 51.

Anders dan de Utrechtse rechters, die de negen parallelle zaken beoordeelden aan de hand van (de buitengrens van) de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid,<sup>47</sup> beoordeelt de Amsterdamse kantonrechter de zaak aan de hand van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hij betreft daarin als gezichtspunten de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen (art. 3:12 BW).<sup>48</sup> Relevant zijn volgens hem (geparafraseerd):

- het feit dat, gelet op de kredietcrisis en de verliezen bij de bank, niet langer kan worden aangenomen dat ABN AMRO een goed draaiende bank is;
- de verscherpte maatschappelijke en politieke kritiek die is ontstaan op de bonussen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen;
- het geldelijk belang van de eiser en zijn specifieke persoonlijke omstandigheden.

De kantonrechter wijst op het forfaitaire karakter van de kantonrechtformule en op de noodzaak tot het leveren van maatwerk. De afweging van alle gezichtspunten valt naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval uit in het nadeel van de bestuurder. Hij overweegt:<sup>49</sup>

‘Kort samengevat: ABN AMRO is in zwaar weer terecht gekomen. Aan de aanzienlijke staatssteun zijn voorwaarden gebonden in de vorm van invloed op de beloningen van (hogere) werknemers. De maatschappelijke opvattingen over de hoogte van bonussen en afvloeiingsregelingen zijn kritischer geworden. In het licht van die omstandigheden zou het aan eiser zijn om een concrete relatie te leggen tussen de vergoeding en zijn nadeel. Dat heeft hij nagelaten: eiser baseert zich alleen of in hoofdzaak op een toezegging die specifiek aan hem is gedaan toen de financiële en maatschappelijke omstandigheden van de bank al veranderden. Het bovenstaande afwegende acht de kantonrechter in de omstandigheden van dit geval ongewijzigde nakoming van de toezegging naar normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.’

De combinatie van de door hem – kennelijk te summier – geschetste persoonlijke omstandigheden, de slechte positie van de bank en de verandering in de maatschappelijke opvattingen, doet de vordering van deze bestuurder de das om. Daarbij speelt vermoedelijk mee dat eiser een hoge functie bekleedde bij de bank, op de hoogte was van de veranderingen in het beleid en de toezeggingen niet aan hem persoonlijk en schriftelijk, voorafgaand aan die beleidsverandering waren gedaan. De uitspraak is bijzonder, nu het de enige uitspraak lijkt waarin de afweging tussen maatschappelijke opvattingen en de betrokken persoonlijke belangen negatief uitvalt voor de betrokken werknemer.

47. Zie r.o. 4.8 van de genoemde uitspraken.

48. Rb. Amsterdam, sector kanton, 7 oktober 2009, LJN BJ9678, r.o. 51.

49. R.o. 62.

## 5.2 Uiting van de in Nederland levende rechtsovertuigingen of ‘gewoonterecht’?

Met name naar aanleiding van het ABN AMRO-arrest<sup>50</sup> en de Versatel-beschikkingen<sup>51</sup> is in de literatuur wel betoogd dat de Code zich ontwikkelt van een leidraad voor het gedrag richting een (rechts)norm.<sup>52</sup> De Code zou in deze optiek dus wel degelijk invloed uitoefenen op het civiele recht.

In het ABN AMRO-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de Corporate Governance Code naar zijn oordeel uiting geeft aan *de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging*.<sup>53</sup> De vraag die zich in deze zaak aandeed, was of het bestuur van ABN AMRO de algemene vergadering van aandeelhouders had moeten kennen (en goedkeuring had moeten vragen) in zijn beslissing om een bedrijfsonderdeel (LaSalle) te verkopen aan Bank of America. Volgens de Hoge Raad bestond die verplichting om het besluit eerst ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) voor te leggen *niet*. Hij motiveert zijn beslissing onder andere door te stellen:<sup>54</sup>

‘Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code.’

Naast de *wet* en de *Code* noemt de Hoge Raad nog het belang van de *slagvaardigheid* van het bestuur en de in het handelsverkeer vereiste *rechtszekerheid*, die zich verzet tegen het aannemen van zodanig verstrekkende bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders enkel op grond van regels van ‘ongeschreven recht’. Derden moeten erop kunnen vertrouwen dat volgens de wettelijke en statutaire regels verrichte rechtshandelingen in beginsel onaantastbaar zijn.<sup>55</sup>

De Code is dus via artikel 3:12 BW relevant voor de beantwoording van de vraag of de betrokkenen bij het bestuur van een rechtspersoon zich jegens elkaar wel overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid gedragen en of de bestuurders zich op behoorlijke wijze van de hen opgedragen taak kwijten (art. 2:8 en 2:9 BW). Hij is echter niet het enige relevante gezichtspunt op basis waarvan de rechter zijn uitspraak zal doen. Het beroep op de Code Tabaksblat zette in die zaak (daardoor) uiteindelijk weinig zoden aan de dijk.

50. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. J.M.M. Macijer.

51. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 en 612 m.nt. J.M.M. Macijer onder NJ 2007, 612.

52. Zie bijv. S.J.H.M. Berendsen & S.C.M. van Thiel, De Nederlandse corporate governance code. Van leidraad naar norm?, Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk 2007-8, p. 335-339.

53. Elders heb ik erop gewezen dat de bewoordingen waarvan de Hoge Raad zich in het arrest bedient naar mijn mening niet helemaal gelukkig gekozen zijn (zie: Memelink, 2009, p. 220). Hij hanteert een van art. 3:12 BW afwijkende terminologie door te spreken van ‘een algemene rechtsovertuiging’, waarmee hij iedere mogelijke vorm van differentiatie of pluriformiteit van opvattingen op voorhand lijkt uit te sluiten.

54. Aldus de Hoge Raad in r.o. 4.4.

55. Deze bijkomende overwegingen zijn te vinden in r.o. 4.4, derde alinea.

Dat was anders in de Versatel-beschikkingen.<sup>56</sup> Ook in de Versatel-beschikkingen waren puur vennootschapsrechtelijke verhoudingen onderwerp van geschil. Kort gezegd, en voor zover hier relevant, ging het om het volgende.<sup>57</sup> Tele2 deed in 2005 een openbaar bod op de aandelen in Versatel. Naar aanleiding van een beoogde 'driehoeksfusie' spanden de overgebleven minderheidsaandeelhouders een aantal enquêteprocedures aan bij de Ondernemingskamer. Zij meenden dat deze juridische driehoeksfusie enkel werd gebruikt om de minderheidsaandeelhouders uit de vennootschap te stoten en vreesden dat de nieuw benoemde raad van commissarissen (die geheel uit aan Tele2 gelieerde leden bestond) een tegenstrijdig belang had ten aanzien van de voorgenomen transacties. De Ondernemingskamer greep in en trof enkele voorlopige voorzieningen. De kamer benoemde tijdelijk andere commissarissen, die bij uitsluiting de bevoegdheid kregen tot besluitvorming en vertegenwoordiging ten aanzien van de beoogde fusie. In een nadere – eveneens voorlopige – beslissing van de Ondernemingskamer werd Versatel *verboden* om af te wijken van principe III.6 en de daarbij behorende *best practices*-bepalingen van de Code Tabaksblat (de bepalingen die zien op het voorkomen van tegenstrijdige belangen).

Versatel ging in cassatie van deze beslissingen, maar kreeg bij de Hoge Raad nul op het rekest. De Ondernemingskamer mocht, aldus de Hoge Raad, onder de gegeven omstandigheden de voorlopige voorziening treffen dat van principe III.6 van de Code niet mocht worden afgeweken.<sup>58</sup> De leidraad dat 'elke vorm en schijn van belangenverstremming tussen commissaris en vennootschap dient te worden vermeden', werd daarmee tussen deze partijen en onder deze omstandigheden rechtsnorm. Annotator Maeijer constateert dat de Code daarmee wat rechtskracht betreft op één lijn wordt gesteld met wet en statuten. Hij meent dat dit – gelet op de bedoeling van de Code – toch wel erg ver gaat.<sup>59</sup> Bedacht moet wel worden dat het in casu ging om het treffen van 'voorlopige voorzieningen'. Het is goed mogelijk dat afwijken van de Code in beginsel toegelaten is, maar aan het treffen van een voorlopige voorziening – waarbij de Code tussen partijen dwingend van toepassing wordt verklaard – niet in de weg staat.

Anderen hebben in hun commentaren de Versatel-beschikkingen aldus uitgelegd dat in dit geval de in Nederland levende rechtsovertuiging, zoals neergelegd in de Code Tabaksblat (thans Code Frijns), kennelijk dwingend prevaleert en invulling geeft aan de redelijkheid en billijkheid zoals die tussen de organen van de vennootschap geldt (art. 2:8).<sup>60</sup> Daarmee is die Code (of zijn bepalingen daaruit) echter niet

zonder meer ook altijd en onder alle omstandigheden een 'rechtsnorm'.

Of de in Nederland levende rechtsovertuiging ook in cassatie toetsbaar 'recht' in de zin van art. 79 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) vormen, is in de literatuur omstreden.<sup>61</sup> Volgens Schouten kan de Code inderdaad een bron van rechtsregels vormen, voor zover die regels voldoende steun vinden in de in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance en voor zover aan het aannemen van die rechtsregel niet zodanige bezwaren kleven dat afwezigheid van een wettelijke of statutaire regeling van die strekking tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid zou leiden.<sup>62</sup> Hij betoogt in feite dat beslissingen omtrent dergelijke regels 'rechtsbeslissingen' kunnen zijn en als zodanig volledig toetsbaar in cassatie. Hij spreekt zelfs de hoop en verwachting uit dat de Hoge Raad zich in een standaarduitleg van deze Coderegels zal gaan begeven, 'zoals hij ook pleegt te doen bij bepaalde veelvoorkomende wilsverklaringen of bedingen'.<sup>63</sup>

Dat het steeds gaat om 'zuivere rechtsbeslissingen' is echter niet gezegd. De Hoge Raad overweegt bijvoorbeeld in de Versatel-beschikking dat de beslissing van de Ondernemingskamer onder de gegeven omstandigheden niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd is.<sup>64</sup> Dat kan twee dingen beduiden. Of de Hoge Raad stelt aan de motivering minder hoge eisen omdat het hier gaat om 'voorlopige voorzieningen', of de formulering wijst in de richting van een zogenoemde 'gemengde beslissing' in cassatie, een beslissing die deels feitelijk, deels juridisch van aard is. Vreemd zou dat laatste niet zijn, nu rechterlijke beslissingen die een oordeel omtrent de redelijkheid en billijkheid inhouden, volgens de heersende leer stevast als 'gemengd' worden beschouwd.<sup>65</sup> De Hoge Raad *kan* dergelijke beslissingen volledig toetsen, indien hij dat zou willen.<sup>66</sup> Hij doet dat echter veelal juist niet.

Onbesproken bleef tot nu toe de mogelijkheid dat de Code zich na enige tijd zou kunnen ontwikkelen tot een moderne vorm van 'beschreven gewoonterecht'.<sup>67</sup> Volgens de heersende leer is van gewoonterecht immers sprake indien de relevante betrokkenen de algemene opvatting delen (*opinio necessitatis* of *iuris*) dat een bepaalde gedragslijn dient te worden aangehouden (*usus*). Algemeen wordt daarbij aangenomen dat sprake moet zijn van een zodanige herhaling van handelen dat in het maatschappelijk leven op voortzetting daar-

56. Een belangrijk verschil is overigens dat het in deze beschikking ging om de beoordeling van een aantal door de ondernemingskamer getroffen 'voorlopige voorzieningen'.

57. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de beschikkingen en hun implicaties bijv. Berendsen & Van Thiel 2007 en de door hen genoemde bronnen, alsmede de noot van Maeijer onder NJ 2007, 612.

58. NJ 2007, 612, r.o. 4.4 (zie ook r.o. 4.11).

59. Annotator Maeijer onder NJ 2007, 612 sub 3 laatste alinea.

60. Zie bijv. Van Thiel & Berendsen 2007, p. 337-339 en annotator S.M. Bartman in zijn noot onder de beschikkingen JOR 2007, 238 en 239.

61. Ontkennend bijv. B.T.M van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 294 en 205-207.

62. M.C. Schouten, 'Toegang tot cassatie wegens schending van de Corporate Governance Code', V&O 2004-9, p. 142-145, in het bijzonder p. 143.

63. Schouten 2004, p. 145.

64. R.o. 4.4.

65. Zie over dergelijke gemengde beslissingen uitgebreider P. Memelink, *Zwijgen wegens verstremming van recht en feiten*, in: A.G. Castermans e.a. (red.), BWKJ 25, Het zwijgen van de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2009, p. 47 e.v.

66. Zie voor een voorbeeld Hemelink 2009, BWKJ 25, p. 62-64.

67. Zie bijv. nader P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 230-246 en de aldaar genoemde bronnen.

van wordt gerekend. Interessant aan de Corporate Governance Code is met name dat de daarin verwoorde principes alom worden gepresenteerd als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. Mocht de Code (of onderdelen daarvan) trouw en breed navolging gaan krijgen, dan zullen de daarin opgenomen gedragsnormen – op zeker moment – dus hoogstwaarschijnlijk tot rechtsnorm(en) evolueren.<sup>68</sup> Invloed daarvan op de invulling van de redelijkheid en billijkheid en op oordelen omtrent maatschappelijk betamelijk handelen ligt voor de hand.<sup>69</sup>

## 6 Conclusie

Het recht kan niet zomaar voorbijgaan aan ontwikkelingen in de maatschappij. Dat wil echter niet zeggen dat maatschappelijke ontwikkelingen onmiddellijk dwingende invloed uitoefenen op het recht. Ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen, zoals de hier geschetste ontwikkelingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen en bonussen van topmanagers, vinden slechts geleidelijk hun weg naar het positieve recht. Dat gebeurt bijvoorbeeld via de in Nederland levende rechtsovertuigingen, die mede invulling geven aan de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW) en aan de maatschappelijke betamelijkheid. In hoeverre nieuwe ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen hun invloed doen gelden, zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval en de wisselwerking tussen die – gewijzigde – opvattingen en het systeem van wet en recht.

Veelal zal de verandering in maatschappelijke opvattingen een *gezichtspunt* zijn naast andere gezichtspunten, zoals de persoonlijke belangen van partijen, de rechtszekerheid, het beginsel dat een partij gebonden is aan zijn eenmaal gegeven woord, of doelmatigheidsargumenten, zoals het waarborgen van de slagvaardigheid van een onderneming. Het is aan de advocaat om zicht te houden op de richting van de maatschappelijke ontwikkelingen, de argumentatieve waarde ervan te herkennen en er waar mogelijk zijn voordeel mee te doen. Dat de Code slechts ‘gedragsnormen’ zou behelzen en ‘dus’ geen waarde voor het recht heeft, is mijns inziens te kort door de bocht geredeneerd. De juridische status van de Code is dus dat deze in beginsel – nog – geen rechtsnormen bevat,<sup>70</sup> maar wel degelijk juridisch relevant is.

Fundamenteel verandert de zaak wanneer aangetoond kan worden dat de Code (of delen daarvan) trouw en breed als geldende gedragslijn wordt geaccepteerd en toegepast (*usus*). In dat geval zal de Code (of zullen delen daarvan) zelfs moeten worden beschouwd als ‘beschreven gewoonterecht’. Die ontwikkeling zou wel eens sneller kunnen gaan dan menigeeen vermoedt, met alle daaruit voortvloeiende vragen rondom de verhouding tussen dat gewoonterecht en het ‘geschreven recht’ tot gevolg.

Met betrekking tot de Corporate Governance Code blijkt in ieder geval eens te meer de juistheid van Scholtens opmerking, dat iedere vastlegging van regels noodzakelijkerwijs leidt tot – juridische – interpretatie, zelfs al betreft het in beginsel niet rechtens afdwingende gedragsregels.

68. Tenzij uiteraard mocht blijken dat van ‘breed gedragen algemene opvattingen’ geen sprake is.

69. Zie over de relatie tussen de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162) en ongeschreven recht c.q. gewoonterecht: Asser/Hartkamp-Sieburgh 4-III (2005), De verbintenis uit de wet, nr. 44 en 51k.

70. Tenzij de rechter, zoals in de Versatel-zaak, naleving daarvan (tijdelijk) dwingend oplegt.