

Aanzet tot een gedachtevorming omtrent de status van een familieprotocol als onderlinge regeling tot samenwerking binnen de context van het structuurregime

Hoe kan een familiebedrijf binnen het grootbedrijf de flexibiliteit van haar bestuur waarborgen?

Deze vraag vormt voor de auteurs de aanleiding om te bespreken in hoeverre een familieprotocol zou kunnen worden beschouwd als een onderlinge regeling tot samenwerking. De vraag is erg actueel voor het grotere familiebedrijf, temeer omdat de trend momenteel steeds meer neigt naar een toenemende reglementering van de governance van niet alleen de openbare (beursgenoteerde) vennootschappen, doch ook van de private bedrijven die nog in veel gevallen in eigendom zijn van ondernemende families. Deze families zien deze trend eerder als een bedreiging voor een gezond bestuur, omdat daarmee hun keuzevrijheid wordt beperkt met betrekking tot de wijze waarop zij de balans bewaken tussen de belangen van de verschillende direct belanghebbenden rondom het bedrijf (management, personeel en eigenare). Ook het structuurregime wordt daarvoor als een struikelblok beschouwd, vooral als het gaat om de benoeming van het bestuur van het eigen bedrijf. In dit artikel wordt het structuurregime besproken vanuit de optiek van het familiebedrijf dat daaraan onderworpen is. Verkend wordt welke knelpunten het volledige regime voor een familiebedrijf met zich meebrengt en hoe een familiebedrijf via een onderlinge regeling tot samenwerking in aanmerking zou kunnen komen voor het verzwakte regime op basis van de bepaling ex art. 2:155a/265a BW. Overwegingen op het terrein van de familiebedrijfskunde worden in samenhang gebracht met juridische argumentatie die in de discussie ter zake wordt gehanteerd. Dit artikel is bedoeld als een aanzet om te komen tot een verbreding van de discussie over de doorwerking van het structuurregime en van de regeling tot onderlinge samenwerking naar meerdere specifieke bedrijfstypen, in casu het familiebedrijf. De auteurs beogen bovendien om het familiebedrijf een eigen plek te helpen krijgen in de algemene discussie over ondernemingsbestuur.

Inleiding

De laatste jaren wordt steeds meer aandacht gegeven aan de inrichting van de governance van een familiebedrijf, waarbij ook familie-af-

hankelijke factoren een grote rol spelen.¹ Te recht ook, omdat de familie-afhankelijke omgevingsfactoren direct en indirect ook hun invloed uitoefenen op het ondernemingsbestuur in enge (de directie) en ruime zin (de gover-



* Mr. J.R. Geerlings is partner bij Mesa-fbc, een adviesbureau en kenniscentrum voor familiebedrijven. Hij is academisch directeur van de Master of Finance Small and Medium sized Enterprises bij TIAS Nimbas Business School.



* Mr. J.F.L.P.M. Vrancken Peeters, partner bij Kneppelhout & Korthals, is gespecialiseerd in het ondernemingsrecht en insolventierecht.

1. Zie ook *TvOB*, Special Familiebedrijf, juni 2005 en *TvOB* juni 2006.

Een professioneel opererende familie streeft naar actieve betrokkenheid bij haar onderneming.

nance met inbegrip van alle bestuursorganen). In dit artikel wordt met het begrip bestuur bedoeld op de directie van het bedrijf. Vooral de familiebedrijven binnen het grootbedrijf (> 100 werknemers) maken in toenemende mate gebruik van nieuwe bestuursinstrumenten om familiespecifieke kenmerken en ontwikkelingen die voor het bedrijf relevant, zo niet essentieel zijn, goed te ondervangen. Het familieberaad en het familieprotocol vormen daarvoor twee belangrijke pijlers. Het familieberaad maakt in steeds meer gevallen deel uit van de governancestructuur en dient daarbij als vehikel om de dialoog tussen familie(eigenaren) en bestuur mogelijk te maken. In het familieberaad wordt veelal een toekomstvisie van de familie op het bedrijf vormgegeven en wordt tevens gesproken over de rol die de familie daarbij zal kunnen spelen. Door het familieberaad wordt direct (via bijvoorbeeld een afvaardiging of een plenaire zitting waarbij de directie aanwezig is) of indirect (via bijvoorbeeld raad van commissarissen (RvC), algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) of het bestuur van een stichting administratiekantoor) de dialoog met het bestuur aangegaan vanuit de ambitie om het ondernemerschap van de familie levend te houden en/of vanuit de verantwoordelijkheid die men voelt om als goed rentmeester te fungeren van het aan het bedrijf duurzaam verbonden familievermogen. Elke familie kiest daarbij haar eigen weg, passend bij de cultuur en structuur die men zich eigen heeft gemaakt. Een professioneel opererende familie streeft ernaar om tegemoet te komen aan de beginselen van het zogenoemde 'responsible ownership', oftewel beginselen waarmee men als eigenaar de continuïteit van het bedrijf op de lange termijn weet te waarborgen. Dat vraagt om een actieve vorm van betrokkenheid van de familie-eigenaren, ongeacht de afstand die men inneemt van de dagelijkse gang van zaken bij het bedrijf.² Voor de adequate uitoefening van het 'responsible ownership' is de nodige flexibiliteit vereist teneinde het bestuur regelmatig te kunnen herijken en zondig aan te passen aan gewijzigde omstandigheden naar aanleiding van bijvoorbeeld een generatiewisseling, een transitie³ of het intreden van een externe vermogensverschaffer. Het recht tot benoeming van het bestuur wordt daarbij als een essentieel primaat van de familie-eigenaren beschouwd, vooral in die gevallen waarin de RvC doorgaans uit meerdere personen bestaat

en waarin de familie geen doorslaggevende stem (meer) heeft. Dat het bestuur (de directie) handelt onder het mandaat van de eigenaren (conform de hoofdregel ex art. 2:107/217 lid 1 BW), wordt juist bij het familiebedrijf als principieel uitgangspunt beschouwd, in het bijzonder ingeval het bestuur (overwegend) is samengesteld uit externe managers. Ook al is met de nieuwe structuurregeling de positie van de algemene vergadering van aandeelhouders iets versterkt (de benoeming van de commissarissen berust thans bij de AVA), als heikel punt blijft nog altijd bestaan het recht tot benoeming van het bestuur. Indien een familieprotocol kan worden beschouwd als een regeling tot onderlinge samenwerking zoals bedoeld in art. 2:115a/265a BW, blijft de benoeming van het bestuur (van het *eigen* bedrijf) op basis van het verzwakte regime berusten bij de aandeelhouders, in casu de familie-eigenaren. Is dit een haalbare kaart? Zou een familiebedrijf dat aan bepaalde governancecriteria voldoet misschien in het geheel gevrijwaard moeten (kunnen) worden van de dwingende bepalingen van het structuurregime?

Achtergrond

De wetgever heeft in 1971 met de invoering van de Structuurwet voor grote ondernemingen een aantal speciale regels ingevoerd. In de loop der tijd is het inzicht gegroeid dat grote ondernemingen aanzienlijke invloed hebben op de maatschappij, mede door de forse aantallen werknemers die werkzaam zijn bij dergelijke bedrijven en de vele particuliere beleggers die een economisch belang daarin hebben opgebouwd. Met het toepassen van het structuurregime op grote ondernemingen heeft de wetgever beoogd een regeling te scheppen waardoor het bestuur van een dergelijke onderneming oog krijgt voor de eisen van duurzaamheid en rekenschap geeft van haar maatschappelijke positie en verantwoordelijkheid. Om dit te bewerkstelligen, grijpt de overheid diep in op de vrijheid van de ondernemer om zelf keuzes te maken waar het gaat om de rechtsvorm en bestuursstructuur van de onderneming. In essentie komt het structuurregime neer op het in het leven roepen van een onafhankelijke toezichthouder, de RvC, teneinde te voorkomen dat het bestuur slechts oog heeft voor de (korte termijn)wensen en belangen van de AVA. De afgelopen jaren kwam men echter tot de conclusie dat dit regi-

2. In dit verband is het onderscheid tussen een familiegeleide en een familiegecontroleerde onderneming relevant. In het eerste geval maakt de familie als eigenaar tevens deel uit van het bestuur (in enge zin), terwijl in het tweede geval de familie als eigenaar geen deel uitmaakt van de directie, doch via de andere bestuursorganen haar invloed uitoefent op het bedrijf.

3. Zie Geerlings & Thomassen, 'Een typologie van familiebedrijven en de consequenties voor de inrichting van het ondernemingsbestuur', *TvOB* juni 2005, p. 83.

me te weinig recht deed aan de gedachte dat de onderneming risicodragend wordt gefinancierd door de aandeelhouders. Op basis van een SER-advies is de structuurregeling per 1 oktober 2004 aangepast. De vraag is evenwel of hiermee in voldoende mate tegemoet wordt gekomen aan de maatschappelijke realiteit van de pluriforme verschijningsvorm van de private ondernemingen en aan de (economische) behoefte om een onderneming zo optimaal mogelijk aan te sturen. Wetenschappelijk onderzoek (steekdatum 2003) wijst uit, dat ons land ca. 7700 bedrijven telt binnen het segment grootbedrijf, waarvan 45% (ca. 3500!) als familiebedrijf kunnen worden beschouwd.⁴ Nog steeds is onderbelicht hoezeer juist de familiebedrijven in de regel veel meer dan de beursgenoteerde bedrijven gericht zijn op de langetermijneffecten van hun strategie en investeringsbeslissingen en hoezeer ook juist de familie-eigenaren met het bedrijf ook andere doeleinden nastreven dan louter financiële. Veel familiebedrijven onderscheiden zich door een bovengemiddelde zorg voor het personeel en een duurzame bijdrage aan de versteviging van de lokale en regionale sociaal-economische infrastructuur.⁵ Uit een recent onderzoek van Nyenrode Business Universiteit blijkt bovendien dat verschillende niet-financiële 'drivers' ten grondslag liggen aan een sterke betrokkenheid van de familie(eigenaren) bij het bedrijf, hetgeen leidt tot een relatief sterke financiële prestatie ten opzichte van niet-familiebedrijven.⁶ De wijze waarop deze betrokkenheid haar gestalte en haar werking kan krijgen is afhankelijk van de ruimte die de governancestructuur daarvoor biedt. De governancestructuur, inclusief de greep op het bestuur, dient daarom flexibel genoeg te zijn opdat deze zich kan aanpassen aan wijzigende bedrijfs- en familie(!)gebonden factoren. Zo langzamerhand kan uit de praktijk en familiebedrijfskundige literatuur worden opgetekend dat de succesvolle familiebedrijven op een consistente wijze duidelijk omschreven beginselen van goed bestuur in werking hebben gesteld, passend bij de specifiek eigen, tijdgebonden eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen. Voorzichtigheid lijkt geboden om overwegingen met betrekking tot de reglementering van het ondernemingsbestuur naar aanleiding van gebeurtenissen bij bedrijven met een meer publieke invloedssfeer zomaar ook op alle bedrijven toe te passen met een

meer besloten karakter en beperkte invloedssfeer.

Het structuurregime in relatie tot het familiebedrijf

Het structuurregime is van toepassing op een onderneming indien het geplaatste kapitaal samen met de reserves meer dan 16 miljoen euro bedraagt, de onderneming volgens wettelijke verplichting een ondernemingsraad (OR) heeft ingesteld en bij de vennootschap en haar afhankelijke maatschappijen in de regel meer dan 100 werknemers werkzaam zijn. De drie genoemde eisen zijn cumulatief. Voldoet een onderneming aan de wettelijke eisen dan is zij verplicht daarvan, binnen twee maanden na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat zij voldoet aan de criteria, opgave te doen bij het handelsregister. Na drie onafgebroken jaren van ingeschreven opgave wordt het structuurregime dwingend van toepassing.

Voor zover ons bekend, is niet gekwantificeerd hoeveel familiebedrijven aan de criteria van het structuurregime voldoen. De praktijk wijst uit dat het aantal wordt onderschat. Evenmin inzichtelijk als het aantal 'structuurfamilieondernemingen' is de pluriformiteit van de familiebedrijven. De pluriformiteit wordt duidelijk al naar gelang er verschillende invalshoeken worden ingenomen om verschillende categorieën van familiebedrijven van elkaar te onderscheiden. Hoeveel familiebedrijven tonen nog overwegend kenmerken van een 'DGA-onderneming' (waarbij de eigendom en zeggenschap in handen zijn van de oprichter, terwijl er wel al kinderen in het bedrijf werkzaam zijn), hoeveel familiebedrijven zijn familiegeleid of familiegecontroleerd? Bij hoeveel familiebedrijven vormt het (oorspronkelijke) bedrijf niet meer het hoofdbestanddeel van het familievermogen en heeft de achterliggende familie daarnaast een breed scala aan ondernemende activiteiten in eigen beheer opgebouwd? Hoeveel familiebedrijven zijn in handen van één gezin, van broers en zussen uit één staak of van vele neven en nichten uit meerdere staken? Hoeveel familiebedrijven hebben externe bestuurders aangetrokken of extern risicodragend vermogen? Het onderscheid tussen dergelijke categorieën is relevant of zelfs van doorslaggevend belang voor de inrichting van de governance. Elke categorie brengt specifieke kenmerken en uitdagingen

Het aantal familiebedrijven dat onder het structuurregime valt, wordt onderschat.

4. Flören, *Familiebedrijfskunde*, inaugurele rede, Nyenrode Business Universiteit, 13 mei 2004.

5. De laatste tijd wordt, vooral in *Het Financieele Dagblad (FD)*, regelmatig geschreven over het familiebedrijf en haar specifieke kenmerken. Zie bijvoorbeeld (als willekeurige greep uit de vele artikelen): *FD* 11 november 2006 over Tata Group, *FD* 8 november 2006 over Lely Industries, *FD* 30 november 2006 over familiebedrijven en groei, *FD* 28 juni 2006 en 30 september 2006 over Jumbo, *FD* 26 augustus 2006 over VDL, *FD* 30 mei 2006 over Michelin, *FD* 4 juli 2006 over Vroegop of *NRC Handelsblad* 11 augustus 2006 over Tetra Pack.

6. Flören & Geerlings, *Eigendom in het familiebedrijf en investeringsbehoefte bedrijf*, een onderzoek in opdracht van Bank Insinger de Beaufort NV, Nyenrode Business Universiteit 2006.

Het structuurregime is een hindernis voor een professioneel bestuur van het familiebedrijf.

met zich mee die specifieke eisen stellen aan de governance. Het zal niet eenvoudig zijn om een uniforme, dwingende reglementering te formuleren die recht doet aan de pluriformiteit van het familiebedrijf. Uit de hieronder opgenomen beschrijving van het structuurregime valt echter te herleiden dat deze (evenzeer als bijvoorbeeld de code-Tabaksblat⁷) kan worden beschouwd als een uniforme, dwingende reglementering en dat deze zich als zodanig doet gelden. Dat is precies de reden waarom zoveel familiebedrijven hiermee zoveel moeite (lijken te) hebben. Hieronder wordt daarom vanuit de optiek van het familiebedrijf ingegaan op enkele aspecten van het structuurregime.

Opportuniteit

In een aan het structuurregime onderworpen onderneming dient een RvC te worden ingesteld, bestaande uit ten minste drie leden (art. 2:158/268 lid 2 BW). De leden van de RvC kunnen niet tevens zijn personen die werkzaam zijn bij de onderneming of een van haar afhankelijke onderneming, en tevens niet personen die binnen een werknemersorganisatie betrokken zijn bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden daarbinnen (art. 2:160/270 BW). Doel van deze bepaling is te voorkomen dat commissarissen bepaalde deelbelangen vertegenwoordigen binnen de RvC. Dit is een fundamenteel verschil met bijvoorbeeld het Duitse systeem, waar juist een deel van de Aufsichtsrat direct wordt betrokken uit de werknemers vertegenwoordigende organen. Niet uitgesloten is dat een familielid dat zich kwalificeert voor deze functie in de RvC zitting neemt. Met de hantering van eenduidig geformuleerde basisbeginselen van goed bestuur kunnen eventuele belangenconflicten die hieraan verbonden zijn, echter goed worden ondervangen. Dergelijke basisbeginselen horen thuis in een familieprotocol en kunnen in concreto worden uitgewerkt en opgenomen in de statuten en het bestuursreglement. Bij niet alle familiebedrijven is echter tegen de tijd dat zij gedurende drie jaar aan de drie criteria voldoen, de instelling van een RvC opportuun. In sommige gevallen fungeert bijvoorbeeld het bestuur van een stichting administratiekantoor dat is samengesteld uit vertegenwoordigers van de directie en de familie-eigenaren, al dan niet aangevuld met een professionele bestuurder, ervaren ondernemer of onafhankelijke deskundige van buitenaf, de

facto als een 'one tier board of directors'. In andere gevallen is sprake van een raad van advies die de facto de functie vervult van een RvC. Waarom tornen aan dergelijke governancestructuren als zij zich in positieve zin bewijzen?

Procedures

Vervolgens kan men zich afvragen of de vele dwingende voorschriften van procedurele aard hun doel niet voorbij schieten bij (verreweg) de meeste familiebedrijven. De benoeming van de RvC geschiedt thans door de AVA (in tegenstelling tot de situatie voor 1 oktober 2004 waar de RvC zichzelf benoemde), op voordracht van de raad, met inachtneming van de door de raad opgestelde profiel-schets (art. 2:158/268 lid 3 BW). De AVA en de OR kunnen personen aanbevelen voor de voordracht. Voor de OR geldt dat zij voor een derde van het aantal commissarissen een aanbeveling kan doen. De RvC is in beginsel verplicht de aanbeveling te volgen en de door de OR aanbevolen personen te plaatsen op de voordracht, tenzij zij daartegen bezwaar maakt op grond van de overweging dat de aanbevolen perso(o)n(en) ongeschikt zijn voor de vervulling van de taak van commissaris, of indien door de benoeming de samenstelling van de RvC onbehoorlijk zou zijn. Na bezwaar zullen RvC en OR met elkaar in overleg moeten treden om uit de impasse te komen. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan zal een vertegenwoordiger van de RvC de Ondernemingskamer vragen te oordelen over de gegrondheid van het gemaakte bezwaar. Hoewel de AVA geen eigen recht van voordracht heeft, kan zij wel invloed uitoefenen op de samenstelling van de RvC, omdat zij de voordracht kan afwijzen met volstrekte meerderheid van stemmen, vertegenwoordigende minimaal een derde van het geplaatste kapitaal. Na afwijzing dient een nieuwe voordracht te worden opgemaakt. Komt de AVA tot benoeming noch tot afwijzing, dan kan de RvC zelf overgaan tot benoeming krachtens het nieuwe art. 2:158/268 lid 9 BW. In de statuten van de onderneming kan krachtens lid 12 van art. 2:158/268 BW worden afgeweken van het wettelijke aantal (3) leden van de RvC, van het voordrachtsrecht, van de speciale positie van de OR in de voordracht, van de benoeming en van de afwijzing van de voordracht. Echter niet de gehele benoemingsprocedure kan door buitenwettelijke regelingen worden opzije-

7. Zie o.a. J.A. van Hamel in 'Goed bestuur in het familiebedrijf', *TvOB*, Special Familiebedrijf, juni 2005, p. 87, alwaar hij stelt dat het opleggen van de code-Tabaksblat aan een familiebedrijf onnodig is en niet het gewenste effect zal hebben (beter bestuur) of zelfs een averechtse werking kan krijgen.

Het familiebedrijf is te pluriform voor een generieke reglementering van de governance.

zet. De vraag doet zich voor of het mogelijk is voor een derde om rechtstreeks benoemingen te doen in de RvC. Een rechtstreekse benoeming door een derde zal vermoedelijk in strijd zijn met de vennootschappelijke orde. Wel zal het mogelijk zijn houders van bijzondere soorten aandelen een voordrachtsrecht en benoemingsrecht toe te kennen. Ook het toekennen van slechts een voordrachtsrecht aan een derde behoort tot de mogelijkheden, lid 12 biedt daartoe voldoende ruimte.

Dergelijke bepalingen overziend, rijzen verschillende kritische vragen met betrekking tot de zeggenschapspositie van de achterliggende familie-eigenaren. Als vraag doemt bijvoorbeeld op waarom men de eigenaren van een vierdegeneratieonderneming, waarvan de familie zich generaties lang sterk heeft vereenzelvigd met het bedrijf en waardoor het bedrijf zich altijd succesvol heeft kunnen onderscheiden van haar concurrenten, het recht zou ontnemen om zelf een voordracht te doen tot benoeming van een lid van de RvC. Of: waarom zou men actief betrokken eigenaren uit een tweede, derde of latere generatie, die altijd nog het grootste gedeelte van het familievermogen duurzaam aan het bedrijf ter beschikking blijven stellen achter willen stellen ten opzichte van een OR. Of: hoe kan een familie, die zich (bewust) niet laat vertegenwoordigen in de RvC waarborgen dat in de profielschets voldoende rekening wordt gehouden met de vereiste affiniteit voor de karakteristieken van een familiebedrijf. De procedurele dwang die uit de structuurwet voortvloeit, kan in (vele) voorkomende gevallen de optimalisering van het governanceproces bij een familiebedrijf in de weg staan, omdat ook hier door (tijdgebonden) familie- en bedrijfsspecifieke kenmerken en omstandigheden andere bestuurlijke uitgangspunten een beter alternatief zouden kunnen vormen.

Raad van commissarissen

Schorsing en ontslag van individuele leden van de RvC ligt bij de raad zelf (schorsing, welke schorsing binnen een maand moet worden gevolgd door een verzoek tot ontslag) en bij de Ondernemingskamer (ontslag), de AVA heeft hierin geen bevoegdheid. Indien de AVA zelfstandig over zou kunnen gaan tot ontslag van individuele leden van de raad zou het evenwicht van de benoemingsprocedure in gevaar worden gebracht, aldus de minister bij de be-

handeling van de wet. Dit zou bij een familiebedrijf evenwel goed kunnen worden ondervangen met een periodiek door de RvC gezamenlijk met de AVA (en eventueel het bestuur) te herzien bestuursreglement. De AVA kan wel overgaan tot ontslag van de gehele RvC, in de wet geformuleerd als het met redenen omkleed opzeggen van het vertrouwen in de raad. Dit kan op twee manieren gebeuren, hetzij via een door een of meer aandeelhouders voorgestelde agendering op de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering, hetzij via een verzoek aan de rechter dit punt te agenderen. Hoe zou men nu een dergelijke situatie moeten ondervangen indien bijvoorbeeld een familielid zitting heeft in de RvC? Het is niet uitgesloten dat hiermee de zorgvuldig opgebouwde en onderhouden balans tussen de familie- en bedrijfsbelangen en -verhoudingen in gevaar wordt gebracht, met alle sociale en economische consequenties van dien. Deze ontslagregeling kan kortom bij familiebedrijven (onnodig) verrassende dilemma's met zich meebrengen.

Bestuur

De voornaamste bevoegdheden van de RvC zijn de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders en het goedkeuren van belangrijke bestuursbesluiten. Benoeming en ontslag van bestuurders ligt volledig in handen van de RvC, voor de benoeming moet de AVA in kennis worden gesteld en bij het ontslag dient de AVA te worden gehoord. De bevoegdheid tot benoemen van bestuurders kan niet door enige bindende voordracht worden beperkt, wel kan de AVA gebruikmaken van het aan haar krachtens lid 5 van art. 2:158/268 BW toekomende recht tot aanbeveling. Ook het ontslag van bestuurders ligt in handen van de RvC, in dat geval dient de AVA te worden 'gehoord', hetgeen wil zeggen dat in de AVA zal worden gesproken over het beoogde ontslag, waarbij de betrokken bestuurder zijn visie op het ontslag moet kunnen geven (art. 2:117/227 lid 4 BW). Een ontslag waarbij de AVA niet is gehoord, is nietig. Indien de bestuurder niet zijn visie heeft kunnen geven in de AVA over zijn ontslag is het besluit vernietigbaar. Ook schorsing van bestuurders behoort tot de uitsluitende bevoegdheden van de RvC; volgens art. 2:134/244 BW kan een bestuurder worden geschorst door degene die hem bevoegdlijk kon benoemen. In art. 2:164/274 BW is een lijst met besluiten opge-

Bij een familiebedrijf zou de ultieme beschikkingsmacht bij de AVA moeten berusten.

nomen waar de RvC zijn toestemming voor moet geven. Indien geen toestemming wordt verkregen, tast dit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aan, de toestemmingsbepalingen hebben slechts interne werking. Eerder hebben wij aangegeven dat bij een familiebedrijf het grootste bezwaar kan worden aangetekend tegen de bepaling dat de 'beschikkingsmacht' over het bestuur bij de RvC berust en niet bij de AVA. Hieronder zal worden ingegaan op in hoeverre dit bezwaar zou kunnen worden ondervangen door middel van een familieprotocol.

Vrijstellingen, ontheffingen en verlichtingen

Zoals boven is aangegeven, betekent de verplichte toepassing van het structuurregime een ingrijpende beperking voor ondernemingen zelf vorm te geven aan de bestuursstructuur van de onderneming. Deze beperking wordt door familiebedrijven, vooral gezien de pluri-forme verschijningsvorm van deze ondernemingsvorm, als hinderlijk ervaren voor de inrichting van een goed functionerende en uitgebalanceerde governance. Relevant is dan ook te kijken op welke wijze men van de verplichte regeling, al dan niet gedeeltelijk, kan worden vrijgesteld. Er zijn hiertoe drie mogelijkheden: de volledige vrijstelling, de ontheffing en het verzwakte regime (ook te beschouwen als 'verlichting'). In hoeverre zijn deze relevant voor de inrichting van de governance van het familiebedrijf (op holding- c.q. topniveau wel te verstaan)?

Volledige vrijstelling

Volgens de memorie van toelichting is de structuurregeling bedoeld voor vennootschappen die op zichzelf staan en niet zijn onderworpen aan de centrale leiding van een andere vennootschap. Er zijn twee categorieën vennootschappen welke een volledige vrijstelling krijgen. De eerste categorie zijn de afhanke-lijke maatschappijen van een structuurvennootschap (art. 2:153/263 lid 3 sub a BW), waaronder begrepen joint-venturevennootschappen (JV) waarin twee of meer structuurvennootschappen voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelnemen via een onderlinge regeling tot samenwerking (sub d). De tweede categorie genoemd in art. 2:153/263 lid 3 sub b en c BW geeft aan internationale vennootschappen en aan werkmaat-

schappijen (holdings) vrijstelling welke slechts beheer en financiering tot doel hebben, deze bepalingen zien op concernverhoudingen. Familiebedrijven zoals bedoeld in deze aanzet tot gedachtevorming (met het begrip bedrijf wordt bedoeld een zelfstandig opererende vennootschap die een onderneming drijft), vallen niet in een van deze categorieën, waardoor de verdere bespreking van de volledige vrijstelling buiten dit bestek valt.

Ontheffing

De Minister van Justitie kan, gehoord de SER, aan een vennootschap op haar verzoek ontheffing verlenen van een of meer der artikelen 2:158-164 BW. De ontheffing kan onder beperkingen worden verleend en daaraan kunnen voorschriften worden verbonden. Zij kan voorts worden gewijzigd en ingetrokken. Door de minister is een tiental ontheffingen verleend, merendeels aan ondernemingen waarvan de aandelen in handen zijn van publiekrechtelijke lichamen.

Verlichting door het verzwakte regime

Het is mogelijk gedeeltelijk te ontkomen aan de toepassing van het structuurregime, te weten door toepassing van het verzwakte regime. Toepassing van het verzwakte regime houdt in dat niet de RvC de benoeming en het ontslag van de bestuurders onder haar hoede heeft, doch dat deze bevoegdheid terugkomt bij de AVA. Kort gesteld: de dwingende en veelal bezwaarlijke toepassing van art. 2:162/272 BW vervalt. Dat brengt een aanzienlijke verlichting met zich mee. De wet onderscheidt twee situaties, te weten de internationale concerns (ex art. 2:155/265 BW) en de familiebedrijven (ex art. 2:155a/265a BW en binnen de context van het verzwakte regime aangeduid als 'familievennootschappen'). De familiebedrijven zoals bedoeld in deze aanzet tot gedachtevorming zullen niet, dan wel in zeer hoge uitzonderling kunnen worden beschouwd als internationaal concern in de zin van art. 2:155/265 BW. De bespreking van de internationale concerns valt derhalve eveneens buiten dit bestek.

Ten aanzien van de familievennootschappen (en ook andere private vennootschappen) bepaalt art. 2:155a/265a BW dat de dwingende bepaling ten aanzien van bestuurdersbenoeming en ontslag door de RvC niet geldt ten aanzien van een vennootschap waarin:

- sub a: een natuurlijk persoon het gehele geplaatste kapitaal verschaft of doet verschaffen, of twee of meer natuurlijke personen volgens een onderlinge regeling tot samenwerking het gehele kapitaal verschaffen of doen verschaffen. Aan de natuurlijke personen wordt gelijkgesteld de echtgenoot en geregistreerd partner, en de bloedverwanten in de rechte lijn mits deze binnen zes maanden na overlijden van de natuurlijke persoon een onderlinge regeling tot samenwerking zijn aangegaan;
- sub b: een stichting, een vereniging of publiekrechtelijke rechtspersonen het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening verschaffen of doen verschaffen, of twee of meer van zulke rechtspersonen volgens een onderlinge regeling tot samenwerking het gehele geplaatste kapitaal voor eigen rekening verschaffen of doen verschaffen.

Alle vrijstellings- en ontheffingsbepalingen ten spijt, voor de ‘structuurfamilieonderneming’ lijkt slechts een vorm van verlichting mogelijk te zijn op het volledige regime en wel uitsluitend op basis van de toepassing van het verzwakte regime. Dat komt erop neer dat alleen het knelpunt met betrekking tot het bestuur zou kunnen worden weggenomen. Alle andere hindernissen die door het structuurregime worden opgeworpen voor de optimalisering van de governance blijven onverminderd bestaan.

Wil een familievennootschap in aanmerking komen voor het verzwakte regime, dan moet er sprake zijn van een vorm van ‘onderlinge regeling tot samenwerking’ tussen eigenaren die het gehele geplaatste kapitaal verschaffen. Daarmee zou, om met de SER te spreken in haar advies ter zake uit 2001, in feite gestalte worden gegeven aan de incorporatie van het persoonlijk ondernemerschap van aandeelhouders. De SER geeft aan dat er geen bezwaar bestaat tegen een situatie waarin natuurlijke personen hun deelneming hebben ondergebracht in een rechtspersoon (direct of indirect), maar voegt daaraan toe: ‘Van belang is dat de deelneming uiteindelijk in handen is van één natuurlijke persoon en niet van een pluraliteit van aandeelhouders’. Niet alleen het SER-advies, ook de betreffende memorie van toelichting bevat op de wet aanvullende criteria voor een onderlinge regeling tot samenwerking. Hoe zou een familiebedrijf, dat

onder het structuurregime komt te vallen, een regeling tot onderlinge samenwerking tot stand kunnen brengen? Wij leggen in dit verband de volgende kernvraag voor: *Aan welke criteria moet de onderlinge regeling tot samenwerking voldoen, rekening houdend met de pluraliteit (lees: bijzondere karakteristieken) van het familiebedrijf?*

Onderlinge regeling tot samenwerking

De term ‘onderlinge regeling tot samenwerking’ komt in de literatuur regelmatig terug waar het gaat om het verzwakte regime, temeer omdat er geen wettelijke definitie van deze term is gegeven. De wetgever verwijst in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 32*) naar de toen reeds bestaande formulering van art. 2:155/265 lid 1 onder c BW en geeft op p. 32 bovenaan als overweging dat ‘de onderlinge regeling de vorm kan hebben van een overeenkomst, maar ook van een stichting of vennootschap die de aandelen voor de economische belanghebbenden houdt’. In de literatuur wordt er door verschillende schrijvers over gesproken. Van der Grinten bijvoorbeeld zegt in zijn *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap* dat het moet gaan om het streven van ieder der kapitaalverschaffers naar een vertegenwoordiging in de RvC. Volgens Maeijer dient het in essentie te gaan om de contractuele gebondenheid van de kapitaalverschaffers tot het gezamenlijk of in overeenstemming het beleid te beïnvloeden. In zijn artikel in *Stichting & Vereniging* uit 2002 stelde Schwarz al eerder de vraag, ‘... hoe de samenwerking tussen individuele aandeelhouders vorm gegeven zou moeten worden wil er sprake kunnen zijn van een mogelijke keuze voor het verzwakte regime’.⁸ In onze ogen stelt hij terecht dat de regelmatige verwijzing naar de vormgeving van joint ventures in de discussie over het verzwakte regime voor de beantwoording van deze vraag alleen maar verwarring schept, omdat daarmee niet de vormgeving van de onderlinge samenwerking centraal staat, maar van de achterliggende aandeelhouders. Schwarz schetst in zijn artikel verschillende overwegingen op basis waarvan de totstandkoming van een onderlinge regeling tot samenwerking zou kunnen worden beoordeeld en presenteert de certificering van aandelen als manier om een onderlinge regeling tot samenwerking vorm te ge-

De huidige vrijstellings- en ontheffingsregeling laat de familiebedrijven (onterecht) buiten beschouwing.

8. C.A. Schwarz, ‘Certificering van aandelen als onderlinge regeling tot samenwerking tussen aandeelhouders?’, *Stichting & Vereniging* 2002-2, p. 47 e.v.

*Een onderlinge
regeling tot samen-
werking moet
gelden voor zowel
aandeel- als
certificaathouders.*

ven. De door hem beschreven constructie valt in zijn ogen te beschouwen als een ultieme verschijningsvorm van een onderlinge regeling tot samenwerking (tussen kapitaalverschaffers) indien, kort samengevat, uit de administratievoorwaarden, de statutaire bepalingen van het administratiekantoor (AK) en de eerste bestuurderssamenstelling van het AK kan worden afgeleid dat er op een duurzame wijze een gezamenlijke bepaling van het beleid plaatsvindt binnen een besloten verband van certificaathouders. In de MvT wordt gememoreerd dat het onderbrengen van aandelen in een stichting AK slechts kan voor zover de inbreng voor 'eigen rekening' wordt verschaft, om zodoende misbruik te voorkomen. De wetgever haalt het voorbeeld aan van een vennootschap waarin alle aandelen worden gehouden door een stichting AK, eventueel met ter beurze genoteerde certificaten. Inbreng voor eigen rekening betekent in de ogen van de wetgever dat het gebruik van een stichting administratiekantoor (met het oog op de toepassing van het verzwakte regime) slechts dan toegestaan is indien het kapitaal direct of indirect wordt verstrekt door een natuurlijke persoon en indien meerdere natuurlijke personen dit kapitaal hebben verstrekt, dan zal uit de administratievoorwaarden en de statutaire bepalingen van de stichting moeten blijken of een onderlinge regeling tot samenwerking is aangegaan. Cremers⁹ gaat ervan uit dat de Minister van Justitie in de MvT de toepassing van het verzwakte regime niet beoogt te verbieden in een situatie dat de aandelen worden gehouden door een AK ten behoeve van haar certificaathouders (zijnde natuurlijke personen) die tot een onderlinge regeling tot samenwerking hebben gesloten. Wij gaan daar eveneens van uit.

De vraag is evenwel of er zo nadrukkelijk moet worden gesproken in termen van certificering. Bij (lang) niet alle familiebedrijven vormt de certificering de beste manier om de bestuursdoelstellingen te bereiken, waaronder de continuïteit van bestuur en de actieve betrokkenheid van de familie-eigenaren. In sommige gevallen bevordert een decertificering juist weer de betrokkenheid van de familie en de dialoog tussen aandeelhouders en bestuurders. De huidige discussie over de vormgeving van een regeling tot onderlinge samenwerking wordt thans gevoerd vanuit een uitsluitend juridische invalshoek waarbij op verschillende

wijzen wordt gezocht naar algemeen toepasbare oplossingen. Hoezeer ook hiermee wordt geredeneerd ten behoeve en faveure van het familiebedrijf, de moeilijkheid blijft dat hiermee telkens weer slechts een deel van de vele mogelijke situaties wordt ondervangen. Wij zouden willen pleiten voor een meer generieke benadering, waarbij wordt teruggevallen op algemeen geldende criteria waaraan de vormgeving van elke afzonderlijke regeling van onderlinge samenwerking wordt getoetst, ongeacht de inrichting van de governancestructuur van het betreffende familiebedrijf. Deze criteria kunnen worden ontleend aan het SER-advies uit 2001, de MvT en de betreffende wettelijke bepalingen en kunnen uitstekend worden vertaald naar en toegepast binnen de 'setting' van het familiebedrijf. In nr. 5 van de MvT wordt bijvoorbeeld op de pagina's 34-37 aangegeven dat het dient te gaan om een actieve vormgeving van de gedachten en voornemens rond het beleid. Van de aandeelhouders wordt bovendien verwacht dat zij gezamenlijk, en niet bij meerderheid maar unaniem (de huidige regeling spreekt over alle aandelen) een beleid vormgeven.¹⁰ Dit betreft de zienswijze van de minister waarbij hij een toelichting geeft op (ook hier weer, zie opmerking Schwarz) het begrip 'joint venture'. Dat laat echter onverlet dat deze zienswijze een bredere toepassing kan genieten. Wij onderschrijven dan ook de mening van de minister, dat een nadere opsomming in de wet niet opportuun is en dat 'uiteindelijk de rechtspraak normgevend is voor de vraag of sprake is van een onderlinge regeling tot samenwerking, waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskenmerken van zodanige partijen kunnen worden verwacht'. Wat zouden nu de rechtskenmerken kunnen zijn van een groep van familie-eigenaren die zich, als aandeelhouder of certificaathouder, gezamenlijk sterk maken voor de continuïteit van hun bedrijf en er daarbij telkens weer naar streven om een passende rol in te nemen, afhankelijk van de strategische opties van het bedrijf, de competenties en ambities van de familieleden en allerlei andere relevante en tijdgebonden familie- en bedrijfsgebonden kenmerken?

Vermeldenswaardig is dat in de literatuur wordt getwist over de vraag in hoeverre een regeling tot onderlinge samenwerking schriftelijk dient te worden vastgesteld.¹¹ Wij laten

9. M.A.J. Cremers, 'Vrijstelling van het structuurregime', *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 92.

10. *Tekst en toelichting nieuwe structuurregeling*, editie 2004, p. 189.

11. De Nijs Bik stelt bijvoorbeeld dat het begrip 'regeling' in dit verband doet vermoeden dat er iets op papier moet zijn (zie W.W. de Nijs Bik, *De Nieuwe Structuurregeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 31), terwijl Cremers in voetnoot 26 van haar artikel (zie eerdere verwijzing) daartegen inbrengt dat de wetgever geenszins van een dergelijk vereiste lijkt uit te gaan.

de beantwoording van deze vraag hier in het midden, maar zullen trachten aan te geven in hoeverre een familieprotocol een belichaming zou kunnen zijn van een dergelijke regeling. De schriftelijke vastlegging van de verschillende bestuurlijk relevante uitgangspunten kan de toetsing aan de hierboven bedoelde criteria vergemakkelijken, los van alle andere voordelen die aan een familieprotocol zijn verbonden. Met de bespreking van het familieprotocol komen wij toe aan de benoeming en bespreking van deze criteria.

Het familieprotocol en de onderlinge regeling tot samenwerking

Het familiebedrijf kent, zoals geschetst, een geheel eigen dynamiek die vraagt om een geheel eigen en flexibele bestuursstructuur. Bij een familiebedrijf is, in tegenstelling tot de niet-familiebedrijven, sprake van een wederzijdse interactie tussen een familie en haar bedrijf die in goede banen moet worden geleid. De uitdaging van het bestuur (in ruime zin) ligt gelegen in het doorlopend managen van deze interactie en het zorgdragen voor een duurzaam wederzijds profijt (in de ruime zin van het woord) van familie en bedrijf. Een familieprotocol kan daarbij behulpzaam zijn. Een familieprotocol valt te omschrijven als een schriftelijke vastlegging van beginselen voor de verhouding tussen de familie en het bedrijf. Het familieprotocol dient ter formulering van de visie en de missie van de familie op de toekomst van het bedrijf en de rol die zij daarbij beoogt in te nemen en dient daarnaast ter verankering van uitgangspunten voor de eigendom en zeggenschap binnen de governance van het bedrijf.¹² Verder worden ook bepalingen opgenomen over onder meer de toetreding en uittreding van familieleden, financiële aangelegenheden, communicatie- en overlegstructuren. Centraal daarbij staan de familiewaarden, die, mits expliciet gemaakt en uitgedragen binnen de familie en het bedrijf, sterk bevorderend kunnen werken voor de verbondenheid binnen de familie en voor het onderscheidend vermogen van het bedrijf binnen haar externe omgeving (versterking bedrijfscultuur). Het familieprotocol bevat zo te zeggen de familierechtelijke visie op corporate governance en op de beleidsvorming voor de door de familie gedreven onderneming. Met dergelijke bepalingen wordt een kader geschetst voor een inrichting van het onderne-

mingsbestuur dat passend is bij het ontwikkelingsstadium van de eigendomsstructuur, de familie en het bedrijf.¹³ De bepalingen van een familieprotocol bevorderen de toepassing van beginselen van goed bestuur die een familie zich door de jaren heen eigen heeft gemaakt of alsnog zou willen formuleren.

Uit de hierboven opgenomen uiteenzetting over het structuurregime ontleen wij de volgende vijf begrippen die de grondslag vormen voor de criteria voor de toetsing voor het familieprotocol: *verbondenheid*, *unanimiteit*, *beleid*, *duurzaamheid* en *kapitaal*. De vraag is hoe men deze begrippen op een consistente en eenduidige wijze als vijf afzonderlijke criteria kan toepassen op de grote verscheidenheid van familiebedrijven. Welke vertaalslag dient hiervoor te worden gedaan?

Verbondenheid

Ten principale zou kunnen worden betoogd dat een familieprotocol geen (duidelijke) juridische status kent en daardoor ook niet als een onderlinge regeling tot samenwerking kan fungeren (het kan in dat geval niet als een juridische verbintenis worden beschouwd). Een gedegen discussie over de juridische status van een familieprotocol is nog niet gevoerd; momenteel wordt daar zowel binnen academische als praktiserende kring verschillend over gedacht. In de praktijk blijkt men echter goed uit de voeten te kunnen met het uitgangspunt dat een familieprotocol als zodanig geen juridische verbondenheid met zich meebrengt. Voor zover juridische consequenties van de in het familieprotocol opgenomen uitgangspunten dienen te worden geregeld, kan dit worden ondervangen door middel van statuten, bestuursreglementen, aandeelhoudersovereenkomsten, huwelijkse voorwaarden, testamenten en andere vormen van overeenkomsten. Een familieprotocol brengt echter een verbondenheid van een geheel andere orde met zich mee, te weten een vorm van morele verbondenheid en wederzijdse morele verplichting die verregaander en krachtiger kan zijn dan een juridische verbondenheid. Het is niet eens zozeer het familieprotocol zelf dat deze werking heeft, maar het proces dat aan de vormgeving daarvan vooraf is gegaan en daarna gestalte geeft aan de naleving en het onderhoud van de in het familieprotocol opgenomen uitgangspunten. Wij doelen in dit verband op een open en eerlijk proces van hoor en wederhoor

Een familieprotocol bewerkstelligt een krachtiger band dan een juridisch afdwingbare overeenkomst.

12. J.R. Geerlings, *Estate planning binnen de dynamiek van het familiebedrijf*, Kwartaalbericht voor Estate Planning, Kluwer, juni 2005, p. 13.

13. Zie ook J.A. van Hamel, 'Goed bestuur in het familiebedrijf', *TvOB*, Special Familiebedrijf, juni 2005, p. 85-90.

De familieband tussen eigenaren impliceert een juridische binding.

waaraan iedere betrokkene uit de familie, in ieder geval de familie-eigenaren, deel (kunnen) nemen.

Bovendien kan worden gesteld dat familieleden van nature aan elkaar zijn verbonden en dat deze verbondenheid een extra (juridische) betekenis krijgt indien men met elkaar te maken heeft in de hoedanigheid van mede-eigenaar. Anders gesteld: via de familieband is men als eigenaar met elkaar verbonden met alle rechten en plichten van dien. De gangbare aanbiedingsplicht over en weer tussen de familie-eigenaren vormt daarvoor nog eens een bekrachtiging. De bepalingen in het familieprotocol met betrekking tot de eigendom en zeggenschap bieden concrete richtlijnen voor de regeling van de verschillende rechten en plichten die aan het 'eigenaarschap' zijn verbonden.

Unanimiteit

Ook al neemt niet altijd iedereen aan het proces deel of is iedereen het eens met de uiteindelijke formulering van de uitgangspunten, toch wordt, zo blijkt uit de praktijk, met een goed georganiseerd proces in de regel een eenduidigheid van houding van de familie jegens het bedrijf bereikt die zich goed laat meten met unanimiteit. Het familieprotocol (eigenlijk: de totstandkoming daarvan) smeedt in feite de groep van individuele familieleden tot een kapitaalblok, zodat zij met 'de neuzen in dezelfde richting' hun besluiten nemen als waren zij één natuurlijk persoon. Zolang een familie, vanuit haar optiek bezien, naar buiten toe met één stem spreekt, in het bijzonder in de richting van het bestuur en de RvC, kan dit worden beschouwd als een vorm van unanimiteit. Indien dit inderdaad het geval is, wordt tegemoetgekomen aan de zienswijze van de SER en aan de opvatting van de wetgever dat de aandeelhouders (althans de kapitaalverschaffers) gezamenlijk, niet bij meerderheid maar 'unaniem' beleid moeten vormen en kan het familieprotocol, wat dit criterium betreft, gekwalificeerd worden als onderlinge regeling tot samenwerking. Wij zouden dit criterium dan ook liever als 'draagvlak' willen betitelen. Van protocol tot protocol dient te worden bezien wat precies daarvoor het draagvlak is binnen de kring van familie-eigenaren.

Beleid

De door de minister bedoelde actieve vormgeving van de gedachten en voornemens rond het beleid wordt in het familieprotocol belichaamd met het opnemen van een of meer doelstellingen met betrekking tot het bedrijf, al dan niet gestoeld op een expliciet geformuleerde visie. Hoe kijkt de familie tegen (haar rol bij) het familiebedrijf aan en wat wil men daarmee bereiken? Men kan erover twisten hoe concreet dergelijke doelstellingen moeten zijn geformuleerd. Een en ander zal afhangen van hoever een familie daarmee wenst te gaan en in welke mate zij invloed uitoefent op het bedrijf. De beoogde invloed van de familie kan zowel op directe (AVA richting bestuur) als op indirecte wijze (bestuur AK richting bestuur of via een familielid die een zetel heeft in de RvC) worden gekanaliseerd. Met nadruk zij vermeld dat wij hier spreken van de invloed van de achterliggende eigenaren. Een bedrijfsfamilie dient zich dat ook te realiseren, opdat voorkomen wordt dat men zich als eigenaar te nadrukkelijk gaat bemoeien met het bestuur. In dit verband memoreren wij het belang van het onderscheid tussen een familiegeleide en -gecontroleerde onderneming. Indien een visie en een missie worden aangevuld met financiële uitgangspunten voor bijvoorbeeld de vermogensstructuur en het dividendbeleid en/of strategische uitgangspunten met betrekking tot bijvoorbeeld sectorkeuze of marktpositionering (die de identiteit van de familie raken), wordt het beleidsbepalende karakter van de uitgangspunten nog concreter. Een 'mission statement' als zodanig dat in het familieprotocol is opgenomen, kan naar onze mening als resultaat van een actieve vormgeving van de gedachten en voornemens rond het beleid worden beschouwd.

Duurzaamheid

Volgens de SER dient een onderlinge regeling tot samenwerking duurzaam te zijn. Indien in het protocol bepalingen zijn opgenomen voor de deelname van familieleden aan een met een bepaalde regelmaat te houden familieberaad of familiebijeenkomst en in het familieprotocol ook een regeling is getroffen voor een periodieke herziening van de daarin opgenomen bepalingen en uitgangspunten waarbij de voortzetting van het familiebedrijf als uitgangspunt wordt genomen, wordt ons inziens voldaan aan de door de SER beoogde duurzaamheid. Het duurzaamheidscriterium kent

daarmee verschillende facetten: men wil het bedrijf voortzetten, het familieprotocol (de regeling) wordt onderhouden en men streeft naar een actieve betrokkenheid van alle familie-eigenaren (en eventueel andere belanghebbenden uit de familie).

Kapitaal

In de wettelijke bepaling van het verzwakte regime is opgenomen dat volgens de regeling tot onderlinge samenwerking het gehele geplaatste kapitaal moet zijn verschaft door de achterliggende eigenaren. Voor familiebedrijven lijkt dit in eerste aanleg een voor de hand liggend criterium waaraan probleemloos kan worden voldaan. Het bedrijf is immers in handen van dezelfde familie. De praktijk is echter weerbarstig. Niet alle familiebedrijven zijn volledig in handen van (met nadruk) de familie. In sommige gevallen is een deel van de eigendom in handen van het management en/of van het personeel, terwijl andere bedrijfsfamilies extern kapitaal hebben aangehouden bij een participatiemaatschappij. Wat te doen als een bedrijf in handen is van twee of meer families!? Met het familieprotocol als onderlinge regeling tot samenwerking zou daardoor niet worden voldaan aan het kapitaalcriterium dat nota bene als enige expliciet in de wettelijke bepaling is opgenomen. Omdat in de praktijk in dergelijke gevallen zal worden gewerkt met afzonderlijke houdstermaatschappijen waarin het in de wet bedoelde kapitaal van de achterliggende eigenaren is opgenomen en de onderlinge verhouding tussen deze houdstermaatschappijen wordt geregeld met een aandeelhoudersovereenkomst, is naar ons oordeel sprake van toepassing van het verzwakte regime op grond van art. 2:155a/265a BW lid 1 sub b indien de aandeelhoudersovereenkomst kan worden beschouwd als een onderlinge regeling tot samenwerking. Wij twijfelen er niet aan dat deze aandeelhoudersovereenkomst als zodanig zou kunnen worden beschouwd en refereren aan de discussie over en argumentatie voor de toepassing van het verzwakte regime bij het aangaan van joint ventures. Wij tekenen daarbij aan dat deze gevallen niet gelijk zijn aan een joint venture, ook al kan de argumentatie gelden voor beide samenwerkingsvormen.

Vertaling naar concrete criteria

Al met al leggen wij de volgende formulering van de vijf criteria voor om te toetsen of een

familieprotocol kan worden beschouwd als een onderlinge regeling tot samenwerking.

1. *Verbondenheid*: de familiale verbondenheid is expliciet gemaakt door middel van bepalingen van het familieprotocol die een morele verplichting behelzen tussen de betrokken familie-eigenaren.
2. *Draagvlak*: de familie spreekt als eigenaar met één stem naar buiten toe met betrekking tot aangelegenheden die het bedrijf aangaan, in het bijzonder in de richting van het bestuur en de RvC.
3. *Beleid*: er is sprake van een door het bestuur en RvC merkbare invloed van de familie op het bedrijf. Zodra relevante uitgangspunten uit het familieprotocol herkenbaar zijn opgenomen in een directiereglement (dat in veel gevallen ook is opgesteld), wordt in ieder geval aan dit criterium voldaan.
4. *Duurzaamheid*: er is sprake van een doorlopend onderhoud van de uitgangspunten van het familieprotocol (mede) gericht op voortzetting van het familiebedrijf.
5. *Kapitaal*: het familieprotocol heeft betrekking op het volledig door de familie in het bedrijf gehouden aandelenkapitaal en voor zover het aandelenkapitaal van het bedrijf wordt gedeeld met derden, is met deze partijen een separate onderlinge regeling tot samenwerking aangegaan.

Men zou kunnen stellen dat niet het protocol alleen maatgevend is, maar evenzeer de feitelijke werking van het familieprotocol binnen de specifieke 'setting' van het familiebedrijf waarin deze tot stand is gebracht en wordt onderhouden. Om deze werking te kunnen beoordelen, moet het familieprotocol wel zijn opgesteld. De toetsing dient te worden gedaan aan de hand van de bepalingen en feitelijke werking tezamen. De juridische status is daarbij niet relevant (afgezien van het feit dat kennelijk een regeling van onderlinge samenwerking niet eens schriftelijk hoeft te worden vastgelegd). Het is de praktijk die hier haar werk moet doen.

Conclusie

Familiebedrijven kenmerken zich doorgaans door een actieve betrokkenheid van kapitaalverschaffers bij het reilen en zeilen van de door de familie gedreven onderneming. In toenemende mate worden door familiebedrijf-

Een familiebedrijf dat aan de vijf governancecriteria voldoet, zou buiten het structuurregime moeten vallen.

De voor de beursgenoteerde ondernemingen gewenste uniformiteit en transparantie is voor de privaat gehouden familiebedrijven minder opportuun.

ven inspanningen getroost om ook de familieleden die verder af staan van het bedrijf te betrekken bij de gedachtevorming over de doelstellingen en de uitgangspunten voor het beleid. Kortom, bij elke professioneel bestuurd familieonderneming is een eigen invulling waarneembaar van de relatie die de achterliggende familie met haar bedrijf onderhoudt. De structuurregeling is voor dit type onderneming daarom in wezen overbodig en werkt in veel gevallen zelfs averechts omdat daarmee de gewenste flexibiliteit van de governance in het gedrang komt. De laatste wijzigingen in het structuurregime hebben daarin weinig verbetering tot stand gebracht. Indien een familiebedrijf binnen de structuurregeling valt, dan kan slechts (mogelijke hoge uitzonderingen daargelaten) het verzwakte regime uitkomst bieden en dat alleen voor de beoogde invloed op de invulling van het bestuur van het bedrijf.

Wij pleiten voor een volledige vrijstelling of ontheffing van het structuurregime voor die gevallen dat een familiebedrijf met het opstellen van een familieprotocol tegemoetkomt aan governancecriteria waardoor de doelstellingen van het structuurregime langs een meer op de realiteit en praktijk toegesneden weg worden bereikt. De voor de beursgenoteerde ondernemingen gewenste uniformiteit en transparantie is voor de privaat gehouden familiebedrijven minder opportuun. Daarbij kan nog worden opgemerkt dat een familieprotocol als de positivering kan worden beschouwd van de door de familie ontwikkelde visie op het te voeren beleid. Met het opstellen en onderhouden van een familieprotocol (met name het proces dat daarmee is gemoeid) getroost een bedrijfsfamilie zich een enorme inspanning die het bedrijf ten goede komt. Een bedrijf is per slot van rekening gebaat bij een stabiele achterban van betrokken eigenaren die hun vermogen duurzaam ter beschikking stellen. Men zou kunnen stellen dat dergelijke inspanningen een vrijstelling of ontheffing van het structuurregime of, op zijn minst, de toepassing van het verzwakte regime zouden billijken en rechtvaardigen. Zolang of zodra een bedrijfsfamilie haar rol van 'responsible owner' echter niet (meer) kan of wenst in te vullen, is het beter om de bestuursverhoudingen en -bevoegdheden bij de grote familiebedrijven te regelen conform de structuurregeling en het zwaartepunt van de governance te leggen bij de RvC.

In dit artikel is een vijftal governancecriteria voor familiebedrijven gepresenteerd die zich zouden kunnen lenen als toetssteen voor de vormgeving van een onderlinge regeling tot samenwerking en daarmee voor de toepassing van het verzwakte regime in de huidige structuurwet. Met een familieprotocol kan de tegemoetkoming aan deze criteria uitstekend worden gerealiseerd. Daarmee wordt gestalte gegeven aan een onderlinge regeling tot samenwerking. Dezelfde criteria zouden kunnen worden gehanteerd voor de beoordeling in hoeverre een vrijstelling of ontheffing opportuun is (het onderscheid tussen beiden zou nog nader kunnen worden besproken in vervolg op deze aanzet). Anders gesteld: indien een familieprotocol als een onderlinge regeling tot samenwerking kan worden beschouwd, dan zou het betreffende familiebedrijf in aanmerking moeten kunnen komen voor een vrijstelling of ontheffing. Onder de huidige wet moet men zich vooralsnog tevreden stellen met hooguit het verzwakte regime.