

Reactie Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP op het Voorontwerp: “Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bezoldiging van bestuurders”

## 1 Inleiding

Opvallend is dat in de titel van de wet wordt gesproken van aanpassing en terugvordering van bezoldiging, terwijl in de tekst van het voorstel telkens wordt gesproken van ‘bonus’. Volgens de toelichting wordt met bonus bedoeld (met verwijzing naar artikel 2:383c lid 1 slot): “een variabel deel van de bezoldiging, waarvan de toekenning afhankelijk is gesteld van het behalen van bepaalde vooraf omschreven doelstellingen”. Bezoldiging is breder en omvat in ieder geval ook het vaste deel van de bezoldiging. Aanbevolen wordt om de titel meer te laten aansluiten bij het onderwerp.

## 2 Aanpassing, de leden 5 en 6 van artikel 135

De bepaling dat een regel (voortvloeiend uit de wet, gewoonte, rechthandeling of overeenkomst) niet van toepassing is voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, stamt uit het vermogensrecht, zie lid 2 van de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Men noemt dit ook wel de beperkende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter bij toepassing van deze bepaling de nodige terughoudendheid moet betrachten.

Een dergelijke bepaling ontbreekt in het Nederlandse rechtspersonenrecht. Een bonusregeling zal in beginsel zijn gebaseerd op een overeenkomst. Dat kan zijn een arbeidsovereenkomst of een andersoortige overeenkomst (bijvoorbeeld opdracht), hetzij omdat door het nog in werking te treden artikel 2:132 lid 3 BW bepaald wordt dat er geen arbeidsovereenkomst is, hetzij omdat in de bonusregeling zelf wordt bepaald dat de regeling geen onderdeel vormt van de arbeidsovereenkomst. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is dus thans al van toepassing op bonusregelingen (behoudens indien de overeenkomst wordt beheerst door het recht van een ander land, dat een dergelijke beperkende werking niet kent).

Wat is het geval indien zowel de leden 5 en 6 van het toekomstige artikel 2:135 BW, als de artikelen 6:2 en 6:248 BW van toepassing zijn?

De leden 5 en 6 van artikel 135 geven een eenzijdige bevoegdheid tot aanpassing tot een passende hoogte van de bonus. Die bevoegdheid zal in de praktijk vaak toekomen aan de raad van commissarissen.

De toepassing van lid 2 van de artikelen 6:2 en 6:248 BW leidt er toe dat een regel niet van toepassing is. Dit gaat niet verder dan nodig is om een vastgestelde onaanvaardbaarheid op te heffen. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van de instrumenten van de partiële nietigheid (art. 3:41 BW) en de conversie (art. 3:42 BW). Dit resultaat is er van rechtswege, al zal indien de partijen het niet eens zijn, de rechter uiteindelijk dit resultaat moeten vaststellen. Ook bij toepassing van de leden 5 en 6 van artikel 135 zal de rechter eraan te pas moeten komen indien de (ex) bestuurder van mening is dat de RvC haar bevoegdheid niet juist heeft gebruikt.

In dat opzicht voegt de voorgestelde regeling niet veel toe aan de bestaande situatie.

De verplichting voor de RvC om de bonus aan te passen indien deze ten gevolge van een openbaar bod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, plaatst de RvC helemaal in een toestand waarin zij moet laveren tussen Scylla en Charybdis. Aan de ene kant is er een verplichting tot aanpassing, aan de andere kant mag slechts worden aangepast indien vaststaat dat betaling van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De RvC wordt als het ware gedwongen tot het voeren van een soort *pre-trial*: met haar adviseurs moet ze een inschatting maken van hetgeen de rechter zou oordelen, als de beslissing tot aanpassing aan de rechter zou worden voorgelegd. De RvC kan daarbij de goede beslissing nemen. Maar de RvC loopt ook twee risico's. Ten eerste dat ze het verwijt krijgt dat ze haar bevoegdheid ten onrechte niet heeft gebruikt (als ze voordien had ingeschat dat de aanpassing het bij de rechter niet zou halen). Ten tweede dat ze haar bevoegdheid ten onrechte heeft gebruikt, indien de rechter later tot het oordeel komt dat de afgesproken bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Wij achten zo'n wettelijke verplichting tot aanpassing, waarbij de RvC meer kans maakt om fouten te maken dan om het goed te doen, onwenselijk. De toch al niet geringe taak van de commissarissen wordt daardoor bemoeilijkt en hun aansprakelijkheidsrisico's nemen daardoor toe.

### **3 Terugvordering, lid 7 van artikel 135**

Het terugvorderen van een al betaalde of voldane bonus, die zich al in het vermogen van de bestuurder bevindt, vergt (buiten het geval dat de bestuurder deze vrijwillig teruggeeft) per definitie een gerechtelijke procedure die wordt ingeleid met een dagvaarding. Het valt niet goed in te zien hoe een dergelijke procedure in het belang van de vennootschap zou zijn. De onenigheid tussen RvC en de (inmiddels waarschijnlijk) ex-bestuurder en de achterliggende feiten worden publiekelijk geëtaleerd. De vennootschap heeft in zo'n situatie veelal een woelige tijd achter de rug en de RvC en het nieuwe bestuur zullen meer de blik op de toekomst willen richten. De kosten van een procedure kunnen bovendien worden vermeden.

### **4 Alternatief**

Naar ons oordeel is de voorgestelde regeling deels overbodig en doet zij meer kwaad dan goed. Volstaan kan worden met een wettelijke guidance waaraan bonusregelingen voor bestuurders moeten voldoen. Naar onze mening zijn er twee bouwstenen die een bonusregeling moet bevatten.

Ten eerste moet de aanpassingsbevoegdheid van de RvC contractueel worden vastgelegd. Op de *performance period*, de periode waarin het behalen van de doelstellingen wordt gemeten, volgt een herzieningsperiode waarin moet worden vastgesteld dat de targets duurzaam zijn geweest en niet gebouwd op drijfzand. Meting tijdens de *performance period* leidt tot vaststelling van de bonus; meting tijdens de herzieningsperiode kan leiden tot bijstelling van de bonus. Daarbij dienen de criteria voor aanpassing zo concreet mogelijk te zijn en algemeen als het niet anders kan. Daarnaast blijft altijd een rol voor de redelijkheid en billijkheid maar het is het beste dat daar zo min mogelijk een beroep op hoeft te worden gedaan.

Ten tweede moet de bonus tot het einde van de herzieningsperiode niet in het vermogen van de bestuurder geraken. Dat maakt dat een bijstelling niet hoeft te leiden tot terugvordering, maar tot alsnog niet uitbetalen. Er zijn genoeg instrumenten om de bestuurder na de *performance period* al

wel (voorwaardelijk) economisch gerechtigd te laten zijn tot de bonus, maar juridisch nog niet. Dat voorkomt onnodige, tijdrovende en de aandacht trekkende gerechtelijke procedures.

Rotterdam, 26 april 2010

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP  
mr I.D.J. Willemars ([ilona.willemars@hollandlaw.nl](mailto:ilona.willemars@hollandlaw.nl))