

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

*zoekadres  
taweg 10  
'BX Amsterdam*

Aan de minister van Justitie

*ps  
8456  
Amsterdam*

Datum 26 april 2010

Uw kenmerk

*0300*

Ons kenmerk

Telefoonnr.020 5816496

*541*

Onderwerp: Wetswijziging boek 2 BW

E-mail: klara.boonstra@vc.fnv.nl

Excellentie,

De FNV is voorstander van de invoering van de wetswijziging van boek 2 van het BW in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bezoldiging van bestuurders. Het standpunt dat de FNV al jaren verkondigt inzake de perverse effecten van een te groot percentage variabele beloning en bonussen wordt inmiddels breed onderschreven. De werkelijkheid is echter weerbarstig, feitelijke gedragsveranderingen vergen meer dan een kentering in de publieke opinie. De economische crisis lijkt voor een deel van het bedrijfsleven tot een neerwaartse druk op de variabele beloning te leiden. Bedacht moet echter worden dat die ontwikkeling leidt tot een uitkomst, maximering van de bonus op een jaarsalaris, die de commissie-Tabaksblat in 2003 al voor ogen had. Wegens felle kritiek van de bedrijven werd deze passage in de uiteindelijke versie geschrapt, zodat topbestuurders vrij spel hielden om hun bonussen op te voeren. Door de kredietcrisis adopteren enkele concerns nu alsnog deze vuistregel. De vraag is echter of het besef zal doorwerken in de toekomst, als de economische situatie weer wat verbetert.

Het wetsvoorstel strekt tot wettelijke verankering van enkele best practice bepalingen van de Corporate Governance Code 2008, namelijk II.2.10 en II.2.11. Best practice bepaling II.2.10 bepaalt dat de Raad van Commissarissen de bevoegdheid heeft de waarde van een in een eerder boekjaar toegekende voorwaardelijke variabele bezoldigingscomponent beneden- of bovenwaarts aan te passen, wanneer deze naar zijn oordeel tot onbillijke uitkomsten leidt vanwege buitengewone omstandigheden in de periode waarin de vooraf vastgestelde prestatiecriteria zijn of dienden te worden gerealiseerd. In best practice bepaling II.2.11 staat dat de Raad van Commissarissen de bevoegdheid heeft de variabele bezoldiging die is toegekend op basis van onjuiste (financiële) gegevens terug te vorderen van de bestuurder (*claw back clause*). Het effect van de voorziene wetgeving valt of staat met een sterke en onafhankelijke positie van de Raad van Commissarissen. De Code gaat uit van een Raad van Commissarissen die in staat is om de redelijkheidstoets en de claw back clause in de contracten met bestuurders op te nemen en die zich inspant om bestaande contracten open te breken om deze bevoegdheden daarin vast te leggen. Die bevoegdheid is in het wetsvoorstel geregeld en wordt daarmee minder afhankelijk gemaakt van de feitelijke machtsverhoudingen tussen de organen in de onderneming. Nu in het onderhavige wetsvoorstel de Raad van Commissarissen een zo belangrijke bevoegdheid wordt toegekend geldt te meer dat zijn positie als onafhankelijk toezichtorgaan moet worden versterkt. In haar commentaar op het rapport van juni 2008 van de Commissie Frijns constateerde de FNV ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders een aantal belangrijke zaken. Ten eerste dat de positie van de Raad van Commissarissen ten opzichte van de overige organen van de

onderneming versterking behoeft en dat de samenstelling van die Raad meer divers zou moeten zijn. Die noodzaak wordt met dit wetsvoorstel nog vergroot.

Ten tweede constateerde de FNV in 2008 dat de Code terecht verlangt dat het variabele deel van de beloning wordt gerelateerd aan vooraf bepaalde, meetbare en beïnvloedbare doelen die deels op korte, deels op lange termijn moeten worden gerealiseerd. Maar tegelijkertijd werd geconstateerd dat dit beginsel onvoldoende wordt uitgewerkt in handzame best practice bepalingen. Met andere woorden, er bestaat geen directe relatie tussen het variabele deel van het inkomen en de prestatie van de bestuurder. Uit onderzoek gedaan in opdracht van de Commissie Frijns naar de relatie tussen bezoldiging en ondernemingsprestaties bleek dat financiële maatstaven als beurskoers en winstgevendheid veel meer worden gehanteerd dan kwalitatieve maatstaven en dat er geen aantoonbare positieve correlatie bleek te bestaan tussen de waardecreatie en de persoonlijke prestatie van de bestuurder.

Het onderhavige wetsontwerp geeft de Raad van Commissarissen de bevoegdheid de bonus aan te passen tot een passende hoogte indien betaling van de bonus *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar* zou zijn. De vennootschap is bevoegd een bonus als onverschuldigd betaald terug te vorderen voor zover de betaling heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie *of de aan de bonus ten grondslag liggende doelen niet zijn bereikt*. De juridische houdbaarheid van deze regeling vergt dat het kader van het bezoldigingsbeleid volstrekt transparant is over de elementen, criteria en maatstaven van de bezoldiging, als ook over de gestelde doelen in verband met de bonus per bestuurder. In 2008 bleek dat het daar over het algemeen nogal aan schort en er is geen reden om aan te nemen dat dit in de huidige situatie is verbeterd.

De vermoedelijke gevolgen daarvan zijn niet moeilijk te voorspellen. Als de vennootschap gebruik maakt van de in het wetsvoorstel voorziene bevoegdheden draagt zij in een geschil de bewijslast in de contractuele relatie tussen haar en haar bestuurder. Zij moet aantonen dat er een negatieve correlatie bestaat die leidt tot een neerwaartse aanpassing van de bezoldiging, in plaats van de positieve correlatie die verondersteld wordt ten grondslag te liggen aan de bonus. Zij dient aan te tonen dat onverkort uitbetalen van de bonus onbillijk en onrechtvaardig zou zijn. Als het om terugvordering gaat moet zij bewijzen dat door de beperkte prestatie van de betreffende bestuurder een of meerdere aan de bonus ten grondslag liggende doelen niet zijn bereikt. De vennootschap zal de rechter niet kunnen overtuigen in te gaan op haar eis, als de band tussen prestatie en bonus en het doel van de vennootschap niet vooraf duidelijk en transparant zijn vormgegeven.

Om die reden geeft de FNV de regering in overweging om, wellicht naast de voorgestelde regeling, een wettelijke regeling te ontwerpen volgens het meer dwingende Duitse systeem van par. 87 van het Aktiengesetz. De minister van Justitie haalt deze regeling aan in zijn brief van 31 maart 2010 die betrekking heeft op het onderhavige wetsvoorstel, maar geeft niet aan waarom wij in Nederland niet ook die weg op kunnen gaan. Die regeling maakt een neerwaartse bijstelling van de variabele beloning niet zozeer afhankelijk van het presteren van de bestuurder, maar van een verslechtering van de economische situatie van de vennootschap, bijvoorbeeld bij gedwongen ontslagen onder de werknemers of wanneer loonoffers worden gevraagd. Omdat persoonlijk gezichtsverlies bij een zodanige regeling niet aan de orde zal zijn, zal het inroepen van de bevoegdheid wellicht veel minder weerstand oproepen.

Teneinde het risico te vermijden dat dit wetsvoorstel slechts zal leiden tot symboolwetgeving dient derhalve te worden ingezet op een stelsel waarin striktere voorwaarden worden verbonden aan de deugdelijkheid van de maatstaven aan de hand waarvan het variabele deel van de beloning wordt bepaald. Ten overvloede wijst de FNV op haar standpunt dat prestaties van bestuurders niet alleen moeten worden gedefinieerd in termen van financiële gegevens, zoals artikel 2:383c BW lijkt te suggereren, maar tevens in termen van duurzaamheid, maatschappelijk verantwoord ondernemen, human resources prestaties (wervingskracht op de arbeidsmarkt) en consumenten - of klanttevredenheid.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gortzak', with a stylized flourish underneath.

Peter Gortzak