

Ministerie van Justitie
T.a.v. Mevr Mr M. Meinema
2500 EH DEN HAAG

Tevens per e-mail: m.meinema@minjus.nl

Datum 26 april 2010

Onze ref. VEUO-reactie wetsvoorstel bonussen MvJ
april 2010 (EJ)

Betreft: Consultatie conceptwetsvoorstel inzake aanpassing en terugvordering van
bezoldiging van bestuurders

Zeer geachte mevrouw Meinema,

Inleiding

- 1 Op 9 april j.l. is uwerzijds gepubliceerd het voorontwerp voor een wetsvoorstel inzake aanpassing en terugvordering van bonussen. U heeft gelegenheid geboden om op dit voorontwerp te reageren. De VEUO stelt dat op prijs en maakt graag van de door u geboden gelegenheid gebruik.

Aanpassing van een overeenkomst ter betaling van een nog niet uitgekeerde bonus

- 2 Het conceptwetsvoorstel stelt voorop dat een wettelijke bevoegdheid wordt gegeven aan de Raad van Commissarissen (RvC) om eenmaal aangegane overeenkomsten terzake van bezoldiging aan te passen als zulks naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De VEUO juicht toe dat voorop staat dat het hier gaat om een beoordeling door de RvC op basis van alle omstandigheden van het specifieke geval. Dit sluit aan bij de benadering die terecht ook in de Code Tabaksblat zoals gewijzigd op voorstel van de Commissie Frijns is neergelegd.
- 3 De norm die in het wetsvoorstel in artikel 135 lid 5 en lid 6 aanlegt, namelijk dat betaling van de bonus "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn" is ontleend aan de artikelen 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek. Op zichzelf leidt het aanleggen van die maatstaf er

VEUO

inderdaad toe dat een betaling niet langer verschuldigd is. Conceptueel wordt aldus in juridische zin een zuivere maatstaf aangelegd.

4. Wel zal bij de toepassing van deze norm steeds nadrukkelijk in het oog moeten worden gehouden dat de vermelde norm weldegelijk uitgaat en moet uitgaan van de situatie en de omstandigheden op het moment dat de bonus is toegezegd. De nu voorgestelde regeling kan en mag niet tot doel hebben om terug te komen op eerder gedane toezeggingen omdat de vennootschap, haar aandeelhouders of commissarissen menen dat achteraf van opvatting veranderen over de beslissing om de bonus toe te kennen. De norm van 6:248 BW veronderstelt immers evenzeer dat een beginsel van burgerlijk recht is dat gerechtvaardigde verwachtingen en aangegane contracten ook daadwerkelijk worden nagekomen. Voor zover men daarop terug zou willen komen moet er sprake zijn van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW. Dit onderscheid wordt in het concept wetsvoorstel niet steeds voldoende helder gemaakt.
5. Op voet van het voorgaande zou het bijvoorbeeld niet zo moeten zijn dat een vennootschap een bonustoezegging kan doen om een bestuurder aan te trekken of te behouden in de veronderstelling dat de vennootschap zich daaraan later toch weer zou kunnen onttrekken als dat dan opportuun zou worden geoordeeld. Anders gezegd, de gerechtvaardigde redelijke verwachting die met het toekennen van een bonus bij een bestuurder wordt gewekt, behoort ook zwaar te wegen. In de praktijk moet dit meebrengen dat een minimum voorwaarde voor toepassing van de vermelde regels in ieder geval is dat het gaat om dat deel van een bonus dat duidelijk uitstijgt boven hetgeen een redelijke verwachting rechtvaardigt. Gaat het om een bonus in aandelen dan zou er aldus sprake moeten zijn van een waardestijging ten gevolge van omstandigheden (bijvoorbeeld onverwacht gunstige marktontwikkelingen of een gunstig bod dat niet kon worden voorzien) die redelijkerwijze niet door de betreffende bestuurder mocht worden verwacht.

Terugvordering van een reeds betaalde bonus

6. Waar de hiervoor besproken regeling getuigt van in ieder geval conceptuele juridische consistentie en ook uitgaat van gepaste terughoudendheid in het doorbreken van contractuele afspraken, kan dat niet zonder meer gezegd worden van de regeling zoals deze wordt voorgesteld als art. 2:135 lid 7. Volgens dit voorstel zal gaan gelden dat de vennootschap een bonus *“als onverschuldigd betaald”* kan terugvorderen voor zover de betaling heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie *“of de aan de bonus ten grondslag liggende doelen niet zijn bereikt”*.

VEUO

7. Mede in het licht van de hiervoor besproken voorstellen voor nog te betalen bonussen zoals vervat in artikel 2:135 leden 5 en 6, is de bepaling zoals voorgesteld in art. 2:135 lid 7 in de huidige vorm juridisch niet goed werkbaar en lijkt deze praktisch niet goed doordacht. Waar met betrekking tot nog te betalen bonussen (zie hiervoor) terecht een terughoudende maatstaf wordt aangelegd (ongewijzigde uitkering moet "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn"), wordt die maatstaf juist in het geval van artikel 2:135 lid 7 dat een regeling bevat die wezenlijk verder gaat (het betreft dan immers het terugvorderen van *reeds uitgekeerde* bonussen) niet aangelegd. Voldoende wordt hier geacht dat sprake is van onjuiste informatie of dat de aan de bonus "ten grondslag liggende doelen" niet zijn bereikt.
8. Bij een en ander wordt geen onderscheid gemaakt tussen de aard van de informatie, de vraag of de informatie al of niet bewust onjuist is weergegeven of eenvoudigweg niet precies kan worden vastgesteld. Datzelfde geldt ook voor de vraag of de aan de bonus ten grondslag liggende doelstellingen zijn bereikt. Zo blijft bijvoorbeeld in het midden of het gaat om specifieke doelen die als voorwaarden aan het verkrijgen van een bonus zijn verbonden of dat ook meer algemene al of niet geëxpliciteerde doeleinden een terugvordering kunnen rechtvaardigen. Ook ontbreekt elk proportionaliteitscriterium. De regeling ziet er ook volledig aan voorbij dat vele bonussen, gelet op de vaak complexe doelstellingen die meerdere aspecten en elementen omvatten, een discretionair element bezitten en op het moment van de vaststelling of aan de gestelde criteria is voldaan, uit de aard der zaak onzekerheid kan bestaan over de precieze situatie. Zo zal bijvoorbeeld in het geval dat als doelstelling is gesteld om een bepaald percentage marktaandeel te verwerven dit bijna nooit met absolute precisie kunnen worden bepaald (dit is immers mede afhankelijk van aannames omtrent de relevante markt die steeds een min of meer open karakter zullen hebben).

De regeling ter zake van reeds betaalde bonussen is in de huidige vorm praktisch en juridisch niet adequaat

9. Het voorgaande brengt mee dat de VEUO meent dat de regeling zoals voorgesteld in artikel 2:135 lid 7 praktisch en juridisch niet adequaat is. Hieronder wordt dat nader toegelicht. Vooraleer dat nader uit te werken, hecht de VEUO er overigens wel aan voorop te stellen dat de VEUO uiteraard wel ondersteunt dat aandeelhouders en commissarissen van een vennootschap effectieve middelen in handen hebben om de beloning van bestuurders mede te kunnen bepalen. Daarbij hoort dat commissarissen binnen het beloningsbeleid zoals vastgesteld door de algemene vergadering, criteria moeten kunnen formuleren en grenzen moeten kunnen stellen. Dat omvat ook dat de (commissarissen van de) vennootschap de middelen moeten hebben om bonussen terug te vorderen als deze zijn uitgekeerd terwijl bestuurders

VEUO

daarop geen aanspraak hadden omdat er sprake is van aan hen toe te rekenen evident onjuiste of misleidende informatie over geboekte resultaten en/of bereikte doelstellingen. Daarover bestaat geen discussie. Bedacht moet echter worden dat het huidige burgerlijke recht daarvoor al adequate instrumenten kent (zoals de algemeen geldende regels over bedrog en dwaling in de artikelen 2:44 en 6:228 BW). De VEUO is ook van oordeel dat deze instrumenten in de geschetste gevallen dienen te worden gebruikt. Gelukkig doen deze zich in de praktijk overigens slechts zelden voor.

10. Als van dergelijke aan bestuurders toe te rekenen evident onjuiste of misleidende informatie echter geen sprake is, behoort anderzijds te gelden dat gemaakte afspraken worden nagekomen *tenzij* nakoming daarvan in gemoede "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" zou zijn. Net zoals in het voorgaande (bij de bespreking van het voorgestelde artikel 2:135 leden 5 en 6) is uiteengezet, behoort die maatstaf juist ook te gelden in situaties waarin de reeds is uitgekeerd. In ieder geval kan daarvoor niet voldoende worden geacht, zoals artikel 2:135 lid 7 BW nu voorstelt, dat een de vennootschap vertegenwoordigingsbevoegde persoon meent dat betaling plaats vond op basis van "onjuiste informatie" of "de aan de bonus ten grondslag liggende doelen" niet zijn bereikt.
11. Al met al brengt de nu voorgestelde regeling mee dat een hoog niveau van onzekerheid wordt gecreëerd. Dat kan en mag niet de bedoeling zijn van wetgeving. Juist de open en algemene categorieën die het wetsvoorstel nu centraal stelt, vereisen dat besluiten van het bevoegde orgaan om een bonus al of niet geheel of gedeeltelijk terug te (kunnen) vorderen, (moeten) worden getoetst aan de maatstaf of en in hoeverre uitkering van een reeds uitbetaalde bonus "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is".
12. Een dergelijke toets is overigens niet slechts vereist ter beperking van de onzekerheid, maar ook een voorwaarde om de nu voorgestelde regeling überhaupt juridisch adequaat te kunnen inbedden. Het is immers een juridische anomalie om, zoals het wetsvoorstel nu doet, eenvoudig te stipuleren dat een bepaalde betaling en/of levering van aandelen als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd. Dat zal steeds vereisen dat sprake is van een juridische grondslag die de titel voor een dergelijke gedane betaling geheel of gedeeltelijk aantast. En die grondslag kan in de systematiek van dit wetsvoorstel geen andere zijn dan de toets dat uitbetaling van de bonus "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar" was. Ontbreekt die toets dan is de bepaling dat een betaling als "onverschuldigd" kan worden teruggevorderd, niets anders dan een onteigeningsregel. Zo'n onteigening vereist echter, naar in verdragen verankerd Europees recht, dat daartegenover een vergoeding wordt betaald. Maar een dergelijke vergoeding wordt echter uit de aard der zaak nu juist niet

VEUO

betaald. Het gaat immers juist om een terugvordering van een eerder toegezegde *en* reeds uitgekeerde bonus.

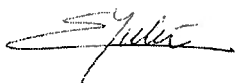
13. Ten slotte zij er op gewezen dat het bovenstaande overigens niet het enige probleem is dat met een verwijzing naar de regeling van de onverschuldigde betaling wordt gecreëerd. Toepassing van die afdeling (de VEUO neemt althans aan dat met de verwijzing naar afdeling 2 in het voorgestelde artikel 2:135 lid 7 de betreffende afdeling van titel 4 van boek 6 BW wordt bedoeld) leidt ook in andere opzichten tot onaanvaardbare situaties. Een illustratie biedt bijvoorbeeld art. 6:210 BW. Volgens die bepaling geldt dat wanneer een prestatie niet meer ongedaan kan worden gemaakt, de waarde moet worden vergoed *op het moment van ontvangst van de prestatie*. Anders gezegd, als een bonus in aandelen is uitgekeerd, moet dus de waarde van de aandelen op het moment van ontvangst worden vergoed ook als de bestuurder pas nadien de aandelen heeft vervreemd tegen een aanzienlijk lagere prijs. De VEUO meent dat zulks niet overeenstemt met het doel van de regeling.

Conclusie

14. Op basis van het voorgaande concludeert de VEUO dat waar in het consultatievoorstel de voorgestelde leden 5 en 6 van artikel 2:135 BW consistent zijn met de uitgangspunten van het burgerlijk recht en in ieder geval nopen tot een zeer zorgvuldig en terughoudend gebruik van de "claw back" bevoegdheid, de voorgestelde regeling van artikel 2:135 lid 7 in al deze opzichten tekort schiet en zowel praktisch als juridisch in de huidige vorm niet adequaat is.

De VEUO hoopt met het bovenstaande gedetailleerd inzicht te hebben gegeven in de overwegingen die tot de hiervoor vermelde conclusie en het daarin vervatte oordeel hebben geleid. Uiteraard laat dat onverlet dat de VEUO gaarne beschikbaar om het bovenstaande, schriftelijk of anderszins, nader toe te lichten als daaromtrent uwerzijds nog vragen of opmerkingen uwerzijds zouden bestaan.

Met de meeste hoogachting,



Eva Julius
Adjunct Secretaris VEUO