

# **GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT**

van de

**Nederlandse Orde van Advocaten**

en de

**Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie**

## **Advies inzake het Ambtelijk Voorontwerp aanpassing en terugvordering bonussen**

### **1. Algemene Opmerkingen**

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("Gecombineerde Commissie") heeft begrip voor het streven op korte termijn een regeling tot stand te brengen die in de plaats kan komen van artikel 2:129 lid 7 BW, zoals dat is toegevoegd aan het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (31058). Dat leidt echter in dit geval wel tot een erg korte consultatietermijn. Dergelijke korte termijnen doen afbreuk aan het met consultatieprocedures beoogde doel.

Daarnaast heeft de Gecombineerde Commissie de indruk dat dit ambtelijk voorontwerp door de tijdsdruk misschien niet de zorgvuldige voorbereiding en aandacht heeft gekregen die dit politiek geladen en complexe onderwerp verdient. Daar komt bij dat het voorontwerp een materie beoogt te regelen die nog volop in discussie is, zowel binnen het Europese Parlement als in andere internationale gremia. Ook is nog onduidelijk wat het effect van de Nederlandse corporate governance code is op het beleid van beursfondsen met betrekking tot variabele beloningen. Dit alles doet de vraag rijzen of het niet verstandig zou zijn te wachten tot deze discussies zijn uitgekristalliseerd en tot heldere conclusies hebben geleid over wat de lidstaten te doen staat in termen van wetgeving op dit onderwerp.

Het is belangrijk dat de Nederlandse regeling goed aansluit bij die in de ons omringende landen. De concurrentie-positie van onze financiële sector en onze beursfondsen meer in het algemeen is hier tot op zekere hoogte in het geding. De toelichting geeft, behoudens een enkele verwijzing naar par. 87 van het Duitse Aktiengesetz, geen overzicht van hoe de Nederlandse regeling zich verhoudt tot die in het buitenland. Een dergelijk overzicht en de daaruit te trekken conclusies zouden er naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie wel moeten komen.

De Gecombineerde Commissie onderschrijft dat het wenselijk is de door de Tweede Kamer bij amendement aangenomen bepaling te vervangen. Zij beperkt zich in deze fase tot het maken van slechts enkele opmerkingen bij het Voorontwerp. Indien en wanneer het eigenlijke wetsvoorstel

wordt gepubliceerd, zou de Gecombineerde Commissie graag de gelegenheid hebben om zo nodig meer diepgaand commentaar te leveren.

## **2. Lid 5**

De Gecombineerde Commissie heeft aarzeling over de reikwijdte van de voorgestelde regeling. Die is nu van toepassing op alle NV's. Hierdoor strekt de regeling zich uit over een zeer groot aantal vennootschappen voor wie de regeling eigenlijk irrelevant is. Verstandiger is de regeling alleen van toepassing te doen zijn op NV's boven een bepaalde grootte en op NV's die formeel of informeel een beroep doen op de kapitaalmarkten.

De betekenis van het begrip "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid" is onzeker. De toelichting geeft hier ook weinig houvast. De gedachte zoals verwoord in de toelichting dat dit begrip nadere inhoud zou krijgen in de praktische uitvoering van dit wettelijke voorschrift, eventueel met hulp van jurisprudentie, lijkt optimistisch. In elk geval zou dit betekenen dat de inhoud van dit begrip de eerstkomende jaren nog in nevelen gehuld zal blijven. Misschien is dit onvermijdelijk, maar het blijft eigenlijk onwenselijk.

Het lijkt de Gecombineerde Commissie belangrijk dat de toelichting aangeeft dat voor wat betreft deze maatstaven in voorkomende gevallen ook gekeken moet worden naar het internationale speelveld waarop de betreffende NV's opereren en hun bestuurders recruterend. In dit verband wijst de Gecombineerde Commissie ook op de discussie die op Europees vlak plaatsvindt en die inmiddels heeft geleid tot een concept rapport van 6 april 2010 van het Committee on Economic and Monetary Affairs (kenmerk 2010/2090 (INI)).

De toelichting (p.5) noemt als voorbeeld van gevallen waarin gebruik gemaakt kan worden van de aanpassingsbevoegdheid *"Te denken valt aan de situatie dat de uitwerking van het bezoldigingsbeleid in het concrete geval niet langer overeenstemt met de uitgangspunten van het bezoldigingsbeleid, bijvoorbeeld als de koers van de aandelen is verveelvoudigd als gevolg van overnamegeruchten."*

De Gecombineerde Commissie plaatst twee kanttekeningen bij deze toelichting. In de eerste plaats vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of dit voorbeeld in ieder opzicht juist is gekozen nu lid 6 een specifieke regeling geeft voor de gevallen dat een openbaar bod plaatsvindt. In de tweede plaats meent zij dat de toelichting duidelijk zou moeten maken dat een eventuele latere wijziging van het bezoldigingsbeleid zelf geen reden is om tot toepassing van lid 5 over te gaan.

De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is in de toelichting tot uitdrukking te brengen dat bij de beoordeling of gebruik gemaakt zal worden van de in deze bepaling gegeven bevoegdheid mede rekening gehouden dient te worden met de vraag wat voor vergelijkbare regelingen binnen de betrokken onderneming gelden voor personen die geen deel uitmaken van het bestuur van de onderneming maar bij de onderneming in dienst zijn.

### 3. Lid 6

De toelichting leidt tot onduidelijkheid omtrent het toe te passen criterium. Terwijl de tekst van de bepaling spreekt over "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn" spreekt de toelichting over "onbillijke". Dit begrip heeft een wezenlijk andere betekenis dan de in de wettekst gebruikte formulering. De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is het begrip "onbillijke" te vervangen door de in de bepaling gebruikte woorden.

De Gecombineerde Commissie merkt op dat in lid 5 de raad van commissarissen de *bevoegdheid* heeft om de bonus aan te passen, terwijl de raad in lid 6 de *verplichting* heeft om aan te passen. Het lijkt logisch om voor de situatie in lid 6 dezelfde benadering te kiezen als die in lid 5. Als er niettemin een verplichting tot ingrijpen in de context van een openbaar bod zou zijn, wat is dan de sanctie indien aan die verplichting niet wordt voldaan?

De Gecombineerde Commissie wijst er op dat bij gestanddoening van het bod dat tot aanpassing van de aanspraak leidt, de aanpassing zal leiden tot een voordeel dat nagenoeg alleen ten goede komt van de bieder omdat het totaal door de bieder te betalen bedrag wordt verminderd, ook omdat niet verwacht mag worden dat een vermindering van de aanspraken tot een verhoging van het bod zal leiden.

Vermindering van aanspraken op grond van deze bepaling moet plaatsvinden voordat een bod gestand is gedaan. De Gecombineerde Commissie acht het wenselijk aan de voorgestelde bepaling toe te voegen dat, indien met toepassing van deze bepaling een aanspraak wordt verlaagd, de oorspronkelijke aanspraak herleeft indien het bod niet gestand wordt gedaan. Om dezelfde reden zal een correctie moeten worden toegepast indien een aanspraak wordt verlaagd en later zou blijken dat door de omstandigheden van het geval de bestuurder toch blijkt die substantiële bonus niet te hebben kunnen realiseren. Het is sowieso misschien minder gelukkig om dwingend voor te schrijven dat de vermindering voor de gestanddoening van het bod zal moeten plaatsvinden. Dat voorschrift zou alleen dan moeten gelden indien dit inderdaad van belang is voor de bieder. Ook na gestanddoening kunnen er nog omstandigheden zijn die tot een andere conclusie over het "onaanvaardbaar" of de hoogte van de aanpassing leiden.

Is het zo dat een aanpassing moet plaatsvinden gedurende de eerste biedingsperiode nadat een openbaar bod is uitgebracht en dat het orgaan bedoeld in art. 2 123 lid 3 BW telkens wanneer een bod wordt verhoogd opnieuw zal moeten overwegen of een (verdere) aanpassing noodzakelijk is? De toelichting zou kunnen verduidelijken wat in dit scenario de bedoeling is.

De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is ook bij dit lid in de toelichting tot uitdrukking te brengen dat bij de boordeling of gebruik gemaakt zal worden van de in deze bepaling gegeven bevoegdheid mede rekening gehouden dient te worden met de vraag wat voor vergelijkbare regelingen binnen de betrokken onderneming gelden voor personen die geen deel uitmaken van het bestuur van de onderneming maar bij de onderneming in dienst zijn.

In de toelichting bij lid 5 staat in de laatste alinea dat de bestuurder die wordt ingekort een rechtsgang heeft naar de gewone rechter. De Gecombineerde Commissie neemt aan dat dit ook in geval van lid 6 geldt, en beveelt aan dat dit in de toelichting wordt verduidelijkt. Indien een procedure wordt aangespannen omtrent de vermindering van de aanspraak, zou dit betekenen dat de toepassing van de vermindering wordt aangehouden tot er een finale rechterlijke uitspraak is? Zo ja, hoe verhoudt dit zich tot het vereiste in lid 6 dat de vermindering vóór de gestanddoening van het bod moet worden gerealiseerd? En welke situatie ontstaat indien de vermindering tijdig wordt doorgevoerd maar de bestuurder na gestanddoening de vermindering aanvecht? De nieuwe "eigenaren" van de vennootschap zullen dan verweer moeten voeren in plaats van diegenen die tot de vermindering hadden besloten. Dit kan tot verwarrende situaties leiden, zeker indien de biedprijs mede gebaseerd is op de waarde van de bonusuitkeringen. Op deze vragen zal naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie tenminste de toelichting antwoord moeten geven.

#### **4. Lid 7**

De Gecombineerde Commissie meent dat het automatische verband dat de toelichting legt tussen de uitkomst van een procedure met betrekking tot de financiële verslaggeving van een rechtspersoon en de vraag of de grondslag voor de uitkering van een bonus vervalt, onjuist is. Dat geldt zelfs indien ten onrechte in de toelichting op de jaarrekening is geconstateerd dat aan de voorwaarden voor uitbetaling van een toegekende bonus is voldaan.

De toelichting lijkt daarbij overigens uit te gaan van een onjuiste lezing van art. 2:451 BW. Op grond van dat artikel kan de Ondernemingskamer besluiten een bevel omtrent de inrichting van de financiële verslaggeving te geven (lid 1), kan een dergelijk bevel zich beperken tot die verslaggeving over komende jaren (lid 3) en kan de Ondernemingskamer het besluit tot vaststelling van de betrokken jaarrekening vernietigen (lid 4). Anders dan de toelichting veronderstelt is de vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening dus bepaald niet steeds de uitkomst van een procedure indien de Ondernemingskamer al meent dat de verslaggeving niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet en op grond daarvan een maatregel treft.

De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of in de gevallen dat een vennootschap geen raad van commissarissen (of niet-uitvoerende bestuurders) heeft, de wet niet de mogelijkheid zou moeten openen voor de aandeelhoudersvergadering om een bijzondere vertegenwoordiger te benoemen die deze vordering namens de rechtspersoon kan instellen.

De formulering in lid 7 "aan de bonus ten grondslag liggende doelen niet zijn bereikt" is onzuiver. Het suggereert dat er geen terugvorderingsrecht zou bestaan indien de doelen gedeeltelijk wel zijn bereikt, en dat zal niet de bedoeling zijn.

In de laatste zin van lid 7 moet de verwijzing luiden: afdeling 2 van *titel 4* van boek 6.

## **5. Fiscale gevolgen**

De Gecombineerde Commissie wijst er op dat de toepassing van de in het Voorontwerp opgenomen bepalingen fiscale gevolgen kan hebben voor de betrokkenen en de rechtspersoon. De Gecombineerde Commissie heeft geen bijzondere kennis op dit terrein, maar verwacht dat in ieder geval indien sprake is van een aanpassing van aanspraken die deel zijn gaan uitmaken van het vermogen van een bestuurder dit fiscaal consequenties kan hebben: op het moment dat de aanspraak deel is gaan uitmaken van het vermogen van de bestuurder zal fiscaal afrekening hebben plaatsgevonden. Indien aanpassing/terugvordering plaatsvindt leidt dit tot een aftrekpost voor de Inkomstenbelasting en, zo ja, is daarvan dan sprake in het jaar dat de aanpassing/terugvordering plaatsvindt of in het jaar dat de aanspraak tot het vermogen van de betrokkene ging behoren? De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat, voor zover de rechtspersoon fiscaal de kosten van de aanspraak voor de Vennootschapsbelasting als last heeft genomen, de aanpassing/terugvordering tot fiscale winst voor de rechtspersoon zal leiden; indien de waarde van de toegekende aandelen is gestegen zou een waardestijging van door de rechtspersoon terug te ontvangen aandelen niet tot belastingheffing over het bedrag van de waardestijging bij de rechtspersoon moeten leiden. De Gecombineerde Commissie sluit niet uit dat daarvan ook in andere gevallen sprake kan blijken te zijn en meent dat wanneer het wetsvoorstel wordt ingediend dat in ieder geval ook hiervoor een duidelijke regeling zal moeten inhouden.

Den Haag, 29 april 2010