

De bestuurdersbeloning: van bezoldigingsbeleid tot claw back

Paul Vestering

1. Inleiding

De beloning van bestuurders staat al enkele jaren in het middelpunt van de belangstelling en vormt het onderwerp van, soms felle, maatschappelijke discussies. Inmiddels heeft dit geleid tot verschillende gedragscodes en nieuwe wetsbepalingen, die de bestuurdersbeloning ‘normeren’. Juridisch roept de bestuurdersbeloning ook talrijke vragen op. De discussie barst vaak al los bij de vaststelling van het beloningspakket: welke *stakeholder* heeft daarbij welke bevoegdheden? Wat is de invloed van de aandeelhouders, commissarissen, ondernemingsraad en de bestuurder zelf op de bestuurdersbeloning? En kan de afgesproken of al uitbetaalde beloning later nog aangepast of teruggevorderd worden? Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de raad van commissarissen een zeer gewilde bestuurder een royale salaris- en bonusregeling toekent, die echter wel in strijd is met het algemene bezoldigingsbeleid van de vennootschap. Of dat afgesproken bonuscriteria enkele jaren later een hoge bonus opleveren, terwijl de financiële vooruitzichten voor de onderneming inmiddels zijn verslechterd en de publieke opinie kritischer is geworden. Wat zijn dan de juridische mogelijkheden om de beloningsafspraken met de bestuurder aan te passen, of terug te draaien?

Dit hoofdstuk zet in paragraaf 2 en 3 eerst uiteen hoe de bestuurdersbeloning vastgesteld behoort te worden, waarbij als uitgangspunt geldt de bestuurder van een (beursgenoteerde) N.V. in de private sector.¹ Daarna komt in paragraaf 4 de openbaarmaking van de beloning aan de orde. Paragraaf 5 gaat in op de vraag hoe de beloningsafspraken eventueel aangepast of teruggedraaid kunnen worden, gezien de meest recente rechtspraak en de toepasselijke regels van het vennootschapsrecht (boek 2 BW) en het arbeidsrecht. Tot slot wordt in paragraaf 7 en 8 nagegaan of nieuwe wetgeving de bestaande situatie gaat veranderen; levert het wetsvoorstel claw back² een wezenlijke bijdrage aan het aanpassen of terugvorderen van

¹ In de (semi-)overheidssector gelden vaak specifieke gedragscodes en regels m.b.t. beloning; datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de financiële sector, waar ook de toezichhouders DNB en AFM een rol spelen in de beloningsdiscussie. Deze specifiekere regels laat ik in dit artikel grotendeels buiten beschouwing.

² Wetsvoorstel ‘Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet of het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen’, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 512, nr.2.

‘te hoge’ beloningen voor bestuurders en verzwakt de positie van de bestuurder van een beursgenoteerde onderneming zodra hij niet langer werknemer kan zijn?³

2. Van bezoldigingsbeleid naar bezoldigingsbesluit

Voordat de vragen over aanpassing of terugvordering van bestuurdersbeloningen aan de orde zijn, is de voorvraag wie bevoegd is de beloning voor een bestuurder vast te stellen.

Binnen de naamloze vennootschap begint het bij de vaststelling van het bezoldigingsbeleid. De algemene vergadering van aandeelhouders moet een beleid op het terrein van bezoldiging van het bestuur vaststellen (art. 2:135 lid 1 BW). In de praktijk blijkt dat (beursgenoteerde) N.V.'s in dit beleid op hoofdlijnen vastleggen welke vaste beloning, variabele beloning, uitkeringen bij einde dienstverband, aandelen- en optieregelingen en andere materiële beloningsbestanddelen zoal aan bestuurders kunnen worden toegekend. Dit algemene beleid laat echter meestal nog behoorlijk wat ruimte open voor de specifieke invulling per bestuurder. Zo laten algemene opmerkingen over de hoogte van het basissalaris - bijvoorbeeld vastgesteld op het niveau ‘vergelijkbaar met dat van een bepaalde peer group’ van andere ondernemingen - ruimte. Ook is de variabele beloning vaak wel een gemaximeerd percentage van het vaste salaris, maar kan dat door toepassing van een prestatiefactor (bijvoorbeeld tussen 0 en 2) nog behoorlijk oplopen.

Niettemin bepaalt de algemene vergadering dus het algemene kader voor de beloning van bestuurders. Sinds 1 juli 2010 heeft de ondernemingsraad daarbij de wettelijke mogelijkheid om zijn standpunt over een voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid schriftelijk aan de algemene vergadering kenbaar te maken en tijdens de algemene vergadering toe te lichten (artikel 2:135 lid 2 BW). Dit standpuntbepalingsrecht is juridisch tandeloos, in die zin dat de algemene vergadering het standpunt van de ondernemingsraad zonder consequenties kan negeren, maar mogelijk gaat toch enige invloed uit van de mening van de ondernemingsraad en zal nog eens extra nagedacht worden over het bezoldigingsbeleid omdat ook de OR zich hierover zal kunnen uitlaten.

Na vaststelling van het bezoldigingsbeleid, schrijft de wet voor dat de algemene vergadering ook de concrete bezoldiging van de bestuurders bepaalt, *tenzij* bij statuten hiervoor een ander orgaan is aangewezen. Bij de beursgenoteerde NV is dat vrijwel steeds het geval en wordt de raad van commissarissen hiervoor aangewezen; de corporate governance code voor beursgenoteerde vennootschappen zoals deze sinds 1 januari 2009 geldt (de Code Frijns, hierna: de ‘Code’) gaat er ook van uit dat dit het geval is. Daarmee ligt de grootste verantwoordelijkheid voor toekenning van beloningen aan bestuurders in de praktijk bij de raad van commissarissen. Alleen

³ De naar verwachting per 1 januari 2012 in werking te treden Wet bestuur en toezicht (Staatsblad 2011, 275) bevat deze regel.

voor optie- en aandelenregelingen blijft steeds de goedkeuring van de algemene vergadering nodig (artikel 135 lid 5 Boek 2 BW).

Zolang de raad van commissarissen binnen de grenzen van het bezoldigingsbeleid blijft, kan hij zelf de beloning per bestuurder vaststellen. Om deze bevoegdheid enigszins te normeren, bevat de Code voor de beursgenoteerde onderneming (maar met een bredere uitstraling in de private sector) aanbevelingen over de bestuurdersbeloning. Op enkele punten zijn deze normen concreet, bijvoorbeeld de norm dat een vergoeding bij onvrijwillig ontslag in beginsel niet hoger mag zijn dan één jaarsalaris, of dat toegekende opties afhankelijk moeten zijn van voorafgestelde doelen en de eerste drie jaar na toekenning niet mogen worden uitgeoefend. Op andere punten is de Code beschrijvender van aard, zoals het voorschrift dat variabele beloning gekoppeld moet zijn aan bepaalde, beoordeelbare en beïnvloedbare doelen die overwegend een lange termijn karakter hebben, waarbij het variabele deel van de beloning passend moet zijn ten opzichte van het vaste deel daarvan. In enkele specifieke sectoren, zoals de financiële sector en de semi-publieke sector, gelden gedragscodes of (nieuwe) wettelijke regels met hardere grenzen voor de bestuurdersbeloning.⁴ De vraag of afwijking van gedragscodes zoals de Code - hetgeen met uitleg zoals bekend mogelijk is - juridische gevolgen heeft, komt hierna aan de orde.

3. Van bezoldigingsbesluit naar beloningsafspraken

Met de vaststelling van het beloningspakket voor een (nieuwe) bestuurder, neemt de raad van commissarissen een bezoldigingsbesluit, dat - als het goed is - binnen de grenzen van het bezoldigingsbeleid blijft. Aangenomen wordt dat een dergelijk bezoldigingsbesluit een direct extern werkend besluit is;⁵ dat wil zeggen dat deze categorie besluiten aangemerkt worden als een rechtstreeks tot de wederpartij (in dit geval: de bestuurder) gerichte rechtshandeling van de rechtspersoon, waarmee de vennootschap direct wordt vertegenwoordigd. Het bezoldigingsbesluit van de raad van commissarissen bindt aldus de vennootschap; daarvoor is geen extra handeling (het sluiten van een overeenkomst ter uitvoering van het besluit) nodig.

Toch sluit de vennootschap in de praktijk meestal ook een arbeidsovereenkomst met de bestuurder; daarin worden de beloning en andere afspraken (bijvoorbeeld: betaling bij ziekte, concurrentiebeding en dergelijke) uitgewerkt. De grondslag voor de beloningsafspraken met de bestuurder is dan dus tweërlei: het bezoldigingsbesluit dat de vennootschap bindt en het arbeidscontract tussen partijen. Zoals hierna nog aan de orde komt, is deze 'dubbele binding' relevant, omdat eventuele mogelijkheden voor de vennootschap om later op een bezoldigingsbesluit terug te komen, aldus slechts één van de twee pijlers onder de beloning aantasten; de contractuele afspraken staan dan nog overeind.

⁴ Zie bijvoorbeeld de Code Banken of de Beloningscode Bestuurders in de Zorg.

⁵ Zie hierover I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', WPNR 2006/6682, en J.M. Van Slooten en I. Zaal, 'Gebrekkelijk Loon', Ondernemingsrecht 2008-8, nr. 85.

Het verschil tussen bezoldigingsbesluit en een arbeidsovereenkomst met de bestuurder (of eventueel, een opdrachtovereenkomst), kan ook zichtbaar worden doordat verschillende organen binnen de vennootschap hierbij betrokken zijn. Het bezoldigingsbesluit zal, zoals opgemerkt, meestal door de raad van commissarissen genomen worden. Voor het sluiten van een arbeidscontract gelden de normale vertegenwoordigingsregels bij het sluiten van contracten. Het kan dus zijn dat een bestuurder benoemd wordt door de algemene vergadering, de raad van commissarissen de bezoldiging vast stelt en de andere bestuurders het arbeidscontract met een nieuwe bestuurder sluiten;⁶ daarmee bestaat ook het risico dat het contract afwijkt van het bezoldigingsbesluit of dat, terwijl de algemene vergadering nog over benoeming van de bestuurder moet beslissen, contractueel al bepaald is welke ontslagvergoeding de bestuurder ontvangt bij niet-benoeming en beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁷

4. Beheersing beloning door openbaarmaking?

De naamloze vennootschap doet elk jaar achteraf verslag van de bezoldiging voor iedere bestuurder, waarbij de eerder genoemde beloningsbestanddelen dienen te worden vermeld (artikel 2:383c - 383e BW). Ook dient jaarlijks in de jaarrekening aandacht besteed te worden aan de mate van *compliance* met de Code.⁸ Ingeval van benoeming van een nieuwe bestuurder bij de (beursgenoteerde) NV, schrijft de Code voor dat de belangrijkste elementen uit het contract met de bestuurder uiterlijk bij de oproeping voor de algemene vergadering waar de benoeming op de agenda staat openbaar wordt gemaakt. Aldus kan deze beloning bij de bestuurdersbenoeming meegewogen worden. Met name die voorgeschreven uitleg over de beloningsafspraken voorafgaand aan de benoeming van een nieuwe bestuurder leidt in de praktijk wel tot een bewuste afweging of het afgesproken pakket goed valt uit te leggen.

Naast de genoemde informatievoorziening verkrijgt de ondernemingsraad ten minste eenmaal per jaar informatie over de hoogte en de inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken per groep in de onderneming werkzame personen (artikel 31d en 31e WOR). Hoewel dit in groepen van minimaal vijf personen geschiedt - indien het bestuur uit minder dan 5 personen bestaat, mag het bestuur met een volgende managementgroep gecombineerd worden - geeft dit de ondernemingsraad naast het jaarverslag ook een beeld van de bestuurdersbeloning in verhouding tot de beloning in de onderneming als geheel.

6 Ter voorkoming van een tegenstrijdig belang zal ondertekening van het arbeidscontract in de praktijk vaak door de raad van commissarissen of een andere door de algemene vergadering daartoe aangewezen persoon geschieden (artikel 2:146 BW). Na de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht wijzigt de regeling in boek 2 BW over tegenstrijdig belang. Bestuurders met een tegenstrijdig belang blijven dan (extern) bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen.

7 Dit speelde bijvoorbeeld bij het beloningspakket van de heer Moberg in de AHOLD-zaak, Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005,6.

8 De Code is aangewezen als gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW.

5. Problemen met de beloning

Wat kan er in de praktijk nu zoal ‘mis gaan’ rond de bestuurdersbeloning en welke juridische gevolgen heeft dat? Een aantal scenario’s:

- (i) Om een succesvolle bestuurder voor de vennootschap te behouden, besluit de raad van commissarissen de bestuurder eenmalig een forse extra bonus toe te kennen; probleem is dat deze bonus de maxima die hieraan gesteld worden in het bezoldigingsbeleid te boven gaat en deze bonus tot grote verontwaardiging leidt bij enkele grootaandeelhouders.
- (ii) De bestuurder heeft een bonusregeling conform het bezoldigingsbeleid, maar op basis van de afgesproken criteria leidt dit tot een veel hogere bonusaanspraak dan voorzien was en bovendien leidt de bonus naar verwachting tot negatieve publiciteit.
- (iii) De bestuurder heeft conform het bezoldigingsbeleid bij ontslag recht op een vergoeding van één vast jaarsalaris; indien de bestuurder reeds vier maanden na benoeming niet blijkt te voldoen, vindt de vennootschap uitbetaling van een jaarsalaris te veel van het goede.
- (iv) De bestuurder ontvangt een bonus op basis van behaalde doelstellingen, maar een half jaar later blijkt dat enkele doelstellingen toch niet behaald zijn en dat de onderliggende informatie deels onjuist was.

Wie kan in deze situaties ingrijpen, er voor de discussie alvast maar van uitgaand dat overleg met de bestuurder over aanpassing van de afspraken niet tot het gewenste resultaat leidt?

5.1 Scenario (i): aantasting bezoldigingsbesluit

Toekenning van een forse extra bonus, die hoger is dan de maxima in het bezoldigingsbeleid, zal al snel kwalificeren als een bezoldigingsbesluit in strijd met dit beleid. Toch is het aantasten van dit bezoldigingsbesluit juridisch geen gemakkelijke opgave.

Discussie kan in de eerste plaats ontstaan indien een bepaalde beloning of afvloeiingsregeling wordt toegekend waarvoor het bezoldigingsbeleid weliswaar geen expliciete basis biedt, maar die het bezoldigingsbeleid ook niet verbiedt. Zou *incidentele* toekenning daarvan door de raad van commissarissen toch mogelijk zijn? Het antwoord hierop is niet duidelijk, maar uit een enkele uitspraak lijkt te volgen dat de rechter de raad van commissarissen hier toch nog wel wat ruimte geeft.⁹ In deze zaak werd het eventueel overschrijden van de kaders van het bezoldigingsbeleid overigens geheeld doordat de aandeelhouders wel met de betrokken afvloeiingsregeling hadden ingestemd, zodat een later beroep door de algemene vergadering

⁹ Aldus overweegt de Rechtbank Rotterdam bij vonnis d.d. 30 maart 2011, JAR 2011/128 (*‘De Vries / Econosto’*).

(met daarin dezelfde groep aandeelhouders) op overtreding van art. 2:135 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Indien we aannemen dat een bepaald bezoldigingsbesluit strijdig is met het bezoldigingsbeleid, is vervolgens de vraag wat daarvan de juridische consequenties zijn. Aannemelijk is dat een dergelijk besluit nietig of vernietigbaar is (artikelen 2:14 respectievelijk 2:15 BW).¹⁰ De betrokken, boze aandeelhouders kunnen als belanghebbende bij dit besluit waarschijnlijk in rechte vorderen dat vernietiging wordt uitgesproken of wordt bevestigd dat het besluit nietig is (vgl. art. 2:15 lid 3 BW voor vernietiging).¹¹ Ook een opvolgend bestuurder zou een dergelijke actie kunnen instellen.

Maar is daarmee ook de bonusaanspraak van de bestuurder van de baan? Hoewel het de bedoeling van de wettelijke regeling omtrent bezoldiging in art. 2:135 BW is om beloning van bestuurders in strijd met het beleid vastgesteld door de algemene vergadering tegen te gaan, leidt een eventuele vernietiging of nietigheid van het bezoldigingsbesluit niet zonder meer tot het verval van de bonusaanspraak voor de bestuurder. Art. 2:16 lid 2 BW bepaalt namelijk dat de vernietiging van een besluit niet aan de wederpartij (in dit geval: de bestuurder) kan worden tegengeworpen, indien de bestuurder het gebrek dat aan het besluit kleefde niet kende en niet hoefde te kennen. Kortom, wist de bestuurder wel dat de toegekende, extra bonus in strijd was met het bezoldigingsbeleid, of had hij dat moeten weten? Goed verdedigbaar is naar mijn mening dat een fungerend bestuurder op de hoogte is of moet zijn van het bezoldigingsbeleid. Voor een extern, nog aan te trekken bestuurder geldt dit wellicht in mindere mate, al kan ook van een deskundige of ervaren kandidaat-bestuurder verwacht worden dat hij of zij zich van het beleid op de hoogte brengt voordat een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

Laten we nu aannemen dat het de aandeelhouders lukt om het bezoldigingsbesluit wegens 'kwade trouw' van de bestuurder aan te tasten. Dan rijst de vraag of er naast het besluit, ook contractuele afspraken (arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst) met de bestuurder bestaan. Meestal is dat het geval. Deze contractuele afspraken vervallen niet zomaar vanwege een gebrek in de besluitvorming binnen de vennootschap. Ook de toekenning van een eenmalige, extra bonus vindt meestal plaats in de vorm van een aanvullende afspraak of schriftelijke toezegging, waaraan de vennootschap in beginsel gebonden is. Ik plaats hierbij de kanttekening dat een enkeling wel heeft betoogd dat – net als bij het ontslag van de bestuurder – het

10 Aldus ook Rechtbank Rotterdam 30 maart 2011, JAR 2011/128 ('De Vries / Econosto') en I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', WPNR 2006/6682. Overigens wordt ook nog wel verdedigd dat een afwijking door de raad van commissarissen in individueel geval op zeer goede gronden mogelijk is (het gaat immers om beleid). Zie aldus J.M. Van Slooten en I. Zaal, 'Gebrekkig Loon', Ondernemingsrecht 2008-8, nr. 85.

11 Hierbij moeten zij wel voldoende belang hebben, aldus ook Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 136. Denkbaar is dat indien het wegvallen van het bezoldigingsbesluit niet leidt tot het verval van contractuele afspraken met de bestuurder, de betrokken aandeelhouders onvoldoende belang hebben bij een verklaring voor recht over de nietigheid of bij vernietiging van het besluit.

vennootschapsrecht in dit opzicht prevaleert boven het arbeidsrecht, zodat bij het wegvallen van het bezoldigingsbesluit er ook geen loonafpraak meer zou zijn en, daarmee, geen arbeidsovereenkomst.¹² Er is op dit moment echter geen duidelijke rechtspraak die dit standpunt kan bevestigen en mijns inziens gaat dit standpunt ook te ver. Miskend wordt hiermee dat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst vereist is dat er enige betaling aan de bestuurder wordt verricht; een verschil van mening over de hoogte daarvan doet daar niet aan af en bij het ontbreken van een loonafpraak heeft de bestuurder wettelijk recht op een ‘gebruikelijk loon’ (art. 7:618 BW).¹³

Kortom, het besluit van een raad van commissarissen om bijvoorbeeld een hoge bonus in strijd met het bezoldigingsbeleid toe te kennen, is waarschijnlijk wel aantastbaar maar de daarnaast gemaakte contractuele afspraak met de bestuurder vervalt daardoor niet vanzelf. Daarvoor is aanpassing of aantasting van die overeenkomst met de bestuurder nodig.

Kunnen de commissarissen dus eigenlijk het bezoldigingsbeleid zonder consequenties negeren? Dat is ook weer niet het geval. De raad van commissarissen zal door de algemene vergadering ter verantwoording geroepen kunnen worden en de algemene vergadering kan bijvoorbeeld besluiten geen décharge aan de commissarissen te verlenen vanwege het schenden van het bezoldigingsbeleid. Ook staan de algemene vergadering normale sancties zoals schorsing, ontslag of aansprakelijkstelling van de commissarissen ter beschikking en zouden aandeelhouders kunnen stellen dat door een of meer afwijkingen van het bezoldigingsbeleid sprake is van wanbeleid en in het kader van een enquêteprocedure maatregelen kunnen vorderen.

Bovendien kan het bij de beoordeling of contractuele afspraken (achteraf) aangepast moeten worden, mijns inziens wel relevant zijn dat de beloningsafpraak in kwestie destijds in strijd met het bezoldigingsbeleid gemaakt is en, bijvoorbeeld, dat deze ook afwijkt van een gedragscode zoals de Code. Zoals gezegd, zal in een dergelijk geval de beloningsafpraak niet automatisch vervallen of aantastbaar zijn. Niettemin heeft de Ondernemingskamer¹⁴ wel bepaald dat de Code doorwerkt in de verhouding tussen bestuurder en vennootschap via art. 2:8 BW. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de vennootschap en de bestuurder zich jegens elkander ook conform de normen van redelijkheid en billijkheid moeten gedragen en dat een tussen hen geldende regel (bij uitzondering) niet van toepassing is indien dat in de omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De wijze waarop een afspraak tot stand gekomen is, kan dus relevant zijn bij de toetsing van die afspraak achteraf. Hierbij past de kanttekening dat toekenning van een hoge beloning op zichzelf niet direct wanbeleid oplevert, aldus de Ondernemingskamer

12 I. Meijer-Wagenaar, ‘Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht’, WPNR 2006/6682.

13 Zie aldus ook J.H. Bennaars en P.G. Vestering, ‘Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscodes’, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, special 1, juni 2010.

14 HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (‘ABN AMRO / La Salle’).

in de ‘PCM-zaak’¹⁵ en dat in gevallen waarin *welbewust* afspraken in strijd met het bezoldigingsbeleid gemaakt zijn, de vraag is of dat (achteraf) ten nadele van de bestuurder moet uitvallen.

Al met al is de conclusie dat aantasting van gemaakte beloningsafspraken via het vennootschapsrecht, bijvoorbeeld door aantasting van het onderliggende bezoldigingsbesluit, een lastig begaanbare weg is. Zoals hierna zal blijken, leveren ook andere vennootschapsrechtelijke gebreken, bijvoorbeeld het feit dat een onbevoegd persoon of orgaan de beloningsafspraken met de bestuurder gemaakt heeft, vaak onvoldoende grond voor aantasting van de afspraak op. Om toegekende beloning terug te draaien, is vooral belangrijk dat ook de contractuele beloningsafspraken met de bestuurder aangepast kunnen worden. Daarop zien de volgende scenario’s.

5.2 Scenario (ii) en (iii): hoge bonus of hoge ontslagvergoeding

De vennootschap spreekt met de bestuurder een bonusregeling af, of een ontslagvergoeding voor als de arbeidsovereenkomst later door de vennootschap beëindigd wordt. We nemen aan dat deze afspraken gewoon geldig zijn, ofwel door het bevoegde orgaan conform het bezoldigingsbeleid met de bestuurder overeengekomen. Twee jaar later blijkt dat toepassing van de bonuscriteria tot een nogal forse bonusaanspraak leidt, of dat ontslag voortijdig aan de orde is. Inmiddels is de maatschappelijke discussie rond ‘excessieve bonussen’ en ‘gouden handdrukken’ verscherpt en zal een hoge bonusuitkering of vergoeding tot negatieve publiciteit voor de onderneming leiden. Kan een vennootschap in die omstandigheden iets afdoen aan de gemaakte afspraken?

5.2.1 Toepassen of aanpassen?

Een vaste voorvraag bij deze situatie is uiteraard of het nodig is om de gemaakte afspraken aan te passen of terug te draaien, of dat de afspraken zelf nog ruimte laten voor enige aanpassing. Indien de bonusregeling nog bepaalde voorwaarden bevat, een wijzigingsmogelijkheid, of een discretionaire bevoegdheid voor de raad van commissarissen om de bonus definitief vast te stellen, kan *toepassing* van deze voorbehouden in de bonusregeling uitkomst bieden en komt eenzijdige aanpassing van de gemaakte afspraken eigenlijk niet aan de orde.

Uit de arbeidsrechtelijke rechtspraak¹⁶ blijkt dat het opnemen van voorwaarden in een bonusregeling in beginsel werkt: ook in het arbeidsrecht geldt als uitgangspunt de contractsvrijheid tussen partijen. Een bepaling dat de bestuurder gedurende een bepaalde tijd nog in dienst moet zijn om de bonus te ontvangen, of dat toekenning

15 Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, JOR 2010/89.

16 Zie voor een beschrijving hiervan ook J.H. Bennaars en P.G. Vesterling, ‘Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscodes’, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, special 1, juni 2010.

van de bonus jaarlijks ter discretie van de vennootschap is, is geldig en toepasbaar. Wel kan het 'goed werkgeverschap' meebrengen dat de werkgever bij toepassing van een discretionair systeem niet naar willekeur mag handelen. Ook is het natuurlijk zinnig om de bonus te koppelen aan bepaalde doelstellingen om zodoende de bestuurder de juiste prikkels te geven. De keerzijden daarvan is dat jaarlijkse toepassing van een bonusregeling conform een concrete systematiek ertoe kan leiden dat toch niet meer sprake is van een werkelijk discretionair systeem, waardoor een voorbehoud in dit opzicht na enige tijd niet meer onverkort werkt. Al met al verdient het meestal de voorkeur om te trachten beide voordelen te combineren, door bonusregelingen wel aan bepaalde doelstellingen te koppelen, maar om daarbij toch een voorbehoud te maken dat de bepaling van de hoogte van de bonus uiteindelijk ter discretie van de raad van commissarissen is en dat aanpassing van de bonusregeling, bijvoorbeeld bij onredelijke uitkomsten, mogelijk is.

5.2.2 *Aanpassen beloningsafspraken*

Blijft de vraag wat de juridische mogelijkheden zijn indien geen sprake is van duidelijke, contractuele voorbehouden vooraf. Ik behandel enkele praktijkvoorbeelden om de complicaties in die situatie te laten zien.

Vooraf een sprekend voorbeeld betreffende pogingen van de Hartstichting om een eenzijdige salarisverlaging voor haar directeur af te dwingen.¹⁷ De bestuurder van de Hartstichting had bij indiensttreding een toeslag bedongen op het salaris dat gebruikelijk was bij fondsenwervende instellingen, omdat hij een inkomen wilde behouden zoals hij dat voordien als cardioloog gewend was. Hierover ontstond enige tijd later grote ophef in de media die tot flinke schade voor de Hartstichting kon leiden, omdat vrijwilligers en collectanten werkzaam voor de Hartstichting wegens deze kwestie dreigden af te haken en de jaarlijkse collecte aanstaande was. Omdat de bestuurder vasthield aan de gemaakte afspraken, trachtte de Hartstichting uiteindelijk tot ontslag van de bestuurder over te gaan. De rechter maakte hier echter korte metten mee. Voorop werd gesteld dat de salarisafpraak inclusief toeslag bewust tussen partijen overeengekomen was. Onder druk van de buitenwacht te snel grijpen naar het middel van ontslag, achtte de rechter niet toegestaan. De werkgever had hier verder moeten trachten in overleg tot aanpassing van de afspraken te komen. Maar, wanneer is aanpassing dan wel mogelijk indien overeenstemming daarover niet bereikt wordt?

De meest recente rechtspraak over deze problematiek vloeit voort uit het uiteenvallen van ABN AMRO bank en de staatsinterventie kort daarna, waardoor de Nederlandse Staat enig aandeelhouder werd.¹⁸ Voorafgaand aan de overname door het

17 Kantonrechter's Gravenhage 6 juli 2004, JAR 2004/175. De werkgever was in dit geval een stichting en niet een naamloze of besloten vennootschap; voor de vraag of de werkgever aan contractuele afspraken gebonden is, maakt dat echter geen verschil.

18 Zie voor een reeks aan uitspraken vooraf: Kantonrechter Amsterdam 29 december 2008, JAR 2009/26 ('*ABN AMRO / Schmittmann*'), Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem 29 september 2010, o.a. LJV BN8468 en meest recent Hof Den Haag 3 mei 2011, LJV BQ7192.

bankenconsortium (Banco Santander, Fortis en RBS) verzocht ABN AMRO een aantal key managers (soms ook formeel bestuurder) gedurende het cruciale ontvechtingsproces aan te blijven. De retentie-afspraken kwamen er steeds op neer dat de betrokken managers de toezegging kregen dat zij bij een ontslag binnen een termijn van enkele jaren, een ontslagvergoeding conform de bestaande ABN AMRO *top executive* regeling zouden ontvangen (de oude Kantonrechttersformule met een C-factor 1,4).¹⁹ Ook werden voor verschillende managers aangepaste (retentie-) bonusafspraken gemaakt. De totale aanspraken van de verschillende bestuurders of managers verschilden, maar varieerden van circa EUR 18 miljoen (de heer Schmittmann) tot bedragen net boven de EUR 1 miljoen.

In de meest recente zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag, was sprake van een bestuurder die bij ABN AMRO was ontslagen met een ontslagvergoeding van circa EUR 1,3 miljoen. Hij had vervolgens een aanbieding van een andere bank op zak, toen hij werd overgehaald in dienst te treden bij (destijds) Fortis Bank Nederland. Onderdeel van zijn beloningspakket was een contractuele ontslagvergoeding die neerkwam op circa 2 jaarsalarissen inclusief bonus (EUR 1,5 miljoen). Na circa 14 maanden kwam het tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst waardoor de werkgever, uiteindelijk na de Staatsinterventie weer ABN AMRO, de contractuele ontslagvergoeding zou moeten uitbetalen.

Na het losbarsten van de kredietcrisis en overname door de Staat, achtte ABN AMRO onverkorte nakoming van de geschetste toezeggingen en afspraken niet langer aanvaardbaar en heeft zij in diverse procedures getracht deze te laten beperken.

In de eerste plaats beriep ABN AMRO zich in een aantal van deze zaken op gebreken in de totstandkoming van de beloningsafspraken, zoals (i) dat deze niet berusten op een bezoldigingsbesluit van de raad van commissarissen, of (ii) dat deze niet waren getekend door het bevoegde orgaan of zelfs de juiste groepsvennootschap, maar door andere leden van de raad van bestuur of door bestuurders van een andere groepsmaatschappij 'hoger' in het concern. Het sub (i) vermelde gebrek ziet op de interne besluitvorming binnen de vennootschap en kan, zoals eerder vermeld, leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van het onderliggende bezoldigingsbesluit, indien de bestuurder het gebrek kende of behoorde te kennen. De sub (ii) vermelde gebreken komen er op neer dat de vennootschap niet rechtsgeldig vertegenwoordigd was bij het maken van beloningsafspraken. De verschillende rechtters vegen deze formele argumenten echter steeds van tafel.

In de Schmittmann-zaak overweegt de Kantonrechter - langs arbeidsrechtelijke lijnen - eenvoudigweg dat van de werkgever mag worden verwacht dat deze ervoor zorgt dat afspraken op correcte wijze juridisch worden vormgegeven. Ook

¹⁹ Deze formule ter berekening van ontslagvergoedingen is gebaseerd op richtlijnen van de landelijke Kring van Kantonrechtters en komt, kort gezegd, neer op een vergoeding gelijk aan $a \times b \times c$, waarbij a staat voor het aantal gewogen dienstjaren, b voor de vaste maandelijkse beloning en c voor de correctiefactor waarin de omstandigheden van het geval verdisconteerd kunnen worden. De afspraak bij ABN AMRO ging uit van de oude, gunstigere formule die tot 1 januari 2009 gold en van een c-factor 1,4, terwijl $c=1$ het normale uitgangspunt is.

het feit dat ten tijde van de splitsing van ABN AMRO verschillende leden van het consortium materieel als werkgever optraden, wordt ABN AMRO tegengeworpen. In de meeste recente ABN AMRO-zaak oordeelde het Hof Den Haag²⁰ dat de betrokkenheid van de concerttop (destijds van Fortis S.A./N.V.) bij de gesprekken over het beloningspakket van de bestuurder ook kan leiden tot een toerekenbare schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, waardoor de werknemer erop mocht vertrouwen dat de werkgever, een groepsmaatschappij binnen het concern, gebonden was aan de afspraken.

Voor het geval geldige beloningsafspraken tot stand gekomen waren, deed ABN AMRO een beroep op arbeidsrechtelijke en contractuele gronden om deze niet (onverkort) te hoeven nakomen. Toepassing van de overeengekomen afvloeiingsregeling zou leiden tot een ontslagvergoeding die in absolute zin te hoog was en in strijd met de in Nederland geldende algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen, zoals ook neergelegd in de Code, waarbij een ontslagvergoeding voor bestuurders van één vast jaarsalaris inmiddels de norm is. Ook waren de resultaten van ABN AMRO door de – onvoorziene – kredietcrisis ernstig onder druk komen te staan. Om die redenen zouden de betrokken managers een aanpassing van hun arbeidsvoorwaarden (achteraf) moeten dulden. ABN AMRO ging hierbij voor verschillende juridische ankers liggen, zoals het goed werknemerschap (art. 7:611 BW, zoals door de Hoge Raad uitgewerkt in het ‘Stoof/Mammoet-arrest’)²¹ en een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW). Hierbij was in geschil of wel sprake was van een geldig wijzigingsbeding, of voldaan was aan de zorgvuldigheidsvereisten om te kunnen komen tot wijziging van afspraken (voldoende onderling overleg, of alleen maar een eenzijdig voorstel van de werkgever?) en, uiteindelijk, of een ‘goede werknemer’ wel met wijziging moest instemmen. De rechter beantwoordde deze vragen ontkennend. Ook de omstandigheid dat bepaalde afspraken afweken van de normen in de Code kon niet afdoen aan de expliciet gemaakte afspraken.

In de Schmittmann-zaak overwoog de Kantonrechter zelfs dat de normen uit de Code door de rechter niet toegepast worden, omdat deze zich richten tot partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Dat standpunt lijkt mij onjuist, omdat de normen uit de Code, zoals hiervoor reeds opgemerkt, mede invulling geven aan de vraag hoe de verschillende betrokkenen bij de vennootschap zich ten opzichte van elkaar behoren te gedragen en welke regels tussen hen gelden (art. 2:8 BW). Daarom zijn deze normen en ook eventuele gebreken in de wijze van totstandkoming van afspraken mijns inziens toch ook relevant voor de vraag in hoeverre partijen later onverkorte nakoming daarvan mogen verwachten. In de ABN AMRO-zaken legden deze argumenten echter te weinig gewicht in de schaal.

Resteerde de vraag of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* was dat de managers onverkorte nakoming van de beloningsafspraken vroegen, ook omdat sprake was van onvoorziene omstandigheden (artt. 6:248 lid 2 en 6:258

20 Hof Den Haag 3 mei 2011, LJN BQ7192.

21 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204.

lid 1 BW). Dit zijn in het algemeen de ‘laatste redmiddel’- gronden voor aanpassing of het buiten toepassing laten van contractuele afspraken. De geadieerde rechters oordeelden dat weliswaar sprake was van onvoorziene omstandigheden (het uitbreken van de kredietcrisis en het effect daarvan op ABN AMRO), maar dat deze slechts in uitzonderlijke gevallen ertoe leiden dat eerder expliciet gemaakte afspraken aangepast moeten worden, zeker in deze kwesties waarin de betrokken managers hun deel van de afspraken (blijven werken voor ABN AMRO) al waren nagekomen. De rechter stelt trouw aan het gegeven woord voorop en overweegt dat de situatie bij ABN AMRO ook niet zo ernstig is dat zij door de kredietcrisis de afgesproken vergoedingen niet meer kan betalen. De gevolgen van de eerder gemaakte afspraken dienen daarom eerder voor rekening van ABN AMRO te komen dan voor rekening van de individuele werknemer/manager. In het arrest van 3 mei 2011 verwoordt het Hof Den Haag dit (vrij scherp) als volgt:

‘Wellicht heeft ABN AMRO (plotseling) oor voor maatschappelijke kritiek (‘graaicultuur, excessief, ridicul’), door het hof in dit kader gemakshalve maar begrepen als een in Nederland levende rechtsovertuiging. Maar zulks kan, onder de in deze zaak vaststaande feiten en omstandigheden, niet via een beroep op art. 6:248 BW afgewenteld worden op werknemer (...)’.

De conclusie op basis van het voorgaande mag duidelijk zijn. Het blijkt in de praktijk bijzonder moeilijk om onvoorwaardelijk gemaakte beloningsafspraken achteraf terug te draaien, zelfs indien zich bijzondere omstandigheden zoals een kredietcrisis voordoen.

5.3 Scenario (iv): bonus betaald op basis van onjuiste uitgangspunten

Bonussen worden vaak gekoppeld aan het behalen van bepaalde financiële of niet-financiële doelstellingen. Laatstgenoemde doelstellingen kunnen bijvoorbeeld gerelateerd zijn aan klanttevredenheid, marktaandeel, milieudoelstellingen, of het uitvoeren van een strategisch plan.

De vennootschap stelt de mate waarin doelstellingen zijn behaald vast op basis van eigen informatie (jaarcijfers), maar eventueel ook op basis van informatie van derden (marktaandeel). Denkbaar is dat later blijkt dat de gebruikte informatie niet juist was en eigenlijk meer of minder bonus uitbetaald had moeten worden. In dit scenario bevindt de bonus zich al in het vermogen van de bestuurder en is geen sprake meer van aanpassing, maar van eventuele terugvordering daarvan, of verrekening met andere betalingen aan de bestuurder.

Op zichzelf biedt de wet hiervoor een duidelijke grondslag: uit art. 6:203 BW volgt dat degene die een ander zonder rechtsgrond een geldsom heeft betaald, gerechtigd is dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen.

Hierbij past de kanttekening dat in de arbeidsrechtelijke rechtspraak soms beperkingen aan een dergelijke terugbetaling worden gesteld. De eisen van redelijkheid

en billijkheid c.q. goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) kunnen aan terugvordering in de weg staan. Van belang hierbij is of de werknemer de betalingen te goeder trouw heeft ontvangen (het hoefde voor hem niet direct al duidelijk te zijn dat sprake was van een (deels) onterechte betaling), of het aan de werkgever te wijten is dat een verkeerde betaling is verricht, hoe lang geleden de betaling die teruggedraaid moet worden verricht is en of de werknemer de betalingen al heeft aangewend om te voorzien in zijn levensonderhoud. Bij bestuurders zal een deel van deze voorbehouden minder snel opgaan, omdat goed verdedigbaar is dat de bestuurder rekening behoort te houden met de terugvordermogelijkheid (zeker indien in zijn contract conform de Code een *claw back* bepaling is opgenomen), de bestuurder eerder dan een gewone werknemer op de hoogte kan zijn van onjuiste uitgangspunten voor de bonusberekening en omdat de bestuurder in het algemeen over enige financiële reserve beschikt om een terugbetaling of verrekening op te vangen.

Een vordering uit onverschuldigde betaling maakt, kortom, in het algemeen goede kans bij een bonus die op onjuiste gronden is uitgekeerd.

6. Wetsvoorstel claw back

De vraag is of aangekondigde, nieuwe wetgeving de positie van de werkgever verder versterkt. Inmiddels is bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel claw back aanhangig,²² waarmee de wetgever reageert op de maatschappelijke ophef over ‘buitensporige bonussen’, met name in de financiële sector. Dit wetsvoorstel geldt ten aanzien van bestuurders van alle NV’s, en voor bestuurders en dagelijks beleidsbepalers bij financiële ondernemingen in de zin van art. 1:111 Wft. Het wetsvoorstel beoogt in art. 2:135 BW extra bevoegdheden toe te kennen aan het orgaan dat de bezoldiging van bestuurders vaststelt (meestal: de raad van commissarissen) om (i) een toegezegde bonus aan te passen indien volledige betaling daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn²³ en (ii) een uitgekeerde bonus (deels) terug te vorderen indien deze op basis van onjuiste informatie is vastgesteld. Bovendien geldt bij een vennootschap waarvan de aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wft dat de raad van commissarissen de hoogte van de bonus die door verkrijging van zeggenschap²⁴ over de vennootschap

²² Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 512.

²³ Als voorbeelden van dergelijke omstandigheden wordt in de memorie van toelichting een buitensporig opgelopen beurskoers door externe omstandigheden, of een verslechtering van de financiële positie van de onderneming waarmee in de bonuscriteria geen rekening is gehouden, kamerstukken Tweede Kamer, 2009-2010, 32 512, nr. 3 en 2010-2011, nr. 7.

²⁴ Van verkrijging van de zeggenschap over de vennootschap is sprake wanneer meer dan de helft van de stemrechten door een stemgerechtigde, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden, alleen of samen kunnen worden uitgeoefend, dan wel wanneer deze meer dan de helft van de bestuurders of commissarissen kunnen benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen. Zie verder Nota van wijziging, Tweede Kamer 2010-2011, 32 512, nr. 7, p. 11.

onvoorwaardelijk wordt, *moet* aanpassen tot een passende hoogte indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De definitie van ‘bonus’ in het wetsvoorstel is vrij ruim.²⁵ Het gaat om niet-vaste beloning, waaronder de wetgever verstaat variabele beloning waarvan de hoogte onzeker en afhankelijk is van bereikte doelstellingen, maar ook om (gegarandeerde) bonussen waarvan de hoogte wel vast staat, maar die nog afhankelijk zijn van een bepaald doel of bepaalde omstandigheid (bijvoorbeeld een welkomstbonus met de voorwaarde dat de bestuurder 6 maanden na indiensttreding nog naar behoren moet functioneren). Ook de contractuele ontslagvergoeding of eenmalige extra pensioenstorting valt onder het begrip niet-vaste beloning.²⁶

Nu de recente rechtspraak laat zien dat het voor een vennootschap c.q. de raad van commissarissen moeilijk is om eerder toegekende beloning terug te draaien, zelfs bij drastisch gewijzigde omstandigheden, zouden extra wettelijke bevoegdheden uitkomst kunnen bieden. De hamvraag is dan of dit wetsvoorstel het verschil gaat maken. Ik zie twee hoofdredenen waarom dat sterk betwijfeld kan worden.

In de eerste plaats blijft de inhoudelijke maatstaf voor wijziging van beloningsafspraken precies hetzelfde. Het wetsvoorstel sluit aan bij het criterium ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’, welke toets al jaren in de wet is opgenomen, voor aanpassing van contractuele verplichtingen in art. 6:248 lid 2 BW en voor besluiten binnen de vennootschap in art. 2:8 BW. De beschreven ABN AMRO-zaken en andere recente rechtspraak laten nu juist zien dat toepassing van die maatstaf meestal niet tot een aanpassingsmogelijkheid leidt. Bovendien: deze wettelijke aanpassingsgrond bestaat al, dus wat voegt het herhalen van diezelfde grond op een andere plaats in de wet toe?

In de tweede plaats is de vraag hoe deze wettelijke aanpassingsbevoegdheid zich verhoudt tot (eerdere) *contractuele* afspraken tussen vennootschap en de bestuurder. De aanpassing van een bonusregeling wordt opgenomen in art. 2:135 BW en sluit aan bij de bevoegdheid van de raad van commissarissen om de bezoldiging van de bestuurder vast te stellen. Het gaat hier dus om een nadere invulling van de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging.²⁷ Maar, zoals eerder besproken, vindt naast een bezoldigingsbesluit meestal ook contractuele vastlegging van de beloningsafspraken plaats. Het is daarmee dus nog maar de vraag of een aanpassingsbevoegdheid van de commissarissen met betrekking tot een eerder genomen bezoldigingsbesluit ook voldoende effect kan hebben op eerder gemaakte contractuele afspraken.

De wetgever onderkent dat het wetsvoorstel in wezen niets nieuws biedt, maar stelt dat het wetsvoorstel bestaand recht nog eens verduidelijkt en expliciet maakt. Door

25 Zie Nota van wijziging, Tweede Kamer 2010-2011, 32 512, nr. 7, p. 3.

26 Memorie van toelichting, Tweede Kamer 2009-2010, 32 512, nr. 3, p. 8.

27 Memorie van toelichting, Tweede Kamer 2009-2010, 32 512, nr. 3, p. 17.

toepassing van de maatstaven redelijkheid en billijkheid specifiek op bonussen, zal sprake zijn van een nadere inkleuring en concretisering van deze maatstaven, aldus de wetgever.²⁸

Al met al vormt dit mijns inziens een nogal magere basis voor een nieuw wetsvoorstel. Indien de wetgever daadwerkelijk ingrijpen met betrekking tot bonussen had willen ondersteunen, zou het voor de hand liggen om de raad van commissarissen inhoudelijk een ruimere aanpassingsbevoegdheid te geven, dat wil zeggen niet alleen indien voldaan wordt aan de zware toets van naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Uiteraard zou dat ook nadelen meebrengen (het beginsel “afpraak is afspraak” wordt dan uitgehold), maar daarmee zou de wetgever ten minste een duidelijke keuze maken. De toepassing van de aanpassingsbevoegdheid door de raad van commissarissen zou ook nog aan rechterlijke toetsing onderhevig kunnen zijn.

Recent is aan het wetsvoorstel claw back nog een nieuw element toegevoegd, te weten een specifieke regel om de eventuele waardevermeerdering van aandelen of optierechten van de bestuurder van een beursgenoteerde naamloze vennootschap te neutraliseren, indien deze waardevermeerdering verband houdt met een openbaar bod of een belangrijk bestuursbesluit in de zin van artikel 2:107a BW (zoals de verkoop van de onderneming, of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere onderneming).²⁹ Deze regel zou in een nieuw artikel 2:129 lid 7 BW opgenomen worden, met als doel om “de prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming van bestuurders in overnamesituaties tegen te gaan”.³⁰ De raad van commissarissen dient deze waardevermeerdering aan de hand van voorgeschreven peildata vast te stellen en het voorgestelde artikellid bevat een rechtstreekse betalingsverplichting voor de bestuurder aan de vennootschap. Een dergelijke bepaling is in een eerder stadium zeer kritisch ontvangen, waarbij de vraag is opgeworpen of een terugbetalingsplicht juridisch wel toelaatbaar is en of deze regel zijn doel niet voorbij zal schieten.³¹ Ook is onduidelijk hoe deze wettelijke terugbetalingsplicht voor de bestuurder zich verhoudt tot de hiervoor beschreven aanpassingsbevoegdheid van de raad van commissarissen; de terugbetalingsregel is een verdergaand middel, maar zal deze naast de algemene claw back bevoegdheden gaan gelden? De verdere parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zal hierover hopelijk meer duidelijkheid verschaffen.

28 Memorie van toelichting, Tweede Kamer 2010-2011, 32 512, nr. 3, p. 5.

29 Tweede Nota van Wijziging, Tweede Kamer 2010-2011, 32 512, nr. 8; dit voorstel is gebaseerd op het amendement van de Kamerleden Tang en Irrgang op het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (Kamerstukken II, 2009-2010, 31058, nr. 24) en verplaatst de discussie daarover naar het claw back wetsvoorstel.

30 Aldus minister Opstelten in de toelichting bij de Tweede Nota van Wijziging, Tweede Kamer 2010-2011, 32 512, nr. 8.

31 Zie bijvoorbeeld het kritische advies van de Commissie Vennootschapsrecht d.d. 15 april 2010, te vinden op www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving/privatrecht/commissie-vennootschapsrecht.

7. De bestuurder niet langer werknemer

Hiervoor is uitgegaan van de op dit moment gangbare situatie dat de bestuurder ook een arbeidsovereenkomst met de vennootschap gesloten heeft en dus tevens werknemer is. Deze dubbele rechtsverhouding leidt in de praktijk soms tot vragen over de verhouding tussen vennootschapsrechtelijke besluiten (over ontslag, of vaststelling van beloning) en de arbeidsverhouding (regels omtrent beëindiging, beloningsafspraken), zij het dat deze vragen in de rechtspraak grotendeels wel beantwoord zijn.

Als onderdeel van de onlangs aangenomen Wet bestuur en toezicht, is op basis van een amendement een nieuwe regel voor de bestuurder van beursvennootschappen³² opgenomen. Art. 2:132 lid 2 BW (nieuw) bepaalt dat de rechtsverhouding tussen deze bestuurder en de vennootschap niet (meer) wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. De indieners van het amendement voerden hiervoor één argument aan, namelijk dat aan ‘het fenomeen van te hoge vertrekvergoedingen voor falende bestuurders’ een einde gemaakt moet worden. De manier om dat te voorkomen, aldus de toelichting, is dat een bestuurder zich niet langer op de ontslagbepalingen van het arbeidsrecht kan beroepen. Merkwaardig genoeg is dit onderdeel van het wetsvoorstel vrijwel zonder enige discussie door de Tweede en Eerste Kamer overgenomen.

De algemene verwachting³³ in de praktijk is dat de hoogte van ontslagvergoedingen (of bonussen, al ziet dit wetsvoorstel daar niet op) niet wezenlijk beïnvloed wordt door de aard van de rechtsverhouding tussen vennootschap en bestuurder; deze hangt veeleer samen met de eerder daarover gemaakte, gebruikelijke afspraken. Indien de bestuurder van een beursfonds geen arbeidsovereenkomst meer heeft, zal hij een opdrachtovereenkomst hebben; andere ‘smaken’ kent ons recht niet. Daarin kunnen - en naar verwachting: zullen - vergelijkbare bepalingen omtrent betaling bij ontslag opgenomen worden. Het probleem dat kennelijk aangepakt moet worden, ziet niet op de omstandigheid dat rechters vanwege het arbeidsrecht een hogere vergoeding hebben toegekend dan partijen hadden afgesproken, maar dat partijen dusdanige afspraken over ontslagvergoedingen hadden gemaakt dat de rechter daar niet omheen kon. Zolang partijen dergelijke afspraken maken, blijft de discussie over te hoge ontslagvergoedingen gaande. Overigens biedt de wet (art. 7:411 lid 1 BW) bij een voortijdige beëindiging van een opdrachtovereenkomst (dus bijvoorbeeld tijdens de 4 jaar termijn waarvoor bestuurders normaliter benoemd worden), de opdrachtnemer-bestuurder recht op ‘een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon’; ook het opdrachtovereenkomstenrecht biedt dus een basis voor discussies over vertrekvergoedingen.

32 Hieronder verstaat art. 2:132 lid 3 BW (nieuw): een vennootschap waarvan aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten daarvan zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, of tot een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is.

33 Zie hierover bijvoorbeeld A.G. Van Marwijk Kooy, ‘*Titel 10 en daarmee basta?*’, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, juni 2010 special nr.1 statutair directeur.

Hoe dit ook zij, de vraag in het kader van dit artikel is of een opdrachtrelatie meer mogelijkheden tot aanpassing van eerder overeengekomen beloning zou bieden dan de arbeidsovereenkomst. De wettelijke bepalingen over de opdrachtovereenkomst (artikelen. 7:400-413 BW) bevatten geen specifieke regels voor aanpassing van de contractuele afspraken. Daarmee schieten we dus op zichzelf niet zoveel op.

De arbeidsrechtelijke mogelijkheid om als goed werkgever en goed werknemer conform het Stoof/Mammoet-criterium tot wijziging van eerder gemaakte afspraken te komen, valt weg. Of er op basis van ‘goed opdrachtnemerschap’ (art. 7:402 BW verwijst bijvoorbeeld naar wat een goed opdrachtnemer moet doen) een vergelijkbare inspanning van partijen moet zijn om bij gewijzigde omstandigheden te overleggen over aanpassing van gemaakte afspraken, is onduidelijk.

Indien partijen in een arbeidsovereenkomst een wijzigingsmogelijkheid voor de werkgever opnemen, kan de werkgever hier alleen een beroep op doen indien hij daarvoor, kort gezegd, een zwaarwegend belang heeft (art. 7:613 BW). Mogelijk is een voordeel van de opdrachtrelatie dat een wijzigingsbeding gemakkelijker, zonder deze strenge toetsing van belangen, toegepast kan worden. Ook is denkbaar dat de terugvordering van een onverschuldigd betaalde bonus wat gemakkelijker kan plaatsvinden, zonder dat de normen van het goed werkgeverschap de opdrachtgever kunnen worden tegengeworpen.

Voor het overige vallen partijen zowel bij een arbeidsovereenkomst als een opdracht-overeenkomst terug op algemene, verbintenisrechtelijke begrippen en mogelijkheden, zoals de beschreven mogelijkheid om gemaakte afspraken aan te passen indien onverkorte nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn of indien sprake is van onvoorziene omstandigheden. Hoe dat uitpakt, is hiervoor beschreven. Deze wetsaanpassing zal voor het onderwerp van dit artikel dus weinig toevoegen.

8. Conclusie

De regels en gedragscodes over de bestuurdersbeloning roepen vooral de betrokken partijen zelf op te komen tot verantwoorde beloningsafspraken, zowel wat betreft de hoogte daarvan als de ingebouwde flexibiliteit. De recente rechtspraak op dit vlak laat zien dat eenmaal gemaakte, onvoorwaardelijke afspraken achteraf zeer lastig aan te passen zijn, zelfs indien de (financiële) wereld er een paar jaar later heel anders uitziet. Het principe van trouw aan het gegeven woord staat voorop.

De nieuwe, wettelijke claw back mogelijkheid voegt juridisch niet veel toe aan de bestaande (on)mogelijkheden tot wijziging. De optimist zou zeggen dat het desondanks misschien geen kwaad kan om door middel van (symbool-)wetgeving nog eens specifiek vast te leggen dat bonussen onder bijzondere omstandigheden

teruggedraaid kunnen worden. Ook de *soft law* normen uit de Code, zoals bijvoorbeeld het maximum van één vast jaarsalaris bij ontslag, zijn langzamerhand immers gemeengoed geworden. Verschil maakt wel dat dit soort codes inhoudelijk nieuwe normen voortbrachten, terwijl het claw back wetsvoorstel dat juist niet doet. Misschien dat de wetgever in het verdere wetgevingsproces nog wat nadere inkleuring kan geven aan de nieuwe wettelijke wijzigingsmogelijkheid bij bonussen.

Daarna zal het in voorkomende gevallen weer aan de rechter zijn om te oordelen, of, nog beter, bij partijen zelf om beloningsgeschillen te voorkomen. De raad van commissarissen moet zich ervan vergewissen dat de belonings- en bonusafspraken met de bestuurder beheersbaar zijn. Dat kan op verschillende manieren, die bijvoorbeeld ook in de gedragscodes (de Code, Code Banken en dergelijke) worden voorgesteld. Centraal daarin staat meestal (i) het opnemen van een passende referentieperiode en/of bandbreedte voor beloning, zodat de uitbetaling van bonussen bijvoorbeeld plaatsvindt op basis van resultaten over een langere periode en binnen bepaalde bandbreedtes, gebaseerd op scenario-analyses, en (ii) het inbouwen van voldoende discretionaire aanpassingsbevoegdheden voor de raad van commissarissen bij buitengewone omstandigheden, zonder dat hiervoor een (te) strenge maatstaf geldt en (iii) een duidelijke terugvorderbevoegdheid indien bonusdoelstellingen achteraf toch niet (geheel) gehaald zijn. En doet zich toch een situatie voor waarin garanties aan de bestuurder onvermijdelijk zijn, dan moet alle betrokkenen duidelijk zijn dat meestal geldt: eens gegeven, blijft gegeven.