

REDACTIONEEL

Symbolwetgeving

W.J. Oostwouder

In de voortgangsbrief modernisering ondernemingsrecht van 20 december 2018 (hierna: de voortgangsbrief)¹ heeft de minister voor Rechtsbescherming nieuwe wetgeving aangekondigd, getiteld 'Aanpassing en terugvordering van bonussen'.² In de hiernavolgende beschouwing wordt aangegeven dat dit in de aangekondigde vorm symbolwetgeving betreft, die in de praktijk geen tot zeer weinig effect zal hebben.

Het huidige art. 2:135 Burgerlijk Wetboek (BW) bevat sinds 2014 een regeling voor de aanpassing en terugvordering van bonussen.

Lid 6 geeft het orgaan dat de bezoldiging van bestuurders vaststelt (de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij bij de statuten hiervoor een ander orgaan – bij beursvennootschappen meestal de raad van commissarissen – is aangewezen) de bevoegdheid om de bonus aan te passen. Volgens dit artikellid is dit mogelijk 'indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'.

Lid 8 bepaalt dat de (naamloze) vennootschap bevoegd is 'een bonus geheel of gedeeltelijk terug te vorderen voor zover uitkering plaats heeft gevonden op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld'.

Voorts bevatte art. 2:135 lid 7 BW tot 1 juli 2017 de zogenoemde 'afroomregeling'. Hierbij werd kort gezegd de waarde van (certificaten van) aandelen of opties in het kapitaal van de doelvennootschap die in het kader van bezoldiging door bestuurders zijn verkregen, vastgelegd op de koers van vier weken voor de aankondiging van het openbaar bod op die vennootschap. Deze regeling was van (overeenkomstige) toepassing bij juridische fusies, splitsingen en andere 'corporate events', zoals art. 2:107a-besluiten over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de beursvennootschap.

Op deze draak van een afroomregeling is in de literatuur (zie voor een overzicht daarvan Tienstra en Oostwouder³) de nodige kritiek – onder andere over het niet bereiken van de doelstelling van de regeling – geuit. Het vorige kabinet heeft deze

1 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/12/20/tk-voortgangsbrief-modernisering-ondernemingsrecht.

2 Zie p. 12-14 van de voortgangsbrief.

3 K.L. Tienstra & W.J. Oostwouder, *Corporate governance en belangenconflicten van bestuurders bij openbare biedingen*, O&F 2014, afl. 1, p. 59, noot 92.

W.J. Oostwouder

regeling afgeschafte en aangekondigd een effectievere afroomregeling voor te bereiden.

In de voortgangsbrief merkt de minister op dat buiten het kader van de in art. 2:135 lid 8 BW genoemde situatie – terugvordering van een bonus voor zover uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie – is gekeken of de wet andere mogelijkheden biedt om een bonus terug te vorderen. Volgens hem zou een beroep kunnen worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW:

‘Dit artikel maakt (rechterlijk) ingrijpen in de uitvoering van de overeenkomst mogelijk, indien sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst onaanvaardbaar maken. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan de situatie dat doelstellingen van de vennootschap waar de bonus van afhankelijk was, zijn behaald of beïnvloed door fraude, ernstige misdragingen of nalatigheid van de bestuurder. In dat geval is er sprake van fraude, maar op zich niet van onjuiste informatie over de behaalde doelstellingen.’

Maar de minister wil nog een stap verder gaan en art. 2:135 lid 8 BW aanpassen:

‘Daarbij is gekeken naar de bepaling over de toegekende maar nog niet uitgekeerde bonus in artikel 2:135 lid 6 BW. Op grond van deze laatste bepaling kan de hoogte van een bonus worden aangepast als uitkering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit kunnen gevallen zijn waarin sprake is van fraude, ernstige misdragingen of nalatigheid van de bestuurder. Het is denkbaar om ook voor reeds uitgekeerde bonussen deze maatstaf te hanteren, door artikel 2:135 lid 8 BW in lijn te brengen met lid 6, bijvoorbeeld door het toevoegen van de volgende zinsnede aan artikel 2:135 lid 8 BW: “of indien het behoud van de uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”.’

Wat voegt dit toe? Als de raad van commissarissen hiermee al een effectieve mogelijkheid zou krijgen om op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een reeds uitgekeerde bonus terug te vorderen (het is aanneemelijk dat de rechter hier zeer terughoudend tegenover zal staan), dan kan de vennootschap dit nu ook al op grond van het reeds bestaande art. 6:248 BW! Het enige effect van deze toevoeging is dat vastgelegd wordt dat de raad van commissarissen deze bevoegdheid namens de vennootschap kan uitoefenen.

De aangekondigde ‘effectievere afroomregeling’ ter vervanging van het vervallen art. 2:135 lid 7 BW ziet de minister in het creëren van een aanvullende bevoegdheid voor de raad van commissarissen inzake de aanpassing van de bezoldiging in het kader van belangrijke besluiten zoals overnames. Hij licht dit als volgt toe.

‘Het kabinet onderkent de noodzaak om prikkels bij bestuurders tot oneigenlijke beïnvloeding bij major corporate events tegen te gaan. Overwogen kan worden om aan te sluiten bij de discretionaire bevoegdheid van de raad van commissarissen om af te wegen wat redelijk en billijk is in geval van bonussen. Dat past ook bij de rol die de raad van commissarissen in overname situaties al heeft.’

Waar staat de door de minister veronderstelde ‘discretionaire bevoegdheid van de raad van commissarissen om af te wegen wat redelijk en billijk is in geval van bonussen’?

Ook de commissarissen zullen zich moeten houden aan het door de algemene vergadering vastgestelde beloningsbeleid en de met de bestuurders gemaakte contractuele afspraken. Zij kunnen deze niet naar believen met een beroep op de redelijkheid en billijkheid bijstellen! De hoofdregel is dat afspraken moeten worden nagekomen. Dit geldt ook – of misschien wel juist, zie het ABN AMRO-arrest van de Hoge Raad uit 2007 – voor overnamesituaties. Een ‘aanvullende’ bevoegdheid voor de raad van commissarissen in overnamesituaties verandert daar niets aan!