

Vergaderjaar 2010–2011

**32 512**

## **Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op 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**

**Nr. 6**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 30 maart 2011

#### **Algemeen**

Graag dank ik de leden van de fracties van de VVD, PvdA, CDA, SP en Christen-Unie voor hun belangstelling voor het wetsvoorstel. Hieronder zal ik nader ingaan op de vragen die door de leden zijn gesteld. Zoals uiteengezet in de memorie van toelichting beoogt dit wetsvoorstel in de eerste plaats naamloze vennootschappen beter in staat te stellen om exorbitante bonussen van hun bestuurders aan te passen en terug te vorderen. Hetzelfde geldt ten aanzien van bonussen van dagelijkse beleidsbepalers van financiële ondernemingen. In de tweede plaats voorziet het wetsvoorstel in de introductie van deskundigheidstoetsing van commissarissen van financiële instellingen door De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM).

De vragen van de leden van de verschillende fracties hebben aanleiding gegeven tot een nota van wijziging. Hierin wordt de reikwijdte van de aanpassingsplicht in artikel 2:135 lid 7 BW in geval van overnames uitgebreid. Deze regeling is ook van toepassing verklaard op een verkrijging van zeggenschap die op een andere wijze dan via een openbaar bod plaatsvindt, bijvoorbeeld via een juridische fusie. Tevens wordt het begrip «bonus» in artikel 2:135 lid 6 BW verduidelijkt. Ook worden banken die zijn aangesloten bij een centrale kredietinstelling van de toepassing van de regeling in het Burgerlijk Wetboek uitgezonderd. Ten slotte komt de deskundigheidstoetsing van commissarissen in dit wetsvoorstel te vervallen. Deze zal in een afzonderlijk wetsvoorstel over de geschiktheidstoets worden vervat. In de antwoorden op de vragen van de leden wordt een en ander nader toegelicht.

#### *1. Inleiding*

De leden van de fractie van de VVD vragen hoe dit wetsvoorstel zich verhoudt tot het Besluit beheerst beloningsbeleid. Deze leden veronderstellen dat het besluit nog moet worden voorzien van advies door de Raad van State. In dit kader vragen de leden van de fractie van de VVD verder of

financiële ondernemingen al bezig zijn met de risico-analyse die onder het nieuwe regelgevende kader is vereist.

Perverse beloningsprikkel worden wereldwijd gezien als één van de factoren die hebben bijgedragen aan de financiële crisis. Het gaat hierbij met name om prikkels die aanleiding kunnen geven tot het nemen van (ongewenste en) onverantwoorde risico's en die ertoe kunnen leiden dat het klantbelang wordt veronachtzaamd, zoals een eenzijdige oriëntatie op het kortetermijnbelang, kortetermijnwinstrealisatie en «*pay for failure*»<sup>1</sup>. De ongewenste prikkelwerking kan enerzijds uitgaan van de gekozen prestatiecriteria, maar kan ook worden veroorzaakt door een ongewenst hoog percentage variabele beloning, waarbij een te sterke nadruk ligt op het nastreven van bepaalde doelstellingen (die bijvoorbeeld niet passen bij het lange termijn belang van de onderneming of het belang van klanten). Het toezicht door AFM en DNB op beloningen richt zich dan ook primair op het voorkomen en bestrijden van die onjuiste prikkels in de beloningen van alle betrokkenen bij de onderneming. Het Besluit beheerst beloningsbeleid bevat nadere regels ten aanzien van het beloningsbeleid voor financiële ondernemingen. De Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) biedt hiertoe de grondslag. Op de naleving van de regels omtrent het beloningsbeleid wordt toezicht gehouden door AFM en DNB. De AFM heeft de bevoegdheid gedragstoezicht uit te oefenen met betrekking tot beheerst beloningsbeleid. DNB houdt prudentieel toezicht ten aanzien van beheerst beloningsbeleid. Zoals deze leden terecht veronderstellen houden de verplichtingen op basis van het Besluit beheerst beloningsbeleid onder andere in dat de financiële onderneming nagaat welke beloningsstructuren en beloningscomponenten kunnen leiden tot onzorgvuldige behandeling van klanten (gedragstoezicht). Ook moet worden nagegaan of beloningsstructuren en beloningscomponenten kunnen leiden tot onvoldoende soliditeit van de financiële onderneming (prudentieel toezicht). Verder is in het Besluit beheerst beloningsbeleid de verplichting opgenomen om dat beleid schriftelijk vast te leggen. Het Besluit is op 14 december 2010 in het Staatsblad gepubliceerd en op 1 januari 2011 inwerking getreden. Financiële ondernemingen moeten de genoemde risico-analyses met ingang van 1 januari 2011 beschikbaar hebben. Vanaf 2011 houden de toezichthouders hierop toezicht.

De leden van de fractie van de VVD vragen de regering om te bevestigen dat het voorgestelde artikel 2:129 lid 7 BW wordt ingetrokken. In het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt voorgesteld dit artikellid te doen vervallen, zo kan ik deze leden meedelen.<sup>2</sup> Overigens is er inmiddels een amendement ingediend dat ertoe strekt te voorkomen dat het artikellid komt te vervallen.<sup>3</sup> Te zijner tijd zal derhalve moeten blijken of een meerderheid van uw Kamer de bepaling in het wetsvoorstel Invoeringswet steunt.

De leden van de fractie van de VVD vragen naar een reactie op het pleidooi van de FNV om als vervolgstap de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen te versterken door het ontslag van de raad van commissarissen door de algemene vergadering te bemoeilijken. De onafhankelijkheid van de raad van commissarissen is van belang met het oog op een goede taakuitoefening van de raad. Om die reden vereist artikel 2:142 lid 3 BW dat bij een aanbeveling of voordracht voor benoeming van een commissaris meegedeeld worden zijn beroep, het bedrag aan door hem gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap en de betrekkingen die hij bekleedt of die hij heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersoon hij reeds als commissaris is verbonden. Ook de Nederlandse corporate

---

<sup>1</sup> Onder *pay for failure* wordt verstaan een beloning die wordt toegekend wanneer de onderneming juist slechte resultaten behaalt.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2009–2010, 32 426, nr. 2.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2009–2010, 32 426, nr. 5.

governance code (hierna: de Code) bevat een principe en *best practice* bepalingen over de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen (principe III.2). Over boekjaar 2009 is de naleving van deze bepalingen 100%.<sup>1</sup> Dit stelsel van wet en Code biedt naar mijn idee voldoende waarborgen voor de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen. Het bemoeilijken van het ontslag van de raad van commissarissen door de algemene vergadering zou wellicht de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen ten opzichte van de algemene vergadering kunnen versterken, maar zou ook tot gevolg kunnen hebben dat slecht functionerende raden van commissarissen blijven zitten. Mij is niet gebleken dat de algemene vergadering haar bevoegdheid om de raad van commissarissen te ontslaan lichtvaardig gebruikt. Ik zie dan ook geen aanleiding om aan deze bevoegdheid nadere eisen te stellen.

De leden van de fractie van het CDA geven aan dat ze vinden dat het wetsvoorstel goed moet passen binnen Europees verband, maar ook binnen een ruimer internationaal kader zoals dat van de G20 en vragen of het kabinet daar voldoende rekening mee houdt.

Ook het kabinet is van mening dat een Europese en internationale aanpak van het tegengaan van excessieve beloningen de voorkeur verdient. De mogelijkheid tot aanpassen of terugvorderen van bonussen sluit internationaal aan bij de *FSB Principles*, die in opdracht van de G20 zijn opgesteld. Deze *Principles* noemen de mogelijkheid van een *claw back* regeling, wat ook terug te vinden is in standaard 5 en standaard 9 van de implementatiestandaarden van deze *Principles*.

Deze leden vragen ook naar de vorderingen van de G20 op dit terrein en of het kabinet kan aangeven op welke wijze is vastgesteld dat er een gelijk speelveld blijft bestaan.

Er heeft in het voorjaar van 2009 een eerste evaluatie plaatsgevonden van de implementatie van de *FSB Principles*. Daarbij werd geconcludeerd dat er significante vooruitgang is geboekt, maar de implementatie nog lang niet compleet is. Daarom is er, mede onder druk van Nederland, aanbevolen dat de implementatie van de *Principles* door FSB-leden in 2010 wordt afgerond. In het voorjaar van 2011 zal een nieuwe evaluatie plaatsvinden.

Verder vragen de leden van de fractie van het CDA of er een indruk kan worden gegeven van de mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel voor het Nederlandse vestigingsklimaat, en in hoeverre er gevolgen voor het bedrijfsleven in Denemarken en Zweden zijn geweest.

In Denemarken en Zweden zijn vergelijkbare bepalingen in de nationale corporate governance codes opgenomen, op basis van het «pas toe of leg uit» beginsel. Er zijn mij geen signalen bekend dat dit tot belangrijke nadelige gevolgen voor het bedrijfsleven heeft geleid. De voorgestelde regeling maakt het eenvoudiger voor bedrijven om (vooraf) onvoorziene en onbedoelde uitschieters in bonussen te voorkomen via de aanpassingsbevoegdheid en om onterechte uitkeringen terug te vorderen. Negatieve gevolgen voor het vestigingsklimaat worden niet verwacht.

De leden van de fractie van de SP vragen of het gebruikelijk is om een amendement zonder enig overleg met de indiener(s) te schrappen. Het komt niet vaak voor dat het kabinet voorstelt om een door de Tweede Kamer aangenomen amendement te laten vervallen. Daartoe wordt slechts op zwaarwegende gronden overgegaan. In dit geval zijn de bezwaren van het (vorige) kabinet zowel mondeling als schriftelijk aan de Kamer meegedeeld. Ik verwijs naar de brief met reactie op enkele nagekomen amendementen (kamerstuk 31 058, nrs. 18, 19 en 20 en kamerstuk 31 065, nrs. 22, 23 en 25 en kamerstuk 31 763, nrs. 19 en 20)<sup>2</sup>, het verslag van een algemeen overleg, gehouden op 22 juni 2010, inzake het amendement Tang-Irrgang over het bevroren van beloningen bij

<sup>1</sup> Monitoring Commissie Corporate Governance Code, tweede rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code, december 2010, p. 41.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2009–2010, 31 058, nr. 28.

overname en fusie in relatie tot het voorontwerp claw back (consultatie)<sup>1</sup> en de memorie van toelichting. Het kabinet heeft in artikel 2:135 lid 7 BW een alternatieve regeling voorgesteld. Aangezien deze alternatieve regeling ten tijde van het aannemen van het amendement nog niet bekend was, wissel ik graag met uw Kamer van gedachten hierover. Overleg met de indieners en het parlement als medewetgever is daardoor geborgd.

## 2. Aanleiding

De leden van de fractie van de VVD vragen of naar het oordeel van de regering het bonusbeleid mede kan hebben bijgedragen aan de crisis. Een onvoldoende evenwichtig beloningsbeleid wordt als een belangrijke reden beschouwd voor het ontsporen van het risicomangement binnen de financiële ondernemingen in het verleden. Perverse prikkels waren wijd verspreid. Deze hebben vooral betrekking op afspraken of toezeggingen die aanleiding geven tot het nemen van ongewenste en onverantwoorde risico's met een eenzijdige oriëntatie op grote «winst» op de korte termijn en die er ook toe kunnen leiden dat het belang van de klant wordt veronachtzaamd. Mede om die reden is voor de financiële sector het Besluit beheerst beloningsbeleid geïntroduceerd, waarbij toezicht op het beloningsbeleid wordt gehouden door AFM en DNB. Ook de in het onderhavige wetsvoorstel voorziene aanpassingsbevoegdheid van bonussen als de omstandigheden hiertoe aanleiding geven kan behulpzaam zijn om het beloningsbeleid evenwichtiger te maken.

Deze leden vragen verder of het probleem van buitensporige bonussen zich voornamelijk voordoet in de financiële sector. Excessen zijn de afgelopen jaren het meest zichtbaar geweest in de financiële sector. Voor andere sectoren is de bevoegdheid om excessieve bonussen aan te kunnen passen of onterecht uitgekeerde bonussen terug te kunnen vorderen echter ook relevant. Daarom strekt de reikwijdte van dit wetsvoorstel zich ook uit tot niet-financiële ondernemingen.

De leden van de fractie van de SP vragen naar de verhouding tussen de door de Hoge Raad gestelde eisen in het arrest van 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet)<sup>2</sup> en de aanpassing van een bonus op basis van artikel 2:135 lid 6 BW.

In deze zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Het in aanmerking nemen van dergelijke omstandigheden zal ook zijn verdisconteerd in de toepassing van de norm «naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar» in artikel 2:135 lid 6 BW. In die zin zal in de praktijk, indien een bonus is aangepast omdat uitkering ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, ook rekening worden gehouden met de omstandigheden die de Hoge Raad noemt.

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2009–2010, 31 058, nr. 30.

<sup>2</sup> HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), JAR 2008, 204.

### 3. Internationale context

De leden van de fractie van de VVD vragen naar de verhouding van het wetsvoorstel met artikel 3.4 van de aanbeveling van de Europese Commissie: de *claw back* bij onjuiste informatie.<sup>1</sup> Dezelfde vraag stellen deze leden met betrekking tot de *Financial Stability Board (FSB) Principles*, omdat de *claw back* ook in deze *Principles* wordt genoemd.

Een aanbeveling is niet juridisch bindend maar geeft wel aan wat de Europese Commissie wenselijk vindt. Het wetsvoorstel sluit aan op het doel van het genoemde artikel. In lijn met de aanbeveling biedt het wetsvoorstel de vennootschap de mogelijkheid een bonus terug te vorderen indien blijkt dat deze is verstrekt op basis van onjuiste informatie. De *Principles* zijn uitgewerkt in implementatiestandaarden; daarin wordt de mogelijkheid van *claw back* genoemd bij ondermaatse en negatieve prestaties van de onderneming.<sup>2</sup> Het wetsvoorstel regelt de bevoegdheid tot aanpassing van een bonus indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit kan het geval zijn indien de vennootschap ernstige verliezen lijdt terwijl met die omstandigheid onvoldoende rekening is gehouden bij het vaststellen van de doelen waarop de bonus is gebaseerd. Het wetsvoorstel is daarmee in lijn met de aanbevelingen en *Principles*.

Deze leden van de fractie van de VVD vragen of dit wetsvoorstel een nationale kop is op de wijziging van de kapitaalvereistenrichtlijn. Een «nationale kop» is aan de orde wanneer bij de implementatie van een richtlijn een beleidsmatige toevoeging of uitbreiding is opgenomen, die niet direct voortvloeit uit de richtlijn. De wijziging van de kapitaalvereistenrichtlijn schrijft geen mogelijkheid tot aanpassen of terugvorderen van bonussen voor, maar de richtlijn laat expliciet nationale regelingen inzake bijvoorbeeld *claw back* onverlet. Zoals in de memorie van toelichting aangegeven kent een aantal andere Europese landen ook regelingen vooraanpassing of terugvordering van bonussen.

De leden van de fractie van de VVD melden dat VNO-NCW heeft opgemerkt dat het ongewenst is om te ver vooruit te lopen op eventuele Europese initiatieven met het oog op een *level playing field* binnen Europa, mede vanuit het perspectief van het vestigingsklimaat. Ik onderschrijf deze opmerking. De wettelijke regeling is inhoudelijk in lijn met de aanbeveling van de Commissie, de FSB-Principles en de bepalingen in gedragscodes. Zoals eerder ook toegelicht worden door deze expliciete wettelijke bevoegdheid geen noemenswaardige negatieve gevolgen voor het vestigingsklimaat verwacht.

### 4. Verhouding met geldend recht en codes

De leden van de fractie van de VVD vragen of uiteengezet kan worden waarom er naast de Code wetgeving nodig is, voordat ervaring is opgedaan met de aanpassingsbevoegdheid en het terugvorderingsrecht van de Code en de Code banken en voordat de rapporten van de Monitoring Commissies zijn verschenen. Zij wijzen daarbij tevens op het advies van de Raad van State en de Commissie vennootschapsrecht en vragen naar het gevaar van overbodige wetgeving die onduidelijkheid kan veroorzaken.

In de systematiek van de Code worden de bevoegdheden van de raad van commissarissen inzake de billijkheidstoets en de *claw back* op basis van *best practice* bepalingen II.2.10 en II.2.11 in de overeenkomst met de bestuurder vastgelegd, dat wil zeggen met wederzijdse instemming. Indien de wederzijdse instemming daartoe ontbreekt, kunnen de *best practice* bepalingen niet worden toegepast en zijn de beursvennoot-

<sup>1</sup> Aanbeveling van de Europese Commissie ter aanvulling van Aanbeveling 2004/913/EG en Aanbeveling 2005/162/EG wat betreft de regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen van 29 april 2009, artikel 3.4: De contractuele regelingen met de uitvoerend bestuurders of directeuren moeten bepalingen omvatten op grond waarvan de onderneming variabele beloningscomponenten die werden toegekend op basis van gegevens waarvan achteraf blijkt dat zij kennelijk onjuist zijn voorgesteld, kan terugvorderen.

<sup>2</sup> FSB Principles for Sound Compensation Practices, Implementation Standards, 25 september 2009, standaard 5 en 9.

schappen verplicht uit te leggen waarom dit zo is. De Codebepalingen kunnen niet bewerkstelligen dat bestuurders worden gedwongen in te stemmen met het wijzigen van bestaande contracten.<sup>1</sup> Het kabinet meent daarom dat de relevante bepalingen in de codes niet volstaan en dat een nadere wettelijke regeling noodzakelijk is. Artikel 2:135 lid 6 BW beoogt de reeds bestaande mogelijkheden voor de raad van commissarissen om bonussen eenzijdig aan te passen en terug te vorderen expliciet te maken. Door de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid op een bijzonder geval, namelijk de uitkering van een bonus, krijgen deze maatstaven een nadere inkleuring en concretisering. Een en ander neemt niet weg dat het de voorkeur verdient dat bestuurders en raden van commissarissen eventuele buitensporige bonussen op voorhand trachten te voorkomen, door hiervoor in de overeenkomst met de bestuurder een regeling te treffen. De Codebepalingen sluiten aan bij die gedachte. Uit de rapportage van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code over de naleving van de Code over boekjaar 2009 blijkt overigens dat 86 van de 100 vennootschappen de billijkheidstoets (expliciet of impliciet) toepassen en 14 vennootschappen uitleggen waarom van de bepaling wordt afgeweken, terwijl 73 van de 100 vennootschappen de *claw back*-clausule toepassen en 26 vennootschappen uitleg geven.<sup>2</sup> Niet is onderzocht of de bevoegdheden zijn uitgeoefend.

De leden van de fractie van de VVD wensen voorts een reactie te vernemen op het punt dat blijkens het arrest Saladin/HBU en artikel 6:248 lid 2 BW de redelijkheid en billijkheid ook kunnen derogeren ten opzichte van de regel.

Artikel 2:135 leden 6 en 7 kunnen inderdaad worden beschouwd als een voorbeeld van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW en eerder onderkend door de Hoge Raad in Saladin/HBU.<sup>3</sup> Dit houdt in dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Door de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid op een bijzonder geval, namelijk de uitkering van een bonus, krijgen deze maatstaven een nadere inkleuring en concretisering.

De leden van de fractie van de SP vragen of de bestaande bevoegdheden ooit succesvol zijn toegepast.

In de praktijk zal er, indien de raad van commissarissen van mening is dat een aan een bestuurder toegekende bonus gegeven de omstandigheden te hoog uitvalt, overleg volgen tussen de raad van commissarissen en de betreffende bestuurder over matiging. Indien de bestuurder met een bijstelling akkoord gaat, zal dit doorgaans niet openbaar worden. Mij zijn geen rechtszaken bekend inzake de aanpassing van bonussen van bestuurders, maar wel van werknemers. Zo heeft de Kantonrechter Amersfoort in 2005 een eenzijdige wijziging van een bonusregeling ten nadele van een werknemer geoorloofd geacht, gelet op de slechte financiële omstandigheden waarin het bedrijf verkeerde.<sup>4</sup> Ook hebben enkele werknemers tegen een eenzijdige wijziging van een eerder toegezegde beëindigingsvergoeding geprocedeerd. Zo heeft het Hof Amsterdam in hoger beroep onder meer overwogen dat de kredietcrisis op zichzelf een onvoorziene omstandigheid is in de zin van artikel 6:258 BW, dat redelijkheid en billijkheid op de eerste plaats trouw aan het gegeven woord verlangen, dat het in casu gaat om een grote organisatie waarvan maatschappelijk verantwoordelijk gedrag verwacht mag worden en dat de gevolgen van het door haar in het verleden gehanteerde beloningsbeleid eerder voor haar rekening dan voor die van de individuele werknemer behoren te komen. Het Hof oordeelde in dit geval dat, ook al zijn onvoorziene omstandigheden aanwezig, deze niet van dien

<sup>1</sup> Vgl. de toelichting bij best practice bepalingen II.2.10 en II.2.11: Deze bevoegdheid geldt niet slechts voor nieuwe contracten; de raad van commissarissen heeft ook de verantwoordelijkheid zich in te spannen om deze in bestaande contracten vast te leggen (p. 40 van de Code).

<sup>2</sup> Monitoring Commissie Corporate Governance Code, tweede rapport over de naleving van de Nederlandse corporate governance code, december 2010, p. 31 e.v.

<sup>3</sup> HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261.

<sup>4</sup> Ktr. Amersfoort, 1 juni 2005, JAR 2005, 158.

aard zijn dat de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de gedane toezeggingen niet mag verwachten.<sup>1</sup>

Met betrekking tot de terugvordering van bonussen geldt dat een minnelijke regeling in de regel niet tot publiciteit zal leiden. In de memorie van toelichting is een uitspraak van de rechtbank Utrecht vermeld over de terugvordering van een reeds uitbetaalde bonus aan een intermediair wegens het niet behalen van de resultaten op grond waarvan het recht op de bonus bestond (p. 23 van de memorie van toelichting).

Voorts wensen deze leden te vernemen of het door de nieuwe regeling gemakkelijker wordt voor de raad van commissarissen om bonussen terug te vorderen.

Eén van de doelstellingen van het onderhavige wetsvoorstel is te verduidelijken onder welke omstandigheden de raad van commissarissen bevoegd is bonussen terug te vorderen. Het moet gaan om bonussen die zijn uitgekeerd 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 is gesteld (zie artikel 2:135 lid 8 BW). Indien het kader voor de afweging duidelijker is, zal dat het naar verwachting eenvoudiger maken voor de raad van commissarissen om af te wegen of er voldoende grondslag is voor terugvordering.

### *5. Toepassingsbereik*

De leden van de fractie van de VVD vragen of er nog hiaten ontstaan tussen de regelingen in het BW en in de Wft en of kan worden aangegeven welke hiaten dit zijn. Deze leden vragen of de reikwijdte van artikel 2:135, zesde en achtste lid BW niet te ruim is en tevens onbedoeld nu door middel van artikel 1:111 Wft artikel 2:135, zesde en achtste lid BW van toepassing wordt op alle financiële ondernemingen.

Er is geen sprake van hiaten. Bij alle naamloze vennootschappen en alle financiële ondernemingen wordt de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van toepassing na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. In de memorie van toelichting wordt gewag gemaakt van overlap tussen de BW-regeling en de Wft-regeling ten aanzien van financiële ondernemingen. Deze overlap bestaat eruit dat bestuurders van financiële ondernemingen die tevens een naamloze vennootschap zijn, alsmede van banken en verzekeringsmaatschappijen die tevens een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of besloten vennootschap zijn, zowel op basis van de BW-regeling als op basis van de Wft-regeling onderworpen zijn aan de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van hun bonus. Daarbij is relevant dat door de verwijzing in artikel 1:111 Wft naar artikel 2:135 BW de inhoud van de bevoegdheid hetzelfde is. Daarmee wordt beoogd dat geen verschillende interpretatie van de inhoud van de bevoegdheid ontstaat. De BW-regeling en de Wft-regeling kennen op een drietal punten een verschillende reikwijdte. In de eerste plaats geldt de verantwoordingsplicht over het gebruik van de aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheid in artikel 2:383c lid 6 BW voor open naamloze vennootschappen, die al dan niet een financiële onderneming zijn, evenals voor coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en besloten vennootschappen die een bank of verzekeringsmaatschappij zijn. In de tweede plaats gelden de aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheid van artikel 2:135 leden 6 en 8 BW op basis van de Wft-regeling ook voor andere financiële ondernemingen dan banken en verzekeringsmaatschappijen. Ten slotte kunnen bij alle financiële ondernemingen naast de bonussen van bestuurders ook bonussen van andere dagelijks beleidsbepalers worden aangepast of teruggevorderd op basis van de bepaling in de Wft. De bevoegdheden gelden derhalve ten opzichte van alle financiële ondernemingen, terwijl de verantwoordings-

---

<sup>1</sup> Hof Amsterdam 28 september 2010, LJN: BN8468. Vgl. ook Rechtbank Utrecht 9 oktober 2009, LJN: BJ9807.

plicht uitsluitend ten aanzien van banken en verzekeringmaatschappijen (naast open naamloze vennootschappen) gelden.

De leden van de fractie van de VVD vragen aandacht voor de plaatsing van de bepaling met betrekking tot aanpassing en terugvordering van bonussen bij financiële ondernemingen in deel 1 van de Wft. Door de plaatsing in deel 1 van de Wft is gekozen voor een zo ruim mogelijke toepassing van de bevoegdheden bij financiële ondernemingen. Ook bij financiële ondernemingen die (al dan niet onder voorwaarden) niet vallen onder prudentieel of gedragstoezicht op grond van respectievelijk deel 3 of 4 van de Wft, zijn deze bevoegdheden van toepassing. In de memorie van toelichting is aangegeven dat in beginsel is aangesloten bij de kring van ondernemingen waarvoor het Besluit beheerst beloningsbeleid gaat gelden. Het is echter niet zo dat de groep waarbij de bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering van bonussen van toepassing is, volledig dezelfde is. Het Besluit beheerst beloningsbeleid sluit namelijk aan bij het feitelijk van toepassing zijn van prudentieel en/of gedragstoezicht, aangezien dit een bevoegdheid betreft van de toezichthouders. De bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering van bonussen is een bevoegdheid van het orgaan dat of degene die het beloningsbeleid van de financiële onderneming vaststelt. Aansluiten bij het uitvoeren van prudentieel of gedragstoezicht ligt daarbij minder voor de hand.

De leden van de fractie van de VVD vragen een reactie op de adviezen van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht.

De gecombineerde commissie vennootschapsrecht merkt terecht op dat de verwijzing in artikel 2:245 BW naar een verzekeringmaatschappij niet zinvol is, omdat deze geen besloten vennootschap kan zijn. In de nota van wijziging komt deze verwijzing dan ook te vervallen.

De commissie bepleit voorts dat de regeling in het BW beperkt wordt tot beursgenoteerde of open naamloze vennootschappen en niet zal gelden voor «besloten» naamloze vennootschappen, mede gelet op het feit dat de regeling niet geldt voor besloten vennootschappen.

Alle naamloze vennootschappen, dus ook «besloten» naamloze vennootschappen, hebben op grond van het bestaande artikel 2:135 BW een bezoldigingsbeleid dat door de algemene vergadering wordt vastgesteld. De algemene vergadering stelt ook de bezoldiging van de individuele bestuurders vast, tenzij de statuten een ander orgaan hebben aangewezen. Voor besloten vennootschappen bestaat geen wettelijke regeling in deze zin. De bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van een bonus vormt een nadere invulling van de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging. Ik zie geen reden waarom de raad van commissarissen of algemene vergadering van een «besloten» naamloze vennootschap die de bezoldiging van individuele bestuurders vaststelt, deze bevoegdheden zou moeten worden onthouden.

Daarnaast adviseert de gecombineerde commissie vennootschapsrecht te bepalen dat de Wft-regeling niet van toepassing is op buitenlandse financiële ondernemingen. De leden van de fractie van de VVD vragen een reactie op dit advies.

De Wft is deels van toepassing op buitenlandse financiële ondernemingen die zich (ook) op de Nederlandse markt begeven. Dit is bijvoorbeeld het geval als de buitenlandse onderneming onder prudentieel of gedragstoezicht staat in Nederland. Zo is het Besluit beheerst beloningsbeleid ook van toepassing op buitenlandse financiële ondernemingen die onder prudentieel of gedragstoezicht van de Wft vallen. Op in Nederland werkzame werknemers van deze buitenlandse financiële ondernemingen kan Nederlands arbeidsrecht van toepassing zijn, bijvoorbeeld indien partijen dit zijn overeengekomen. De aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheid in het BW worden beschouwd als bevoegdheden van organen



van (bepaalde) Nederlandse rechtspersonen. In de Wft-regeling wordt niet aangeknoopt bij een rechtspersoon, maar bij de financiële onderneming. In concrete gevallen zal de werking van de bepaling in samenhang met de toepasselijke civiele en arbeidsrechtelijke bepalingen in de betrokken landen gezien moeten worden.

De leden van de fractie van de VVD vragen naar aanleiding van het advies van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht of de bepaling in artikel 1:111 Wft beperkt zou moeten worden tot financiële ondernemingen die vallen onder het prudentieel toezicht zoals dat wordt uitgevoerd door DNB.

Deze beperking van de reikwijdte zou betekenen dat bij slechts een deel van de financiële sector de bevoegdheid om bonussen aan te passen of terug te vorderen van toepassing zou zijn. Een deel van de financiële sector valt alleen onder het gedragstoezicht zoals uitgevoerd door de AFM, of is, al dan niet onder voorwaarden, vrijgesteld van toezicht. In het wetsvoorstel is juist voor een brede reikwijdte gekozen (alle financiële ondernemingen) omdat de crisis in de financiële sector als geheel speelde en in de gehele financiële sector excessen met betrekking tot bonussen denkbaar zijn.

De leden van de fractie van het CDA vragen in hoeverre er toch nog kleinere ondernemingen onder de basisregeling blijven vallen met mogelijk hoge administratieve lasten tot gevolg.

De basisregeling in het BW geldt voor naamloze vennootschappen, alsmede voor banken en verzekeringsmaatschappijen in de vorm van een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of besloten vennootschap. Gebleken is dat met betrekking tot de banken in de vorm van coöperaties het wetsvoorstel in de praktijk leidt tot hogere kosten dan in eerste instantie geschat. In de memorie van toelichting werd uitgegaan van beperkte kosten voor het invoeren van een bezoldigingsbeleid op basis van de overeenkomstige toepassing van artikel 2:135 BW, vanwege de overlap met de verplichting tot het hebben van een beloningsbeleid in de zin van de Wft. In de Wft wordt met betrekking tot prudentieel toezicht echter een uitzondering gemaakt voor bij een centrale kredietinstelling aangesloten banken in artikel 3:111. Ik acht het derhalve passend om op dit punt bij deze regeling in de Wft aan te sluiten. Men zie daarvoor ook de nota van wijziging. Dit betekent dat de verplichting tot het vaststellen van een bezoldigingsbeleid slechts wordt geïntroduceerd voor circa 26 in plaats van circa 175 rechtspersonen. Ook de verantwoordingsplicht op de voet van artikel 2:383b lid 6 BW komt, naast voor open naamloze vennootschappen, uitsluitend te gelden voor deze circa 26 rechtspersonen. Mij is niet precies bekend in hoeverre onder deze 26 rechtspersonen en open naamloze vennootschappen zich kleinere ondernemingen bevinden, maar ik verwacht dat de nalevingskosten voor deze ondernemingen te overzien zijn.

De leden van de fractie van het CDA willen graag weten hoe het zit met pensioenfondsen.

Pensioenfondsen zijn geen financiële ondernemingen zoals gedefinieerd in de Wft en hebben veelal de rechtsvorm van een stichting. Zij vallen in dat geval niet onder dit wetsvoorstel. Indien pensioenfondsen voor de rechtsvorm van een naamloze vennootschap kiezen, zijn alle wettelijke regels met betrekking tot een naamloze vennootschap van toepassing. Ook kunnen zij dan gebruik maken van de bevoegdheden die in dit wetsvoorstel ten aanzien van naamloze vennootschappen worden geregeld.

Overigens speelt de problematiek die met voorliggend wetsvoorstel wordt geadresseerd geen rol bij bestuurders en dagelijks beleidsbepalers van pensioenfondsen. Pensioenfondsen regelen pensioen voor een zelf

bepaalde collectiviteit. De belangen van de (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en werkgevers staan hierbij centraal. Voorts dienen zij een maatschappelijk belang. Collectiviteit en solidariteit zijn twee belangrijke kernwaarden. Dit komt, naast bovenstaande punten, tot uitdrukking in de wijze waarop het bestuur is vormgegeven.

Bij ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen bestaat het bestuur uit vertegenwoordigers van werkgevers(-organisaties) en werknemers(-organisaties). Deze bestuurders hebben geen arbeidsrelatie met het pensioenfonds, maar met de betreffende werkgever of organisatie namens wie zij in het bestuur deelnemen. In beide gevallen zullen zij ofwel niets van het pensioenfonds ontvangen, omdat zij al een salaris van hun werkgever ontvangen, ofwel zullen er vacatiegelden worden afgedragen aan hun organisatie. Indien er bestuursleden uit de geleding van de pensioengerechtigden zijn, zal er sprake kunnen zijn van een onkosten- of vrijwilligersvergoeding. In het geval van beroepspensioenfondsen zijn de bestuursleden vertegenwoordigers van een bepaalde beroepsgroep. Aangezien zij vanwege bestuurswerkzaamheden hun eigen beroep niet kunnen uitoefenen, ontvangen zij veelal vervangingsgelden. De dagelijks beleidsbepalers zullen bij alle fondsen veelal in dienst zijn van het fonds of vanuit de betreffende onderneming gedetacheerd worden. In voorkomende gevallen zullen zij de arbeidsvoorwaarden van de onderneming volgen. Van arbeidsvoorwaarden die gekoppeld zijn aan individuele bijdragen van bestuurders of beleidsbepalers aan bestuursbesluiten of aan de prestaties van een fonds is vooralsnog niet gebleken. Daar komt bij dat dergelijke voorwaarden zich ook minder goed verhouden tot de wettelijke opdracht van pensioenfondsbesturen om te handelen in het belang van de aanspraak- en pensioengerechtigden. Voor de goede orde merk ik op dat er momenteel gewerkt wordt aan een herziening van de governance van pensioenfondsen. Het ligt in de rede de beloningsdiscussie bij pensioenfondsen in dat kader te bezien.

De leden van de fractie van het CDA vragen naar de overlap tussen de basisregeling in het BW en de uitbreidingen in de Wft. Voor het antwoord op deze vraag verwijs ik naar het eerdere antwoord op de vraag van de leden van de fractie van de VVD ten aanzien van de mogelijke hiaten.

De leden van de fractie van het CDA vragen op welke wijze de verantwoording in het jaarverslag moet worden afgelegd. Het wetsvoorstel bevat in artikel 2:383c lid 6 BW een verplichting voor open naamloze vennootschappen om in de jaarrekening opgave te doen van het bedrag van de aanpassing dan wel terugvordering van de bonus als bedoeld in artikel 2:135 lid 6 tot en met 8 BW. Op grond van het bestaande artikel 2:391 lid 2 BW doet de vennootschap in het jaarverslag mededeling van het beleid aangaande de bezoldiging van haar bestuurders en commissarissen en de wijze waarop dit beleid in het verslagjaar in de praktijk is gebracht. Hieronder valt eveneens de eventuele uitoefening van de bevoegdheden tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders. De wet verplicht tot het doen van een mededeling. Dit betekent dat de vennootschap kan volstaan met het vermelden dat van de bevoegdheid is gebruikgemaakt en het bedrag dat is aangepast of teruggevorderd. De wet verplicht niet tot nadere motivering. Wel kunnen aandeelhouders verzoeken om een nadere motivering alvorens zij hun stem over de jaarrekening uitbrengen.

Deze leden vragen voorts of door de onderneming ook vooraf wordt aangegeven op basis van welke criteria wordt getoetst. Het is aan de raad van commissarissen, eventueel met instemming van de bestuurder, om te bepalen of vooraf wordt vermeld welke omstandigheden een rol spelen bij de afweging of de aanpassings- en terugvorder-

ringsbevoegdheid wordt uitgeoefend. Een nadere uitwerking vooraf kan voor betrokkenen meer zekerheid bieden, maar kan niet op voorhand tot een beperking van de uitoefening van de bevoegdheden leiden. Het is aan de rechter om in een concreet geval te toetsen of aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid is voldaan met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.

#### *6. Het begrip «bonus»*

De leden van de fractie van de SP vragen of discretionaire of gegarandeerde bonussen ook vallen onder de gehanteerde definitie «bonus». Alvorens in te gaan op de vragen van deze leden, wil ik mededelen dat, mede naar aanleiding van een vergelijkbare vraag van de fractie van de VVD hierover, in de nota van wijziging wordt voorgesteld om het woord «variabele» in artikel 2:135 lid 6 BW te vervangen door «niet vaste». Een bonus wordt daarmee gedefinieerd als het niet vaste deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden.

Met betrekking tot gegarandeerde bonussen doelen de leden van de fractie van de SP naar ik aanneem op bonussen die worden uitgekeerd onafhankelijk van een te leveren prestatie. Dergelijke bonussen worden meestal in het eerste jaar van indiensttreding uitgekeerd, bijvoorbeeld om het verlies aan bonus bij de vorige werkgever te compenseren. Gegarandeerde bonussen vallen ook onder de definitie van het begrip «bonus» zoals hierboven omschreven. Een gegarandeerde bonus wordt immers incidenteel uitgekeerd en behoort niet tot het vaste deel van de bezoldiging. Bovendien zal de bonus afhankelijk zijn gesteld van bijvoorbeeld de omstandigheid dat een bestuurder aantreedt of dat hij de eerste zes maanden naar behoren functioneert. Ik verwijs voorts naar de toelichting bij de nota van wijziging en het antwoord op de vraag van de leden van de fractie van de VVD bij de artikelsgewijze vragen over artikel 2:135 BW. Met betrekking tot de vraag of discretionaire bonussen ook vallen onder de gehanteerde definitie van «bonus» het volgende. Ik neem aan dat deze leden met een discretionaire bonus bedoelen een bonus die door de raad van commissarissen vrijelijk kan worden toegekend (aan bijvoorbeeld goedpresterende bestuurders). Een dergelijke bonus valt onder de gehanteerde definitie. Doorgaans zullen de criteria die leiden tot de toekenning van een discretionaire bonus pas worden bepaald op het moment waarop de raad van commissarissen besluit deze bonus toe te kennen. Er zal immers altijd een reden zijn waarom de bonus wordt toegekend. Het onderscheid tussen een in het vooruitzicht gestelde bonus vanwege het behalen van vooraf bepaalde doelstellingen en een discretionaire bonus is gelegen in de omstandigheid dat er meer onzekerheid is voor de bestuurder of hij een bonus krijgt en voor de vennootschap dat er niet vooraf wordt gestuurd op concrete doelstellingen. Indien achteraf blijkt dat de omstandigheden op basis waarvan de discretionaire bonus werd toegekend gebaseerd waren op onjuiste informatie, kan de raad van commissarissen de bonus terugvorderen.

#### *7. Verhouding tussen aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheid*

De leden van de fractie van het CDA begrijpen dat de terugvordering pas kan worden gestart als de aanpassingsperiode voorbij is en vragen waarom er niet voor gekozen is om hieraan wettelijke maximale termijnen te koppelen.

Voor de vraag wanneer van de aanpassingsbevoegdheid kan worden gebruik gemaakt en wanneer van de terugvorderingsbevoegdheid is relevant van wiens vermogen de bonus deel uitmaakt. Zolang de toegekende bonus zich in het vermogen van de vennootschap bevindt,

kan de raad van commissarissen gebruik maken van de aanpassingsbevoegdheid. Zodra de bonus is uitgekeerd, bevindt deze zich in het vermogen van de bestuurder. De raad van commissarissen kan deze bonus dan niet meer met terugwerkende kracht aanpassen. Omgekeerd kan de raad van commissarissen een toegekende bonus die zich nog in het vermogen van de vennootschap bevindt, niet terugvorderen. Er is immers nog niet uitgekeerd. Pas indien de bonus wordt uitgekeerd en zich in het vermogen van de bestuurder bevindt, komt deze in aanmerking voor terugvordering. Vennootschap en bestuurder komen overeen op welk moment bonussen worden toegekend en uitgekeerd.

Voor de maximale verjaringstermijn voor terugvordering van een bonus is artikel 3:309 BW van overeenkomstige toepassing, dat bepaalt dat een rechtsovereenkomstige betaling verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan. Dit betekent dat de verjaringstermijn aanvangt op de dag, dat bekend is geworden dat de informatie op basis waarvan de bonus is uitgekeerd onjuist is. In het algemeen zal binnen vijf jaar aan het licht komen dat er sprake was van uitkeringen van bonussen op basis van onjuiste informatie omtrent het bereiken van de doelen of de omstandigheden. In de praktijk zal dit op het volgende neerkomen. Op het moment dat bekend wordt dat bijvoorbeeld de omzet niet met 10% is gestegen, maar is gedaald met 10%, dient de raad van commissarissen na te gaan of deze onjuistheid ertoe heeft geleid dat bonussen van bestuurders onterecht zijn uitgekeerd. Indien dat het geval is, maakt de raad van commissarissen de afweging of hij de te hoge bonus namens de vennootschap zal terugvorderen. Mocht de raad van commissarissen om hem moverende redenen hiervan afzien, legt hij hierover verantwoording af aan de algemene vergadering. Op haar beurt kan de algemene vergadering dan besluiten om zelf een bijzondere vertegenwoordiger aan te stellen. Indien de algemene vergadering eenmaal heeft besloten geen bijzondere vertegenwoordiger te benoemen heeft zij afstand gedaan van haar recht.

De leden van de fractie van de SP maken uit de memorie van toelichting op dat de regeling alleen toepasbaar is op bonussen die nog niet tot het vermogen van de bestuurder horen en vragen of dat concreet inhoudt dat aandelen en opties die op een eerder tijdstip aan de bestuurder zijn gegeven niet onder de voorgestelde wijziging vallen.

De regeling in artikel 2:135 lid 6 en 7 BW ziet uitsluitend op bonussen, waaronder aandelen en opties, die zich nog in het vermogen van de vennootschap bevinden en dus niet op aandelen en opties die zich in het vermogen van de bestuurder bevinden. Op deze laatste ziet de regeling in artikel 2:135 lid 8 BW.

Deze leden vragen voorts of deze regeling (ik neem aan dat bedoeld wordt op artikel 2:135 lid 7) alleen van toepassing is op bonussen die afhankelijk zijn van de omstandigheid dat er een fusie of overname plaatsvindt. Dit is niet het geval. Alle bonussen die onder de definitie van artikel 2:135 lid 6 BW vallen, worden ook geraakt door de regeling in lid 7. Het gaat erom dat een fusie of overname vaak tot gevolg heeft dat tot dan toe voorwaardelijk toegekende bonussen onvoorwaardelijk worden. De fusie of overname vormt dan de aanleiding voor het vrijvallen van de voorwaardelijk toegekende bonussen. Enkele concrete voorbeelden van niet fusiegerelateerde bonussen die onder de regeling vallen, waar deze leden om vragen, zijn een bonus voor het behalen van een verbetering in de klanttevredenheid in de komende jaren, of een bonus voor een succesvolle integratie van bedrijfsonderdelen, of een bonus vanwege het succesvol invoeren van een ICT-systeem.

Deze leden vragen voorts naar de verhouding tussen de terugvorderingsbevoegdheid op basis van artikel 2:135 lid 8 BW en de regeling in lid 7. De terugvorderingsbevoegdheid van bonussen in lid 8 moet los worden gezien van de situatie van een fusie of overname, waar lid 7 op ziet. In geval van een fusie of overname heeft de raad van commissarissen op basis van lid 7 de plicht te bezien of de nog niet uitgekeerde bonussen op grond van de redelijkheid en billijkheid aanpassing behoeven. Zodra bonussen zijn uitgekeerd, al dan niet na een fusie of overname, kunnen ze niet meer eenzijdig worden aangepast door de raad van commissarissen, aangezien deze zich dan in het vermogen van de bestuurder bevinden. Reeds uitgekeerde bonussen komen voor terugvordering op basis van lid 8 in aanmerking, indien zij zijn gebaseerd op onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. Indien na een overname blijkt dat de in een eerder stadium verkregen bonussen van bestuurders op basis van onjuiste informatie, bijvoorbeeld over de winstgevendheid, zijn uitgekeerd, heeft de raad van commissarissen de bevoegdheid om deze terug te vorderen.

#### *8. Uitbreidingen voor de financiële sector in de Wft*

De leden van de fractie van het CDA vragen naar de bevoegdheden ten aanzien van aanpassing en terugvordering in de Wft. Er is voor gekozen om alle financiële ondernemingen onder de regeling in de Wft te laten vallen. In de memorie van toelichting is aangegeven dat de bevoegdheden ook van toepassing zijn bij financiële ondernemingen zonder toezichthoudend orgaan. In die situatie ligt de bevoegdheid bij het orgaan dat of degene die bevoegd is om het beloningsbeleid van de dagelijks beleidsbepalers vast te stellen.

Verder vragen deze leden in hoeverre de raad van commissarissen bij alle dagelijks beleidsbepalers bonussen kan terugvorderen. In lijn met de regeling in het BW is er in de Wft voor gekozen om het orgaan dat de beloning vaststelt ook de terugvorderings- en aanpassingsbevoegdheid te geven. Als de raad van commissarissen de beloning van de dagelijks beleidsbepaler vaststelt, ligt ook de bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering bij de raad van commissarissen. Als bijvoorbeeld het bestuur de beloning van een dagelijks beleidsbepaler (die geen lid is van het bestuur) vaststelt, heeft het bestuur de bevoegdheid om bonussen van deze dagelijks beleidsbepaler aan te passen of terug te vorderen.

Deze leden vragen eveneens of de mogelijkheid bestaat dat het toezicht van DNB en AFM op grond van het Besluit beheerst beloningsbeleid in strijd kan komen met deze bevoegdheid voor het orgaan van de onderneming dat het beloningsbeleid vaststelt. Strijd tussen de bevoegdheden van toezichthouders op basis van het Besluit beheerst beloningsbeleid en de bevoegdheden van de raad van commissarissen op basis van dit wetsvoorstel is niet goed denkbaar. Het toezicht van DNB en AFM ziet op de inrichting van het beloningsbeleid vanuit prudentieel en gedragsperspectief. Het betreft een bevoegdheid van toezichthouders om het beloningsbeleid als geheel te toetsen. Zo kan de financiële onderneming een sanctie krijgen van de toezichthouder omdat het beloningsbeleid zo is ingericht dat het strijd met het belang van klanten oplevert. Gedacht kan worden aan het fictieve voorbeeld van bonussen die alleen gekoppeld zijn aan het zoveel mogelijk verkopen van producten die voor de gemiddelde klant niet passend zijn. Daarnaast kan uitkering van een in het vooruitzicht gestelde bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of gebaseerd zijn op achteraf bezien onjuiste informatie. In die gevallen zijn de in dit

wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden voor de raad van commissarissen van toepassing. Dit wetsvoorstel geeft enkel bevoegdheden aan het orgaan dat of degene die de beloning van de dagelijks beleidsbepaler vaststelt, terwijl het Besluit beheerst beloningsbeleid enkel bevoegdheden aan toezichthouders geeft. Beide bevoegdheden staan los van elkaar. Het feit dat het beloningsbeleid van een financiële onderneming in overeenstemming is met de regels in het Besluit beheerst beloningsbeleid, laat onverlet dat de raad van commissarissen zijn bevoegdheden kan uitoefenen. En omgekeerd, indien een onderneming een boete krijgt omdat het beloningsbeleid in strijd is met voornoemde regels, betekent dit niet dat de raad van commissarissen zijn bevoegdheden moet uitoefenen. De bevoegdheden van de toezichthouders raken de financiële onderneming (die krijgt bijvoorbeeld een boete), terwijl de bevoegdheden tot aanpassingen of terugvordering van bonussen bevoegdheden van de raad van commissarissen zijn die een dagelijks beleidsbepaler treffen (die moet bijvoorbeeld een deel van zijn bonus terugbetalen).

De leden van de fractie van de SP vragen waarom bij andere dan financiële ondernemingen de reikwijdte niet is uitgebreid naar dagelijks beleidsbepalers.

In de Wft is gekozen voor toepassing van de bevoegdheid op de bonussen van alle dagelijks beleidsbepalers. In de financiële sector wordt dit begrip nu ook al gebruikt. Voordeel van dit ruimere begrip dan bestuurder is dat de bonussen van alle personen die grote invloed hebben op het dagelijkse beleid van de onderneming geraakt kunnen worden. Met name in de financiële sector zijn de afgelopen jaren excessen zichtbaar geweest. Daar komt bij dat het begrip dagelijks beleidsbepaler buiten de Wft niet wordt gehanteerd. Het BW kent weliswaar de feitelijk beleidsbepaler die handelt als ware hij bestuurder in de zin van artikel 2:138 lid 7 BW, maar deze ziet op de aansprakelijkstelling van personen die mogelijk in het geheel geen officiële functie in de vennootschap vervullen in het kader van de bestrijding van misbruik. Introductie van een nieuw begrip dagelijks beleidsbepaler in het BW zou de basisregeling beduidend complexer maken.

Verder vragen deze leden zich af of de toepassing van de Wft-regeling afhankelijk is van het feit of een onderneming een Wft-vergunning heeft. Dit is niet het geval, de bevoegdheid in de Wft is van toepassing op alle financiële ondernemingen; daarbij is het hebben van een vergunning geen vereiste.

#### *9. Verhouding aanpassingsbevoegdheid en aanpassingsplicht*

De leden van de fractie van de VVD vragen naar de mening van het kabinet over de uitbreiding van het toepassingsbereik van de aanpassingsplicht tot juridische fusies en activa/passiva transacties.

De voorgestelde wijziging in onderdeel b van de nota van wijziging leidt ertoe dat ook juridische fusies die een wisseling van de zeggenschap met zich brengen onder het toepassingsbereik van artikel 2:135 lid 7 BW komen. Daarmee wordt het toepassingsbereik van dit artikellid uitgebreid. Zie voorts de toelichting bij de nota van wijziging. Een activa/passiva transactie bewerkstelligt geen wisseling van de zeggenschap over de vennootschap en zal naar verwachting evenmin tot het vrijvallen van onvoorwaardelijke bonussen leiden. Deze valt derhalve buiten het toepassingsbereik van artikel 2:135 lid 7 BW.

De leden van de fractie van het CDA vragen om een voorbeeld op welke wijze de verplichting in de zin van artikel 2:135 lid 7 BW in geval van een openbaar bod wordt vastgesteld.

In de nota van wijziging wordt de grondslag voor de aanpassingsplicht in artikel 2:135 lid 7 BW gewijzigd, in de zin dat niet langer het openbaar bod, maar de verkrijging van zeggenschap over de vennootschap de raad van commissarissen verplicht om een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare bonus aan te passen (zie voorts de toelichting bij onderdeel b van de nota van wijziging). Op het moment dat een openbaar bod wordt voorbereid en het bestuur de raad van commissarissen op de hoogte stelt van een mogelijk openbaar bod, is het aan de raad van commissarissen om toe te zien op de wijze waarop het bestuur in het overnameproces opereert. Indien de raad van commissarissen van oordeel is dat de overname tot een uitkering van bonussen zou leiden die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is zij verplicht de hoogte van de bonus aan te passen tot een passende hoogte. Het is de raad van commissarissen die beoordeelt of er van een dergelijke situatie sprake is en die hierover verantwoording aflegt aan de algemene vergadering.

#### *10. Deskundigheid commissarissen*

De leden van de fractie van het CDA vragen in hoeverre toezichthouders DNB en AFM voldoende zijn toegerust voor de nieuwe taak deskundigheidstoetsing van commissarissen.

DNB en AFM zijn bezig met de voorbereiding op deze nieuwe taak. Deze toezichthouders toetsten bij financiële ondernemingen reeds de deskundigheid en betrouwbaarheid van bestuurders en de betrouwbaarheid van commissarissen. De nieuwe toets bij commissarissen sluit bij de systematiek van deze toetsen aan. In aanvulling hierop merk ik op dat het voornemen bestaat de separate deskundigheids- en betrouwbaarheidstoets voor bestuurders en commissarissen te vervangen door één geïntegreerde geschiktheidstoets. In het kader van de geschiktheidstoets zal de toezichthouder niet alleen de kennis, opleiding en ervaring van de getoetste persoon in aanmerking nemen maar ook diens bestuurlijke en leidinggevende vaardigheden en het door die persoon vertoonde professioneel gedrag. Het wetsvoorstel om tot introductie van een geschiktheidstoets voor zowel bestuurders als commissarissen te komen, wordt momenteel voorbereid en zal nog voor de zomer bij uw Kamer aanhangig worden gemaakt. In samenhang daarmee komt de introductie van deskundigheidstoetsing bij commissarissen in dit wetsvoorstel te vervallen. De beoogde inwerkingtreding van het wetsvoorstel waarin het begrip deskundig wordt vervangen door het begrip geschikt is naar verwachting gelijk aan het moment waarop dit wetsvoorstel in werking zal treden. Het kabinet kiest er daarom voor om deze wetswijzigingen inzake de deskundigheids- respectievelijk geschiktheidstoets samen te voegen. De leden van de fractie van het CDA vragen verder in hoeverre rekening wordt gehouden met de eerste uitkomsten van de deskundigheidstoets voor bestuurders in het bankwezen.

Ik veronderstel dat deze leden doelen op de bepalingen in de code banken die eveneens raken aan de deskundigheid van bestuurders en commissarissen. De code banken bevat geen toetsing door toezichthouders, aangezien het zelfregulering betreft. Wel kan de naleving van de code banken (door middel van het pas toe of leg uit beginsel) informatie opleveren die voor de toezichthouders relevant is voor bijvoorbeeld de deskundigheidstoetsing.

De leden van de fractie van het CDA vragen eveneens hoe de deskundigheidstoetsing wordt geregeld voor instellingen zonder toezichthoudend orgaan.

Wanneer een financiële onderneming geen toezichthoudend orgaan (raad van commissarissen of raad van toezicht) heeft, is toetsing van de leden van een dergelijk orgaan niet aan de orde. Uiteraard worden de

bestuurders van die financiële onderneming wel getoetst. Deskundigheidstoetsing voor bestuurders wordt op dit moment reeds uitgevoerd door de toezichthouders.

De leden van de fractie van het CDA vragen waarom geen poging is gedaan om de criteria van redelijkheid en billijkheid nader in te vullen en suggereren in dit verband het criterium duurzaamheid van de onderneming.

In de memorie van toelichting en het nader rapport wordt, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State, nader ingegaan op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Er is voor dit criterium gekozen vanwege de aansluiting bij de algemene regels van overeenkomstenrecht en vanwege de ruime reikwijdte van dit begrip. Duurzaamheid van de onderneming kan één van de factoren zijn die meegewogen worden bij de afweging om tot een aanpassing van de bonus te komen. Er zijn altijd twee partijen betrokken bij een eventuele eenzijdige aanpassing. Ook omstandigheden die voor de bestuurder van belang zijn dienen te worden meegewogen. Een nadere invulling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de wet door middel van een limitatieve opsomming zou de reikwijdte van de regeling tevoren beperken. Dit acht ik niet wenselijk. Een niet-limitatieve opsomming met algemene begrippen zou mijns inziens onvoldoende duidelijkheid verschaffen, omdat steeds kan worden betwist of een niet uitdrukkelijk genoemde factor ook van belang kan zijn. Derhalve wordt aangeknoopt bij de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW.

#### *11. Effecten bedrijfsleven; administratieve lasten en nalevingskosten*

De leden van de fractie van de VVD vragen naar de gevolgen voor het bedrijfsleven van de introductie van deskundigheidstoetsing van commissarissen.

Het betreft administratieve lasten aangezien het bedrijfsleven wettelijke verplichtingen krijgt. De verplichtingen houden kortgezegd in dat de financiële onderneming de toezichthouders de vereiste informatie over de deskundigheid van de commissaris moet verstrekken (door invulling en ondertekening van het meldingsformulier voorgenomen benoeming en overige relevante informatie). Het gaat in de structurele situatie grofweg om 350 commissarissen bij financiële ondernemingen die per jaar worden getoetst. Bij de berekening van de administratieve lasten is uitgegaan van gemiddelden. Gemiddeld kan worden uitgegaan van administratieve lasten van € 600 per toetsing. Dit is overigens een ruime schatting omdat de informatie die wordt gevraagd voor het overgrote deel ook onderdeel zal zijn van de werving en selectie door de onderneming (denk aan functieprofiel, CV, referenten, complementariteit van de beoogde commissaris en dergelijke). Bij de feitelijke toetsingen kunnen de kosten per financiële onderneming variëren. Afhankelijk van de deskundigheid (kennis, vaardigheden en professioneel gedrag), aangetoond met opleiding, ervaring en competenties en rekening houdend met de variabelen van toetsing (de functie van de beoogde commissaris en de aard, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming) alsook de samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen zal de toetsing de onderneming meer of minder werk opleveren. Verschillende andere landen kennen toetsing van deskundigheid en/of betrouwbaarheid (internationaal vaak aangeduid als *fit-and-proper*). In veel landen worden commissarissen reeds getoetst op deskundigheid als onderdeel van de *fit-and-proper test*, indien zij een *one-tier board* systeem kennen waarin uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk in één *board* zitten en de *fit-and-proper test* voor alle leden van de *board* geldt. De administratieve lasten zijn afhankelijk



van het mandaat van en de invulling waarvoor door desbetreffende toezichthouder gekozen wordt.

### **Artikelsgewijs**

#### *Artikel 2:135 BW*

De leden van de fractie van de VVD geven aan dat de gecombineerde commissie vennootschapsrecht het niet wenselijk acht dat financiële ondernemingen, voor zover zij geen NV zijn, te rade moeten gaan in boek 2 BW om een normstelling te achterhalen. Deze leden vragen een reactie hierop.

In artikel 1:111 Wft is gekozen voor een verwijzing naar de basisregeling in het BW, voor wat betreft de invulling van de toets. Dit heeft als belangrijk voordeel dat de formulering van de bevoegdheid hetzelfde is. Zelfs wanneer in de Wft precies dezelfde bewoordingen zouden zijn opgenomen, bestaat het risico dat zich jurisprudentie ontwikkelt die leidt tot verschillende uitkomsten. Met het oog op het streven naar eenduidige (werking van) regelgeving wordt met betrekking tot de onderdelen waar precies hetzelfde is beoogd om die reden gekozen voor een verwijzing. Op een aantal punten is echter een ruimere reikwijdte beoogd (bijvoorbeeld met betrekking tot de doelgroep, die zich in de Wft uitstrekt tot alle dagelijks beleidsbepalers). Op die punten wordt in de Wft met een andere formulering gewerkt. Bij de keuze voor de termen is daarbij wel zoveel mogelijk aangesloten bij bestaande Wft-begrippen, waar de financiële sector al mee bekend is en mee werkt.

Deze leden vragen voorts een reactie op de opmerking van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht dat aangesloten kan worden bij afgeronde deskundigheidstoetsing van dagelijks beleidsbepalers door DNB en AFM.

Deskundigheidstoetsing van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen wordt uitgevoerd door de toezichthouders. De bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering van bonussen ligt bij de onderneming. Voor de toepassing van deze bevoegdheid is niet vereist dat de deskundigheidstoets van de dagelijks beleidsbepaler door de toezichthouder al is uitgevoerd. De financiële onderneming zal zelf het beste weten welke personen het dagelijks beleid bepalen. Daarom acht het kabinet aansluiting bij een reeds afgeronde deskundigheidstoetsing door DNB en AFM niet nodig.

De leden van de fractie van de VVD vernemen graag het oordeel van het kabinet op de suggestie van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht om ook een vast bedrag dat wordt toegekend indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan onder het begrip «bonus» te laten vallen.

In de nota van wijziging wordt voorgesteld het woord «variabele» in de definitie te vervangen door «niet vaste». Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat niet alleen een in hoogte variabele beloning, maar ook een incidentele, in hoogte vaststaande beloning, die afhankelijk is gesteld van het bereiken van een doel of het zich voordoen van een omstandigheid, als «bonus» in aanmerking kan komen voor aanpassing dan wel terugvordering. Ook een gegarandeerde bonus die afhankelijk is gesteld van bijvoorbeeld het aantreden als bestuurder valt derhalve onder de definitie, alsmede een tussen de vennootschap en de bestuurder overeengekomen vertrekvergoeding. Het in hoogte vaststaande deel van de bezoldiging dat structureel wordt toegekend valt niet onder het begrip «bonus», bijvoorbeeld een jaarlijkse vaste eindejaarsvergoeding («dertiende maand»). De kans dat in het vooruitzicht gestelde bonussen buitensporig uitvallen is naar verwachting groter naarmate er meer tijd ligt tussen de toekenning

en de uitkering. Dit speelt in mindere mate voor gegarandeerde bonussen. Mede gelet op de veelal relatief korte termijn tussen het overeenkomen van een dergelijke bonus en de uitbetaling ervan, zullen zich naar verwachting niet snel omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat uitkering van een in het vooruitzicht gestelde gegarandeerde bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit kan anders liggen indien de bestuurder bijvoorbeeld zijn taak niet naar behoren heeft vervuld. Derhalve acht ik het van belang dat, indien zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, de raad van commissarissen van de bevoegdheden gebruik kan maken en daarin niet wordt beperkt door de definitie van het begrip «bonus». Zie voorts de nota van wijziging onderdeel b.

Deze leden wensen voorts een antwoord op de vraag van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht of het bonusbegrip uit het zesde lid ook geldt voor het achtste lid. Het antwoord hierop luidt bevestigend. Lid 6 van artikel 2:135 BW bepaalt immers: Onder het begrip bonus wordt *voor de toepassing van dit artikel* verstaan het niet vaste deel van de bezoldiging, waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden. Dit betekent dat bijvoorbeeld ook een discretionaire of een gegarandeerde bonus in aanmerking kan komen voor terugvordering, voor zover deze is uitgekeerd op basis van onjuiste informatie over de doelen of de omstandigheden.

Deze leden wensen voorts een verheldering te ontvangen over de verschillende mogelijke rechtsgangen die een bestuurder heeft om een aanpassing van de bonus aan te vechten en de bijbehorende verjarings- en vervaltermijnen.

De raad van commissarissen kan overgaan tot aanpassing van de bonus op basis van artikel 2:135 lid 6 BW. Hiervoor is geen rechtsgang vereist. Een bestuurder heeft vervolgens verschillende mogelijke rechtsgangen. Hij kan vernietiging vorderen van het besluit van de raad van commissarissen tot aanpassing van de bonus op basis van artikel 2:15 BW. Voor zover er geen mogelijkheid van aanpassing in de overeenkomst met de bestuurder is vastgelegd, kan hij bij de rechter nakoming van de overeenkomst vorderen. Is de mogelijkheid tot aanpassing wel in de overeenkomst vastgelegd, dan kan hij zich op een onjuiste invulling van die bevoegdheid beroepen. Indien een bestuurder tevens werknemer is en dientengevolge een arbeidsovereenkomst heeft, kan hij daarnaast op basis van artikel 7:611 BW ageren. Deze rechtsgangen kennen afzonderlijke verjarings- en vervaltermijnen. Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot geven of doen verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden (artikel 3:307 BW). Dit geldt ook voor een verbintenis uit een arbeidsovereenkomst. De keuze is aan de bestuurder en zal mede afhangen van de vraag of hij een arbeidsovereenkomst of een andere verhouding met de vennootschap heeft en of er expliciet een bepaling hierover in de overeenkomst staat.

De leden van de fractie van de VVD wensen het oordeel van het kabinet te vernemen op de opmerking van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht dat bij neerwaartse aanpassing van de bonus – als deze de vorm heeft van (opties op) aandelen – de bieder minder voor aandelen hoeft te betalen dan in het geval van aanpassing van de aanspraak op een cash bonus, die slechts leidt tot een vermindering van het door de vennootschap te betalen bedrag.

Als ik de opmerking goed begrijp, meent de gecombineerde commissie vennootschapsrecht dat een aanpassing van een bonus in aandelen bij een overname nagenoeg uitsluitend aan de bieder ten goede komt. Ik

meen dat de aanpassing wellicht indirect ten goede komt aan de bidder, maar in de eerste plaats aan de vennootschap. Een in het vooruitzicht gestelde bonus – *cash* of in aandelen – bevindt zich in het vermogen van de vennootschap. Zowel ingeval het bedrag van de *cash* bonus naar beneden wordt bijgesteld als ingeval het aantal toegekende aandelen wordt verminderd, vinden deze aanpassingen plaats in het vermogen van de vennootschap. De in het vooruitzicht gestelde aandelen zullen veelal worden gehouden door de vennootschap. Dit verandert niet als de vennootschap wordt overgenomen. Indien een aanpassing plaatsvindt waarbij de vennootschap aandelen moet inkopen om aan haar verplichtingen jegens de bestuurder te voldoen en het aantal in te kopen aandelen vermindert, leidt dit eveneens tot een vermindering van het door de vennootschap te betalen bedrag.

Deze leden wensen het oordeel van het kabinet te vernemen over de opvatting van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht dat aan artikel 2:135 lid 7 BW wordt toegevoegd dat de oorspronkelijke aanspraak herleeft indien het bod niet gestand wordt gedaan en/of niet zou hebben geleid tot uitkering van een bonus die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Ik deel de opvatting van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht terzake. Dit is één van de redenen dat in de nota van wijziging niet langer wordt aangesloten bij het moment van het openbaar bod, maar bij het moment dat zeggenschap wordt verkregen. Dat is het laatste moment dat de bonus op grond van de wet kan worden aangepast. Het ligt in de rede dat de raad van commissarissen op een eerder moment een regeling met de bestuurder treft, met de wettelijke regeling als «stok achter de deur». Men zie voorts de toelichting bij onderdeel b van de nota van wijziging.

Deze leden vragen welke situatie ontstaat indien de vermindering tijdig wordt doorgevoerd, maar de bestuurder voor of na gestanddoening de vermindering aanvecht.

Indien de bestuurder de vermindering aanvecht, zal de vennootschap rekening moeten houden met de mogelijkheid dat dit succesvol zal zijn, evenals gebruikelijk is bij andere rechtszaken, en daarvoor zonnodig een voorziening treffen.

Deze leden wensen voorts een reactie van het kabinet op de opmerking van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht dat de nieuwe «eigenaren» van de vennootschap dan de facto verweer moeten voeren in plaats van diegenen die tot de vermindering hadden besloten. Het is de vennootschap die als verweerder optreedt. Door welk orgaan de vennootschap vertegenwoordigd wordt hangt mede af van de vraag of er een tegenstrijdig belang bestaat. Indien de overname ertoe heeft geleid dat er andere bestuurders zijn benoemd, zal het bestuur de vennootschap kunnen vertegenwoordigen. Indien dit niet het geval is en een of meer bestuurders eiser zijn, ligt het in de rede dat de raad van commissarissen de vennootschap vertegenwoordigt.

Deze leden vragen om verduidelijking op het punt van de bijzondere vertegenwoordiger van de algemene vergadering.

In een reactie in de consultatieronde werd erop gewezen dat geen voorziening was getroffen in geval van afwezigheid van een raad van commissarissen of *one-tier board*. Naar aanleiding daarvan is in artikel 2:135 lid 8 BW bepaald dat een bijzondere vertegenwoordiger die door de algemene vergadering is aangewezen, eveneens bevoegd is tot terugvoering. De bevoegdheid van de algemene vergadering daartoe is niet afhankelijk van de aan- of afwezigheid van een raad van commissarissen of een *one-tier board*.

Voorop staat dat het bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Dit uitgangspunt geldt ook bij het terugvorderen van een bonus van een bestuurder. In beginsel is het derhalve aan de overige bestuurders om de bonus terug te vorderen. Indien de vennootschap een raad van commissarissen of *one-tier board* heeft, ligt het daarnaast op hun weg om te beoordelen of de vennootschap gebruik zou moeten maken van de terugvorderingsbevoegdheid, indien zich omstandigheden hebben voorgedaan die uitoefening van die bevoegdheid mogelijk maken. Zowel het bestuur als de raad van commissarissen hebben tot taak in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te handelen. Indien het bestuur dan wel de raad van commissarissen weliswaar de mogelijkheid heeft om een uitgekeerde bonus terug te vorderen, maar besluit om de bevoegdheid niet uit te oefenen, bijvoorbeeld omdat de kosten van een eventuele procedure niet opwegen tegen het bedrag van de vordering, ligt het in de rede dat het bestuur en de raad van commissarissen hierover verantwoording afleggen aan de algemene vergadering. Het is vervolgens aan de algemene vergadering om deze verantwoording te accepteren dan wel te besluiten zelf een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen die de terugvorderingsbevoegdheid uitoefent.

#### *De change of control bevoegdheid in lid 7*

De leden van de fractie van de PvdA wensen een reactie van het kabinet op hun betoog dat de voorgestelde regeling in artikel 2:129 lid 7 BW wel degelijk proportioneel is. Verder wensen deze leden een reactie van het kabinet te ontvangen op hun mening dat het algemeen belang is gelegen in de omstandigheid dat bestuurders van ondernemingen een zuivere beslissing nemen bij eventuele overname beslissingen en niet gehinderd worden door de wetenschap dat zij er een financieel persoonlijk belang bij hebben.

Deze vragen vormen aanleiding om uitgebreider in te gaan op de verenigbaarheid van het amendement met het Eerste protocol van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). De tekst ervan luidt:

*«Iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht.*

*De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.»*

In de eerste plaats is de vraag of de betalingsplicht van de bestuurder aan de vennootschap voor de waardeinstijging van zijn aandelen onder het begrip «eigendom» valt in de zin van het EVRM. Het begrip «eigendom» wordt door het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) ruim geïnterpreteerd. Ook de (waarde van) aandelen in een vennootschap kan onder het eigendomsrecht vallen.<sup>1</sup> Aannemelijk is dat het Hof een betalingsplicht van de bestuurder voor de waardeinstijging van zijn aandelen als «eigendom» zal kwalificeren.

Voorts moet de vraag worden beantwoord of er sprake is van een «inmenging» in het recht op het ongestoorde genot van het eigendom. Het Hof neemt aan dat hiervan sprake is indien «*the possibility of exercising the right to property*» de facto aanzienlijk beperkt wordt<sup>2</sup> en indien sprake is van «*de facto taking of property*».<sup>3</sup> Aannemelijk is dat er sprake is van een «inmenging», aangezien de waarde van het aandelenpakket van de bestuurder wordt aangetast. In dat geval zal moeten worden bepaald of in het onderhavige geval sprake is van «regulering» van eigendom dan wel «ontneming» van eigendom. De Commissie vennoot-

<sup>1</sup> EHRM, 12 oktober 1982, Bramelid & Malmström t. Zweden.

<sup>2</sup> EHRM, 23 september 1982, Sporrøng & Lönnroth t. Zweden.

<sup>3</sup> EHRM, 28 oktober 1999, Brumarescu t. Roemenië.

schapsrecht meent dat het algemeen belang niet met de regeling in artikel 2:129 lid 7 BW wordt gediend, omdat de waardeestijging uitsluitend ten goede komt aan de vennootschap, en indirect aan de bidder en mede-aandeelhouders. Daarmee wordt aangenomen dat niet is voldaan aan de vereisten voor regulering van eigendom als bedoeld in het tweede lid. Dan is vervolgens de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht een gerechtvaardigd algemeen belang dient. Het Hof geeft de Staat een ruime beoordelingsvrijheid om te bepalen wat zij in het algemeen belang acht. In dit geval is de vraag of het algemeen belang vereist dat bestuurders een zuivere beslissing nemen bij eventuele overnamebeslissingen en niet gehinderd worden door de wetenschap dat zij er een financieel persoonlijk belang bij hebben. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Bestuurders en commissarissen hebben tot taak te handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit neemt niet weg dat zij, net als andere bij de vennootschap betrokkenen, een eigen belang hebben bij het vervullen van hun functie. In wezen beoogt artikel 2:129 lid 7 BW te voorkomen dat bestuurders vanwege een persoonlijk financieel belang bij een overname handelen in strijd met het belang van de vennootschap. De enkele omstandigheid dat een bestuurder een persoonlijk (financieel) belang heeft, behoeft niet te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met het belang van de vennootschap. In dat geval vereist het algemeen belang mijn inziens geen inmenging in het eigendomsrecht.

Vervolgens is de vraag of de inmenging proportioneel is. Dit vereist een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel («*fair balance*»). Dit betekent dat een inmenging geen individuele en onevenredige last op de betrokkene mag leggen.<sup>1</sup> De Commissie vennootschapsrecht is van oordeel dat de regeling niet proportioneel is, onder meer omdat de bestuurder ook moet betalen wanneer de overname of transactie geen doorgang vindt en de betalingsplicht geldt ten aanzien van alle aandelen en opties, ook die hij op andere wijze dan als beloning heeft verkregen. Hiervoor is tevens van belang of er compensatie voor het geleden verlies wordt gegeven. Dit is niet het geval. Ik deel de mening van de Commissie vennootschapsrecht en houd daarom rekening met de mogelijkheid dat artikel 2:129 lid 7 BW in strijd wordt geacht met het Eerste protocol. Dit betekent overigens ook dat, indien het voorgestelde artikel kracht van wet zou krijgen, een mogelijk negatief oordeel van het Europees Hof van de Rechten van de Mens «boven de markt hangt». Een rechtsgang bij het EHRM kan jaren in beslag nemen. Deze onzekerheid acht ik onwenselijk.

Met de indieners van het amendement deel ik de wens om de prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming van bestuurders in overnamesituaties tegen te gaan. Deze wens ligt aan de voorgestelde regeling in artikel 2:135 lid 7 BW ten grondslag. In geval van een wisseling van zeggenschap is de raad van commissarissen verplicht om te bezien of een bonus moet worden aangepast. Dit betekent dat de beloning die de bestuurder in het vooruitzicht is gesteld bij een fusie of overname kan worden verlaagd. De uitbetaling van een te hoge bonus kan op deze wijze worden voorkomen. Daardoor is het niet meer nodig om de bestuurder achteraf te vragen om afdracht van zijn genoten voordeel, zoals de voorgestelde regeling in artikel 2:129 lid 7 BW doet. Het kabinet kiest derhalve voor een preventieve aanpak. De leden van de fractie van de SP menen dat de voorgestelde regeling in artikel 135 lid 7 het beoogde doel niet treft, omdat een verplichte toets aan de redelijkheid en billijkheid van de beloning in een overnamesituatie niet garandeert dat het persoonlijk financieel belang van bestuurders in een overnamesituatie wordt weggenomen. Het nagestreefde doel is in mijn opvatting niet zozeer het wegnemen van ieder persoonlijk financieel belang van bestuurders, maar veeleer het tegengaan van prikkels die ertoe leiden dat een persoonlijk financieel

---

<sup>1</sup> EHRM 20 juli 2004, Bäck t. Finland.

belang van bestuurders in overnamesituaties zodanig groot is dat de kans op oneigenlijke oordeelsvorming reëel is.

Ook over de overige bezwaren van de commissie hebben de aan het woord zijnde leden vragen. Zij vragen op basis van welk onderzoek geconcludeerd wordt dat het voor een buitenlands rechtspersoon onaantrekkelijker zou worden om gebruik te maken van een Nederlandse naamloze vennootschap door de voorgestelde regeling in artikel 2:129 lid 7 BW.

De Commissie vennootschapsrecht heeft erop gewezen dat de voorgestelde regeling in artikel 2:129 lid 7 BW het onaantrekkelijk maakt om gebruik te maken van Nederlandse naamloze vennootschappen; de keuze voor een buitenlandse rechtspersoon wordt aantrekkelijker. De keuze tussen een Nederlandse naamloze vennootschap en een buitenlandse rechtspersoon zal doorgaans worden beïnvloed door de (beoogde) bestuurder(s). Een wettelijke afdracht aan de vennootschap van een virtuele waardeestijging zal de keuze voor een Nederlandse naamloze vennootschap naar alle waarschijnlijkheid niet positief beïnvloeden.

#### *De bevoegdheid tot terugvordering in lid 8*

De leden van de fractie van de VVD vragen welke gevolgen er zijn voor de (fiscale) winstbepaling, en daarmee voor de vennootschapsbelasting met betrekking tot de uitoefening van de terugvorderingbevoegdheid van het achtste lid.

In de memorie van toelichting zijn de gevolgen voor degene waarbij de bonus wordt teruggevorderd vermeld. Als in een later kalenderjaar dan waarin die, ten onrechte te hoge, bonus is gegeven deze bonus wordt teruggevorderd, dan kan de terugbetaling aangemerkt worden als negatief loon in het jaar van terugbetaling binnen de normale systematiek van de inkomstenbelasting. De andere kant van de medaille is de winstbepaling van de onderneming. Terugvordering van een bonus verhoogt de fiscale winst. Het tijdstip van winstneming is afhankelijk van de mate van zekerheid ten aanzien van het terug te ontvangen bedrag.

Deze leden wensen het oordeel van het kabinet te vernemen over de suggestie van de FNV om de principes die voortkomen uit artikel 2:135, zesde en achtste lid, BW ook te introduceren bij zorginstellingen en woningcorporaties, omdat beloningscomponenten ook daar hun intrede hebben gedaan.

Zorginstellingen en woningcorporaties behoren tot de semipublieke sector. Het wetsvoorstel normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector bindt de beloning van bestuurders en hoogste leidinggevenden in de publieke en semipublieke sector aan een wettelijke norm. Indien er betalingen worden verricht boven de wettelijke norm, kunnen deze worden teruggevorderd. Dit wetsvoorstel is op 14 januari 2011 bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>1</sup> Ik acht het voorshands niet nodig daarnaast de regeling van artikel 2:135 leden 6–8 BW te introduceren bij zorginstellingen en woningcorporaties.

De leden van de fractie van de VVD vragen hoe aandeelhouders de raad van commissarissen kunnen bewegen om tot terugvordering van een bonus over te gaan. Aandeelhouders kunnen in de eerste plaats in dialoog treden met de raad van commissarissen en, indien dat niet het gewenste resultaat oplevert, zonodig gebruik maken van het agenderingsrecht ten behoeve van de algemene vergadering om hun wens kenbaar te maken. Aandeelhouders kunnen via een agenderingsverzoek een voorstel doen met modaliteiten omtrent de bevoegdheden in het bezoldigingsbeleid, bijvoorbeeld in welke omstandigheden de raad van commissarissen overgaat tot aanpassing of terugvordering. Bovendien kan de algemene vergadering een bijzondere vertegenwoordiger aanwijzen die namens de

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2010–2011, 32 600, nr. 2.

vennootschap de terugvorderingsbevoegdheid uitoefent (artikel 2:135 lid 8, tweede volzin, BW).

Deze leden vragen voorts om meer duidelijkheid ten aanzien van terugvorderingen in een later jaar.

Wellicht kan een voorbeeld behulpzaam zijn. Stel dat in jaar 0 een bonus van 50 wordt uitgekeerd wegens een omzetsijging van 50%. In jaar 1 wordt ontdekt dat de omzet in jaar 0 in werkelijkheid niet was gestegen. Dan kan de raad van commissarissen de reeds uitgekeerde bonus terugvorderen. Dan heeft de vennootschap een vordering van 50 op de bestuurder. De raad van commissarissen kan de bonus namens de vennootschap terugvorderen. De verjaringstermijn begint te lopen op de dag nadat de vennootschap bekend is met het bestaan van de vordering (vgl. artikel 3:309 BW). De vennootschap kan tot vijf jaar na die dag de vordering instellen.

### Overig

Voorts vragen de leden van de fractie van de VVD hoe de *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* in de Verenigde Staten van Amerika zich verhoudt met onderliggend wetsvoorstel.

De *Dodd-Frank Act* heeft een brede reikwijdte; het onderhavige wetsvoorstel ziet alleen op aanpassing en terugvordering van bonussen. Met andere onderdelen vergelijkbare wettelijke bepalingen zijn in Nederland onderdeel van andere wetsvoorstellen en Europese trajecten ter verbetering van het toezicht en de consumentenbescherming in de financiële sector. Met betrekking tot bonussen bepaalt de *Dodd-Frank Act* in *section 954* dat *clawback policies* van toepassing zijn. Als een onderneming wordt gedwongen de cijfers te herzien dan zou de onderneming tegelijkertijd de teveel betaalde bonus moeten terugvorderen tot het niveau van de herziene cijfers (ongeacht de betrokkenheid van de bestuurders). Dit geldt voor een periode van terugvordering van 3 jaar aan zittende en voormalige bestuurders. De bepaling geldt in de Verenigde Staten alleen voor beursgenoteerde bedrijven. Beursgenoteerde ondernemingen worden geacht beleid hiervoor op te nemen alvorens zij genoteerd kunnen worden. Reeds genoteerde bedrijven moet ook beleid hiervoor implementeren. De toezichthouder (Securities and Exchange Commission, hierna: SEC) moet nog (lagere) regelgeving voorstellen en vaststellen. Volgens de SEC mogen de eerste voorstellen tot commentaar tussen april en juni 2011 verwacht worden. Hoe de regeling in de praktijk uitpakt is nog niet duidelijk.

In de *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* is ook opgenomen dat klokkenluiders beloningen kunnen krijgen. De leden van de fractie van de VVD vragen een reactie hierop. De klokkenluidersregeling in *section 922 Dodd-Frank Act*, is inderdaad gericht op het verstrekken van een beloning tussen de 10% en 30% van de uiteindelijk door de SEC ontvangen boete, indien de boete ten minste \$ 1 miljoen is en een gevolg is van de oorspronkelijke informatie van de klokkenluider. De SEC geeft in haar overwegingen bij de voorgestelde implementatie aan dat in de uitwerking vooral gekeken wordt naar eventueel onbedoelde gevolgen. In de eerste helft van 2011 kan een regeling worden verwacht. De Nederlandse toezichthouders krijgen voldoende aanwijzingen en hebben voldoende eigen opsporingsbevoegdheden om afdoende toezicht te houden.

De leden van fractie van het CDA vragen zich af hoe wordt omgegaan met eventuele (boekhoud)fraude. Zij verwijzen hierbij naar de zaak Securities and Exchange Commission (hierna: SEC) versus Jenkins.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Securities and Exchange Commission v. Maynard L. Jenkins*, Case No. CV 09-1510-PHX-JWS (D. Ariz).

Zoals deze leden aangeven was er in deze zaak sprake van boekhoudfraude. De *CEO* Jenkins werd daaraan niet schuldig bevonden. Op basis van de *Sarbanes Oxley Act* kan in specifieke omstandigheden de toezichthouder bij fraude eisen dat bonussen terug worden gevorderd. Deze zaak is nog onder de rechter. In een eerste proceshandeling heeft de heer Jenkins het hof verzocht de zaak te seponeren. Dit verzoek is in juni 2010 afgewezen. Het hof is hierbij niet inhoudelijk op de zaak ingegaan. Aangezien de zaak voorlopig nog onder de rechter is kan, kan het nog geruime tijd duren voordat definitief vaststaat of de SEC op dat moment de bevoegdheid had om deze eis op te leggen. Mede naar aanleiding van boekhoudfraudeaffaires uit het verleden is er in Nederland ook toezicht op accountants en op financiële verslaggeving gekomen. Naar Nederlands recht kan een bestuurder die boekhoudfraude – valsheid in geschrifte – pleegt strafrechtelijk worden vervolgd op basis van artikel 225–227 van het Wetboek van Strafrecht. Voor het opzettelijk onware jaarstukken opmaken staat een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van € 76 000 (artikel 336 Sr). Het onderhavige wetsvoorstel biedt de vennootschap de mogelijkheid om bonussen terug te vorderen als er sprake is van onjuiste informatie over de doelstellingen of omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. Indien fraude aan het licht is gekomen en de gegevens in de jaarrekening en/of het jaarverslag op basis daarvan zijn bijgesteld, kan de raad van commissarissen een bonus die op deze onjuiste gegevens is gebaseerd geheel of gedeeltelijk terugvorderen.

De minister van Veiligheid en Justitie,  
I. W. Opstelten