

Vergaderjaar 2012–2013

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

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VEILIGHEID EN JUSTITIE¹

Vastgesteld 26 februari 2013

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

1. Inleiding

De leden van de **VVD**-fractie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel en willen van de gelegenheid gebruik maken de regering nog enkele vragen te stellen. Vooropgesteld zij dat ook de VVD-fractie moeite heeft met zich voordoende excessieve beloningen en dat zij de opvatting deelt dat dit zou moeten worden voorkomen. Deze fractie heeft echter haar twijfels of dat op de voorgestelde manier gaat slagen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel «bevoegdheid aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijkse beleidsbepalers» (32 512). Deze leden hebben nog de volgende vragen.

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Zij zijn van oordeel dat vertrouwen in het bedrijfsleven en de financiële sector van groot algemeen belang is. Dit vertrouwen is de afgelopen jaren diverse keren geschokt door excessen in het beloningsbeleid en (in ieder geval achteraf gezien) ten onrechte verstrekte bonussen. Daarbij is gebleken dat de bestaande vormen van zelfregulering niet voldoende effectief waren. De CDA-fractie onderstreept dat beloningsbeleid een onderdeel moet zijn van het langetermijn-belang

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Broekers-Knol (VVD) (*voorzitter*), Kneppers-Heijnert (VVD), Kox (SP), Engels (D66), Franken (CDA), Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA) (*vice-voorzitter*), Duthler (VVD), Koffeman (PvdD), Kuiper (CU), Quik-Schuijt (SP), Strik (GL), K.G. de Vries (PvdA), Knip (VVD), Hoekstra (CDA), Lokin-Sassen (CDA), Scholten (D66), De Boer (GL), De Lange (OSF), Ter Horst (PvdA), Beuving (PvdA), Koole (PvdA), Schrijver (PvdA), Reynaers (PVV), Popken (PVV), Frijters-Klijnen (PVV), Swagerman (VVD)

van de onderneming. In deze zin kan de CDA-fractie met het onderhavige wetsvoorstel meegaan, doch rijzen bij hen nog enkele vragen.

De leden van de **D66**-fractie hebben met interesse kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Deze leden hebben het voorstel onder meer beoordeeld op basis van de gebruikelijke toets op rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Enerzijds zijn zij van mening dat bij de rechtmatigheidstoetsing de te honoreren individuele contractuele rechten, alsmede de voorspelbaarheid van bezoldigingsbeleid als waarden in het oog moeten worden gehouden. Dat speelt een rol in het wederzijds vertrouwen tussen de vennootschap en haar bestuurders of feitelijk leidinggevendenden, alsook in de verhouding tussen de organen van de vennootschap die betrokken zijn bij het vaststellen en evalueren van het bezoldigingsbeleid.

Anderzijds onderschrijven deze leden de grondgedachte dat bepaalde functies in vooral de financiële sector zodanig *incentive*-gedreven zijn gebleken dat gedrag is uitgelokt, geactiveerd dan wel aangemoedigd, dat ten koste ging van het vennootschappelijke belang. In sommige gevallen, zoals bij de zogenaamde systeembanken, overstegen de gevolgen die van het vennootschappelijk belang en hadden een grote impact op vooral de financiële huishouding van onze samenleving. Er dient een beter stelsel van waarborgen binnen de vennootschap te komen dat dergelijke uitwassen redelijkerwijze kan voorkomen, dan wel mitigeren. Hierin kan de voorgestelde aanpassing van art. 135, zoals opgenomen in onderhavige voorstel, een rol spelen, maar naar de mening van deze leden waarschijnlijk een andere dan de regering nu voor ogen heeft. Zij hebben nog een aantal vragen.

De leden van de **GroenLinks**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van dit wetsvoorstel. Zij onderschrijven de onderliggende doelstellingen: het tegengaan van excessieve bonussen en het terugvorderen van onterecht uitgekeerde bonussen en winstdelingen. Zij hebben nog wel enkele vragen bij het wetsvoorstel, met name op het punt of de in het voorstel besloten maatregelen ook daadwerkelijk zullen bijdragen aan het beteugelen van de excessieve bonussencultuur en winstdelingen in het bedrijfsleven.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het onderhavige wetsvoorstel en hebben daarover enkele vragen.

2. Algemeen

De leden van de **VVD**-fractie hebben een algemene vraag. Kern van het probleem is dat het beloningsbeleid niet op de juiste wijze is samengesteld. Het orgaan dat belast is met het beloningsbeleid dient een beheerst beleid te voeren en daarbij te streven naar een evenwichtige verhouding tussen vaste en niet-vaste loonbestanddelen (vgl. de Corporate Governance Code II.2. en de Principes voor beheerst beloningsbeleid van de DNB). Waarom heeft de regering niet gekozen voor deze (of een andere) structurele oplossing die beter past bij het karakter en doel van het vennootschapsrecht en geen ongewenste neveneffecten heeft? Deze leden menen dat het beter is het probleem aan de voorkant te voorkomen dan aan de achterkant (onduidelijk) proberen op te lossen. Graag een reactie van de regering.

De leden van de **PvdA**-fractie vragen de regering naar haar visie op het gebruik van bonussen binnen de financiële sector. Acht zij het wenselijk de inzet van dergelijke instrumenten binnen de financiële sector verder te beperken dan wel af te schaffen?

Voorliggend wetsvoorstel is mede een respons op de bankencrisis zoals deze zich sedert 2008 heeft voltrokken, constateren de leden van de PvdA-fractie. Het initiële wetsvoorstel is in het voorjaar van 2010 ingediend. Reeds in 2009 zijn vanuit de Tweede Kamer initiatieven ontplooid om voor wat betreft het aanpassen en terugvorderen van bonussen en winstdelingen nadere regels te stellen, zoals het amendement Tang/Irrgang (31 058, nr. 24). Kan de regering aangeven waarom onderhavig wetsvoorstel eerst eind 2012 de Eerste Kamer heeft bereikt? Wat zijn de gevolgen van deze zeer langdurige doorlooptijd geweest? Wat zou er in de specifieke casus van de deconfiture en nationalisatie van SNS Reaal anders zijn gegaan, in geval tijdiger tot het verruimen van genoemde bevoegdheden zou zijn gekomen? Graag een reactie van de regering.

Het wetsvoorstel bepaalt dat art. 2:135 lid 7 zal vervallen op 1 juli 2017. Hieraan ligt ten grondslag dat de voorgestelde bestrijding van perverse prikkels bij overnamesituaties voordien zal worden geëvalueerd. Kan de regering aan de leden van de **CDA**-fractie aangeven wanneer en op welke wijze deze evaluatie zal plaatsvinden?

Het voorgestelde lid 8 van art. 2:135 geeft aan, dat wanneer komt vast te staan dat de doelen waarop een bonus is gebaseerd in werkelijkheid geheel of gedeeltelijk niet zijn bereikt, deze door de raad van commissarissen kan worden teruggevorderd. De CDA-fractie begrijpt dat het in de praktijk nu ook voorkomt dat raden van commissarissen niet alleen een claw back zouden willen instellen bij het niet behalen van prestatiedoelstellingen, maar ook wanneer de betrokken bestuurder interne gedragscodes (General Business Principles), toepasselijke statuten of wetten heeft geschonden. Is door de regering een dergelijke aanpak in het kader van dit wetsvoorstel ook nog overwogen?

De leden van de **D66**-fractie onderschrijven de doelstelling van het voorstel, namelijk dat de bezoldiging van bestuurders «bijdraagt aan het (langetermijn)-belang van de onderneming», maar plaatsen vraagtekens bij de gekozen oplossing, die voorbij gaat aan de fundamentele vraag waarom in het bezoldigingsbeleid de variabele component (of beter: niet vaste component) in het laatste decennium een dergelijke vlucht heeft genomen. Deze leden vragen aandacht voor de paradigmaverandering in het beloningsbeleid, die ook in de wetenschappelijke literatuur wordt bepleit en verzoekt de regering daarop in te gaan – in het bijzonder op hetgeen wordt betoogd door professor Jaap Winter in *Corporate governance going astray: executive remuneration built to fail*². Het antwoord op die vraag had het vertrekpunt kunnen zijn bij een keuze voor de door de wetgever gewenste interventie teneinde een verandering te bewerkstelligen in het beloningsbeleid, en tevens bij het maken van een onderscheid tussen de interventie die het meest effectief en welke slechts *Kurieren Am Symptom* zou zijn. De leden van de D66-fractie betreuren het dat hiervoor niet is gekozen en dat het er in de toelichting en bij de beantwoording van vragen eigenlijk op neer komt dat incidenteel iets gedaan moest worden vanwege maatschappelijke onrust over excessieve bonussen. Graag een reactie van de regering.

Het kabinet wil met dit voorstel zodanige wijzigingen aanbrengen in bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht dat er een specifieke grondslag wordt opgenomen in Boek 2 BW, die het orgaan dat de bezoldiging vaststelt de bevoegdheid

² Prof. J. Winter, *Corporate governance going astray: executive remuneration built to fail*, 22 maart 2011, in: Festschrift for Professor Klaus Hopt, pp. 1521–1535; te vinden via <ssrn.com>.

geeft om (1) tot aanpassing van de hoogte van een niet vaste beloningscomponent van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers te besluiten; en (2) in het verlengde daarvan de uitbetaalde bedragen desgewenst terug te vorderen. Deze bevoegdheid van de raad van commissarissen van beursvennootschappen en financiële instellingen was al wel onderdeel van zelfregulering door codes, maar steunde uiteindelijk op niet meer of minder dan het algemene verbintenissenrecht (art. 6:248 lid 2; 6:258 lid 1 BW; 6:203 BW resp. 7:611 BW). De grondslag voor de inhoud en formulering van de nieuwe bevoegdheid moge dogmatisch gevonden worden in die bepalingen, het introduceren van de nieuwe bepalingen in onder andere artikel 2:135 is zonder meer een novum, aldus de leden van de D66-fractie. In dit verband kon – aldus de regering – niet langer worden doorgegaan met «pas toe of leg uit», maar wordt het recht van de vennootschap op terugvordering van achteraf onverschuldigde bedragen aan uitgekeerde bezoldiging op bestuurders, vastgelegd.³ De aanleiding is primair de calamiteiten in de financiële sector, waarvoor uiteindelijk de staat als *ultimate guarantor* in de wind staat en daarmee alle belastingbetalers. Dat is een publiek belang. Waarom rechtvaardigt dat ingrijpen in de private sector door middel van het generiek geldende vennootschapsrecht, ook het ingrijpen buiten de financiële sector? Waarom wordt niet alleen en specifiek een regeling in de Wft getroffen? Indien men tot de conclusie komt dat deze noodzaak er is, rijst de vraag bij deze leden of dit voorstel inderdaad bijdraagt aan de beoogde doelstelling.

De leden van de D66-fractie verwachten dat als de bepalingen in het wetsvoorstel al effect gaan sorteren, dit in de preventieve sfeer ligt, zodanig dat er minder ruimhartig variabele beloningen zullen worden toegekend. Het is immers minder aantrekkelijk een bonus in het vooruitzicht gesteld te krijgen als de discretionaire bevoegdheid om van daadwerkelijke toekenning af te zien of latere terugvordering te effectueren, zo is verruimd en hierover in de jaarrekening verslag van moet worden gedaan. Niet valt uit te sluiten dat dit bij beursvennootschappen zelfs koerseffecten zou kunnen hebben. Het adagium «bezint eer men begint» kan volgens deze leden in dit kader in ere hersteld en verwelkomd worden.

Deze leden zouden er voor willen pleiten dat opname van harde getalmatige targets als benchmark voor te behalen prestaties, worden gerelativeerd. De overschatting van maakbaarheid en afrekenbaarheid, alsmede de onevenwichtigheid bij de beoordeling van wat voor de lange termijn beklijft (de hype rond de aandeelhouderswaarde is een voorbeeld van dit fenomeen) zou volgens deze leden vragen om targets die vooral kwalitatief van aard zijn (werknemerstevredenheid, duurzaamheidsprestatie, reputatie enzovoorts). Voorziet de regering dat dit voorstel daaraan gaat bijdragen? Deelt de regering de analyse van deze leden en vindt zij het ook wenselijk dat door de discretionaire rol van de raad van commissarissen in dit voorstel ter zake te versterken, die omslag niet alleen beter uitvoerbaar maar ook wenselijk is voor een evenwichtig stelsel? Graag een reactie.

De leden van de **GroenLinks**-fractie onderkennen dat dit wetsvoorstel onderdeel uitmaakt van een groter wetgevingsprogramma dat erop is gericht de principes, voortvloeiend uit het maatschappelijk verantwoord ondernemen juridisch te verankeren, onder meer door de codificering van de Code Tabaksblad. Juist met het oog op de belangrijke preventieve werking van dit wetgevingsprogramma vragen deze leden zich af welke concrete initiatieven het kabinet nog op de agenda heeft staan. Graag ontvangen zij hiervan een overzicht.

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 512, nr. 3, p. 6.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie hebben een aantal algemene vragen aan de regering. Hoe beoordeelt de regering de overlap die tussen de basisregeling in het Burgerlijk Wetboek en de uitbreidingen voor de financiële sector in de Wet financieel toezicht zal ontstaan, wanneer deze voorstellen worden goed gekeurd? Kan de regering verder aangeven hoe zij zal anticiperen op eventuele onduidelijkheden in de rechtspraak nu er sprake lijkt te zijn van een overlap?

Wat zijn in de ogen van de regering de te verwachten negatieve effecten wanneer bestuurders hogere vaste salarissen in plaats van aandelen, bonussen, et cetera bedingen?

Wat is de visie van de regering op de verhouding tussen de nieuwe bevoegdheden in onderhavig wetsvoorstel en het EVRM en andere relevante internationale verdragen?

Wat zal de verhouding zijn tussen de nieuwe bevoegdheden waarin dit voorstel voorziet, ten opzichte van de bestaande toezichthoudende instrumenten die door De Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten toegepast kunnen worden? Graag een reactie van de regering op alle bovenstaande vragen.

3. Internationale context

De regeling van art. 2:135 lid 7 – zoals dat thans luidt – betreft de claw back in het geval dat een openbaar bod is uitgebracht op de aandelen van een Nederlandse vennootschap. Is het zo, vragen de leden van de **CDA**-fractie, dat Nederland met deze regeling een unieke positie inneemt? Nederland heeft een open economie en is in belangrijke mate afhankelijk van buitenlandse investeringen. Mogelijke nadelige gevolgen met betrekking tot investeringen uit het buitenland zullen de Nederlandse economie sterker raken dan wanneer het gaat om landen die daarvan minder afhankelijk zijn. De leden van de CDA-fractie zien daarom graag een overzicht van vergelijkbare regelingen in het buitenland en de gevolgen die deze regelingen daar teweeg hebben gebracht. De regering heeft aan dit onderwerp slechts een enkele regel gewijd, waarin zij stelt dat haar «geen signalen bekend zijn» dat er voor het bedrijfsleven in Denemarken en Zweden belangrijke nadelige gevolgen zijn ontstaan. De CDA-fractie vraagt om een ruimer blikveld, zoals ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (in haar advies van 29 april 2010) heeft gedaan. Bovendien willen deze leden graag vernemen welke resultaten de acties van de G20 te dien einde hebben geboekt (onder meer via de recente evaluatie van de FSB Principles) en hoe een en ander past in het beleid van de EU.

De leden van de **D66**-fractie hebben enkele vragen over de werking van de *human capital*-markt en de aansluiting bij de toekomstige Europese plannen op dit onderwerp. Het is een feit van algemene bekendheid dat het aanscherpen van regelgeving op het gebied van beloningen een effect heeft op het Nederlandse vestigingsklimaat. Het zakenklimaat van een land wordt echter bepaald door een veelheid aan andere factoren, zoals het niveau van economische integratie en de mogelijkheid om *human capital* optimaal te kunnen ontplooiën. Hoewel er geen signalen bekend zijn dat soortgelijke regelgeving tot belangrijke nadelige gevolgen voor het bedrijfsleven heeft geleid in Denemarken en Zweden⁴, vragen deze leden zich af of er aanwijzingen zijn voor negatieve langetermijn-effecten op de *human capital*markten en zo ja, of daarin sectorgewijs grote verschillen zijn aan te wijzen. Graag een reactie van de regering. De leden van de D66-fractie menen dat de huidige ontwikkelingen binnen Europa er binnen afzienbare tijd toe zullen leiden dat ook de regelgeving voor met name het bankwezen verder op EU-niveau wordt afgestemd en

⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 512, nr. 6.

vinden dat ook een wenselijke ontwikkeling. De Raad van State concludeert evenwel dat in de toelichting bij het BW-voorstel wordt opgemerkt dat een Europese en internationale aanpak van het tegengaan van excessieve beloningen de voorkeur van de regering heeft. Er zijn zeker signalen uit Europa te bespeuren dat een dergelijke aanpak Europees draagvlak geniet. In dit verband zijn in de voorbereiding al verschillende initiatieven aangehaald, zoals de aanbeveling van de Europese Commissie van 29 april 2009, het gepubliceerde groenboek en de veelbesproken richtlijn kapitaalvereisten over onder andere het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid. Kan de regering in dit verband inzicht verschaffen in de meest actuele Europese agenda op dit gebied en heeft dit nog invloed op het beoogde tijdstip van invoering van dit wetsvoorstel?

Kan de regering aan de leden van de **ChristenUnie**-fractie aangeven in hoeverre in andere landen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden tot aanpassing en terugvordering van bonussen en andere winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers? Hoe weegt de regering de voor- en nadelen van deze terugvorderingsmaatregelen en in welke mate hebben deze het huidige voorstel beïnvloed?

4. Verhouding met geldend recht en codes

De leden van de **VVD**-fractie vragen de regering hoe de regeling van art. 135 lid 7 zich verhoudt tot de (nieuwe) tegenstrijdig belang regeling die voor alle NV's en BV's in het leven is geroepen door de Wet bestuur en toezicht⁵. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang dient zich afzijdig te houden van de beraadslaging en besluitvorming, dat wil zeggen: hij mag niet meewerken aan de voorbereiding noch deelnemen aan de uiteindelijke stemming. Een tegenstrijdig belang leidt tot de vernietigbaarheid van een besluit (vgl. Corporate Governance Code principe II.3 en best practice II.3.3). De vraag van de VVD-fractie is wat de toegevoegde waarde van de voorgestelde regeling is nu de betreffende bestuurder (op grond van de Wet bestuur en toezicht) niet deel mag nemen aan de besluitvorming? Vindt de regering het niet onrechtvaardig dat de bestuurder die zich houdt aan de wet en vanwege de zuiverheid niet aan de besluitvorming heeft deelgenomen, toch moet verrekenen? Ook moet verrekend worden in gevallen waarin geen sprake is van besluitvorming door het bestuur. Denk aan onvriendelijke overnames of fusies waarbij het besluit door de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) wordt genomen. Is dit de bedoeling van de regering? De regeling kan zelfs in tegengestelde richting gaan werken doordat de bestuurder een belang krijgt bij afwijzing van een openbaar bod of het niet nemen van besluiten die in het belang van de vennootschap zijn, als daarmee de verrekening achterwege blijft. Is de regering het met de VVD-fractie eens dat dit een averechts effect is?

Kan de regering aan de leden van de VVD-fractie aangeven wat de toegevoegde waarde is van art. II van dit wetsvoorstel (art 1:111 Wft) in relatie tot het Besluit en de Regeling beheerst beloningsbeleid en de wet Bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen?

Recentelijk zijn gevallen bekend geworden waarbij uitwassen in het beloningsbeleid tot – terecht – grote maatschappelijke verontwaardiging hebben geleid. De vraag is daarbij gesteld of het onderhavige wetsvoorstel – wanneer het kracht van wet zal hebben verkregen – kan worden gebruikt om onterecht betaalde «beloningen» terug te vorderen. Aangezien een wet – tenzij bij heel hoge uitzondering – geen bepaling

⁵ Kamerstukken I 2009/10, 31 763, A.

mag bevatten die terugwerkende kracht zal hebben, zal deze wet daartoe niet een geëigend middel bieden. De leden van de **CDA**-fractie zouden echter graag van de regering vernemen of de wettelijke bepalingen ter zake van wanbeleid (art. 2:9 BW), dan wel met betrekking tot het bestaan van een tegengesteld belang van bestuurders van rechtspersonen, mogelijkheden bieden om de schade van een vennootschap, wanneer sprake is geweest van een excessieve beloning, op de betreffende bestuurder te verhalen en aldus ook de excessieve beloning terug te vorderen. Dit geldt temeer wanneer de Nederlandse overheid door kapitaalinjecties de betrokken ondernemingen te hulp is geschoten.

Voorts vragen de leden van de CDA-fractie zich af in hoeverre de nieuwe «tegenstrijdig-belang-regeling, die door middel van de Wet bestuur en toezicht in het Nederlandse ondernemingsrecht is opgenomen, zich verhoudt tot hetgeen in art. 2:135 lid 7 bij het onderhavige wetsvoorstel wordt voorgesteld. Immers, de inmiddels in werking getreden «tegenstrijdig-belang-regeling» voorziet erin dat bestuurders die direct of indirect belangen hebben, welke tegenstrijdig zijn met het belang van de vennootschap, niet deelnemen aan de besluitvorming. Als zij niet deelnemen aan de besluitvorming voor een overname, kan er voor wat betreft de waardeinstijging van de deze bestuurders toebehorende aandelen geen sprake zijn van perverse prikkels die zouden moeten worden tegengegaan, zodat er geen reden is voor verrekening van de waardevermeerdering. Gaarne vernemen deze leden de visie van de regering op deze redenering.

Zowel uit het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel, als uit de antwoorden van de minister tijdens de behandeling in de Tweede Kamer, maken de leden van de **GroenLinks**-fractie op dat het onderhavige wetsvoorstel, in ieder geval voor wat betreft de bevoegdheid de hoogte van een bonus aan te passen (het voorgestelde art. 2:135 lid 6) en de bevoegdheid onterecht verstrekte bonussen terug te vorderen (2:135 lid 8), geen nieuwe bevoegdheden creëert, maar slechts de bevoegdheden die thans al bestaan op grond van meer algemene regels (aanpassing van contracten op grond van redelijkheid en billijkheid; vordering wegens onverschuldigde betaling) nader concretiseert, oftewel expliciet maakt. Is dit juist? Zo nee, welke nieuwe bevoegdheden worden dan precies gecreëerd met deze wet? Zo ja, wat bedoelde de minister van Financiën dan toen hij onder meer in de uitzending van Buitenhof op 3 februari jl. zei dat hij nog geen mogelijkheden had bonussen terug te vorderen omdat het wetsvoorstel dat dat mogelijk maakt nog bij de Eerste Kamer ligt? Wat voegen de bevoegdheden uit de leden 6 en 8 van artikel 135 precies toe aan de concretisering en explicitering van de algemene normen zoals die ook al heeft plaatsgevonden in de Bankencode en de Corporate Governance Code? Kan de regering aangeven of bedrijven in de afgelopen vijf jaar gebruik gemaakt hebben van de – op de algemene regels gestoelde en in de gedragscodes nader uitgewerkte – bevoegdheid om op grond van de redelijkheid en billijkheid de hoogte van bonussen aan te passen? Hoe vaak is dit gebeurd? Kan de regering voorbeelden noemen? Kan de regering ook aangeven of bedrijven in de afgelopen vijf jaar gebruik gemaakt hebben van de – op de algemene regels gestoelde en in de gedragscodes nader uitgewerkte – bevoegdheid om op grond van onverschuldigde betaling uitgekeerde bonussen terug te vorderen? Hoe vaak is dit gebeurd? Kan de regering voorbeelden noemen?

Kan de regering aan de leden van de **ChristenUnie**-fractie aangeven wat de verhouding is tussen de nieuwe bevoegdheden waarin dit voorstel voorziet en de Nederlandse Corporate Governance Code en de Code Banken?

5. Het begrip «bonus»

Bij nota van wijziging is de definitie van «bonus» aangepast (art. 2:135 lid 6) en wordt daaronder 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. Blijkens de nota naar aanleiding van het verslag en de toelichting in de nota van wijziging vallen gegarandeerde bonussen – zoals aanstellingsbonussen en vertrekvergoedingen – ook onder deze nieuwe definitie, omdat zij incidenteel worden uitgekeerd en niet behoren tot het vaste deel van de bezoldiging. De leden van de **CDA**-fractie vragen of de nieuwe definitie wel strookt met de systematiek van art. 2:383c. Daarin worden onder c «vertrekvergoedingen» en onder d «bonusbetalingen» separaat genoemd. Een vertrekvergoeding valt daarmee niet onder het begrip «bonus». Dat blijkt ook uit lid 2. De blijkens de memorie van toelichting gewenste aansluiting bij art. 2:383 c (en d) is daarmee verlaten, zonder dat duidelijk wordt gemaakt waarom die aansluiting niet meer van belang wordt geacht. Graag een reactie van de regering.

6. Aanpassingsbevoegdheid in artikel 2:135 lid 6

De rechtmatigheid van het voorstel is verdedigbaar, maar is volgens de leden van de **D66**-fractie niet zonder problemen, met name op het aspect van de terugvordering van reeds uitgekeerde bonussen. De regering put zich uit om uit te leggen dat het hier gaat om «nadere invulling van de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging»⁶. Anderzijds blijkt gaandeweg de parlementaire behandeling dat de regering zich realiseert dat wel degelijk een bevoegdheid wordt gegeven die veel ingrijpender is dan tot nu toe bestond. Deze leden betwisten niet dat deze keuze te billijken is, maar het draagt niet bij dat te willen rechtvaardigen met krachtige adjectieven, want dat komt de latere eenduidige wetsuitleg niet ten goede. De terminologie wordt immers gaandeweg anders. Sprak de regering aanvankelijk van «bonussen»⁷ en werd alleen sprekend over de financiële sector verwezen naar «buitensporige bonussen», in de nota naar aanleiding van het verslag wordt er gesproken van «exorbitante bonussen»⁸. Kan de regering aan deze leden bevestigen dat aan deze adjectieven geen betekenis toekomt, maar slechts aan de gehele afweging op basis van het criterium in art. 2:135 lid 6, namelijk dat de «uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn»?

7.1 Aanpassingsplicht in artikel 2:135 lid 7

Doel van de regeling van art. 135 lid 7 is – kort samengevat – zuiverheid van besluitvorming binnen vennootschappen over overnames van c.q. samenwerking tussen ondernemingen, ongeacht of dit plaatsvindt via een openbaar bod of via een besluit. Er zou sprake kunnen zijn van perverse prikkels omdat de bestuurder bij zijn beslissingen over al dan niet fuseren dan wel samenwerken, meer aan de waarde stijging van zijn eigen aandelen denkt dan aan het belang van de onderneming. De leden van de **VVD**-fractie zijn van mening dat het door de regering voorgestelde alternatief voor het amendement Tang/Irrgang een verbetering behelst, maar hebben nog wel de nodige vragen met betrekking tot de in art. 135 lid 7 opgenomen waarderings- en terugbetalingsregeling als gevolg van een openbaar bod of een besluit in de zin van art. 107 a BW.

⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 512, nr. 3, p. 6.

⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 512, nr. 3, p. 1.

⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32 512, nr. 6, p. 1.

De peildata en daarmee samenhangende vragen verschillen afhankelijk van de gebeurtenis, openbaar bod of besluit dat door de AVA moet worden goedgekeurd.

Bij een openbaar bod zijn er drie toetsmomenten waarop de waarde van de aandelen, certificaten en rechten van de bestuurder wordt vastgesteld:

- a) vier weken voor de dag van aankondiging van het openbaar bod, na beurs;
- b) vier weken na de beëindiging van het openbaar bod, na beurs;
- c) de dag dat de bestuurder zijn aandelen, certificaten of rechten vervreemdt of de dag dat zijn benoeming eindigt, na beurs.

De leden van de VVD-fractie hebben bij het bovenstaande een aantal vragen aan de regering. Welk moment wordt precies bedoeld met de «aankondiging van het openbaar bod» en wat wordt precies bedoeld met «beëindiging van het openbaar bod»? De term «beëindiging van het openbaar bod» (sub b) komt elders in de wet niet voor. Het Besluit openbare biedingen Wft spreekt van «gestand doen» of «niet gestand doen». Bij de behandeling in de Tweede Kamer heeft de minister gezegd dat «beëindiging» ziet op iedere vorm van beëindiging van een bod, dus ook als een aangekondigd bod niet gestand wordt gedaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een mededingingsautoriteit zijn goedkeuring aan de overname onthoudt. Van perverse prikkels om te profiteren van een overname is in dit geval geen sprake. De VVD-fractie is dan ook van mening dat in plaats van «beëindiging van het openbaar bod» gelezen zou moeten worden «gestand doen van het openbaar bod». Is de regering het hiermee eens?

De voorgestelde regeling geldt ook bij beëindiging van een benoeming en zelfs als de bestuurder zijn aandelen niet verkoopt. De – fictieve – winst wordt dan toch op zijn bezoldiging in mindering gebracht. Dit is afdracht van een niet genoten voordeel. De leden van de VVD-fractie vragen de regering of dit volgens het EVRM geoorloofd is.

Veel bestuurders worden voor een periode van vier jaar benoemd en vervolgens herbenoemd. Moet in dit geval ook worden afgerekend? Hoe is dit bij pensionering? Dit is wel beëindiging van een benoeming, maar van een perverse prikkel is geen sprake. Moet dan toch worden afgerekend?

Betekent «verrekenen» dat de bestuurder maximaal zijn totale jaarlijkse bezoldiging moet «inleveren», of kan de vennootschap aanspraak maken op restitutie van een excedent? Als het laatste het geval is, is geen sprake meer van een bezoldigingsmaatregel, maar wordt vermogen dat de bestuurder rechtmatig heeft verkregen, onteigend. Is de regering het hiermee eens?

Bij een transactie die door de aandeelhoudersvergadering moet worden goedgekeurd volgens artikel 2:107a BW, is de eerste peildatum de dag vier weken voor de dag waarop het voorstel aan de aandeelhoudersvergadering wordt voorgelegd en de tweede peildatum vier weken na goedkeuring van dit besluit. Het is de leden van de VVD-fractie onduidelijk wat in de bepaling moet worden verstaan onder de datum van het voorleggen van het voorstel ter goedkeuring aan de aandeelhoudersvergadering. Hierbij lijkt het niet te kunnen gaan om de datum waarop de transactie werd aangekondigd. Onduidelijk is of het om de dag van de aandeelhoudersvergadering gaat (waarop het voorstel ter stemming wordt voorgelegd), of om de dag waarop de aandeelhoudersvergadering met dit onderwerp op de agenda wordt geconvoceerd. Kan de regering helderheid verschaffen?

Anders dan het geval is bij een openbaar bod – waarbij de verrekenverplichting ook ontstaat indien een bod na aankondiging niet wordt doorgezet – behoeft geen verrekening plaats te vinden indien het voorstel niet wordt goedgekeurd. Er is in zoverre geen parallellie tussen beide gevallen, of mogen deze leden hieruit concluderen dat het niet de

bedoeling is dat de verrekenverplichting ontstaat indien het bod na een aankondiging niet wordt doorgezet, zodat er wel parallelle tussen beide bepalingen ontstaat? Zie de vraag hierboven. Graag een reactie van de regering.

Het huidige art. 2:135 lid 7 heeft een lange en bewogen voorgeschiedenis. Het oorspronkelijke amendement Tang/Irrgang is bij de derde nota van wijziging opgenomen in de vorm van een met het amendement vergelijkbare bepaling, die «de perverse prikkels bij overnamesituaties» tegengaat en tegelijkertijd in overeenstemming is met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. De leden van de **CDA**-fractie vragen zich af of de zoektocht van de regering – waarbij zij heeft verzuimd de Raad van State te horen – om genoemd compromis te bereiken, inderdaad tot een goede vondst heeft geleid. Zo ontvangt de bestuurder bij de overname geen marktprijs voor zijn aandelen, noch een compensatie daarvoor en zal hij bij beëindiging van een benoeming – wanneer hij zijn aandelen op dat moment niet verkoopt – bij een stijging van de koers een niet genoten voordeel moeten afdragen. De leden van de **CDA**-fractie vragen de regering daarom om een duidelijke motivering of en zo ja, in hoeverre, bij de in art. 2:135 lid 7 bedoelde (terug)vordering aan de in het Eerste Protocol genoemde voorwaarden voor een uitzondering op de bescherming van de persoonlijke eigendom is voldaan.

Afgaande op de gekozen formulering kent het voorgestelde lid 7 van artikel 2:135 BW – in tegenstelling tot de leden 6 en 8 – geen bevoegdheid toe, maar schrijft het voor dat in geval van een openbaar bod, een fusie of een splitsing, de waarde van aandelen wordt bepaald op een drietal momenten en een eventuele waardevermeerdering in mindering wordt gebracht op de bezoldiging. Lezen de leden van de **GroenLinks**-fractie het juist als zij hier een verplichting in zien voor alle vennootschappen? Hoe wordt deze verplichting tot waardevaststelling en -verrekening gecontroleerd? Zijn er sancties op het niet nakomen van deze verplichting?

De leden van de fractie van GroenLinks lezen lid 7 zo dat bij vervreemding van aandelen door een bestuurder en bij het eindigen van een benoeming van een bestuurder (de onder punt 3 genoemde dag), altijd een vaststelling als bedoeld in dit lid plaats dient te vinden. Dat wil zeggen dat bij vervreemding van aandelen door de bestuurder en bij einde benoeming, steeds dient te worden nagegaan of in de periode dat de bestuurder de aandelen in zijn bezit had, sprake is geweest van een openbaar bod, een fusie of een splitsing, in welk geval de vaststelling en vermindering conform lid 7 plaatsvindt. Is deze interpretatie juist? Lid 7 noemt geen termijnen waarbinnen de waardevaststelling en -vermindering plaats dienen te vinden. Gelden hiervoor de algemene civielrechtelijke verjaringstermijnen? Betekent dat dat vaststelling in ieder geval binnen vijf jaar na de dag dat de bestuurder zijn aandelen verkoopt c.q. dat zijn benoeming eindigt, plaats dient te vinden?

De bepaling schrijft voor dat na de waardevaststellingen een bedrag in mindering gebracht wordt op de bezoldiging. Dat lijkt er van uit te gaan dat er ook na de vaststelling nog sprake zal zijn van bezoldiging. Nu een van de momenten van waardevaststelling de beëindiging van de benoeming is en vaststelling niet altijd direct na einde benoeming zal plaatsvinden, is het maar de vraag of na de vaststelling in alle gevallen nog bezoldiging zal worden uitbetaald. Hoe vindt verrekening plaats, indien geen bezoldiging meer betaald wordt, of indien het in mindering te brengen bedrag die van de bezoldiging overtreft? Graag een reactie van de regering.

7.2 Amendement 21: claw-back in geval van fusie en splitsing

Om te voorkomen dat met het oog op het vermijden van de consequenties van voorliggende regeling een transactie zou worden gestructureerd in de vorm van een juridische fusie of splitsing, is bij amendement 21 de regeling ook op deze transactievormen van toepassing verklaard. De leden van de **VVD**-fractie constateren dat de wijze waarop de bepaling is geformuleerd, leidt tot verschillen met zowel de regeling bij een openbaar bod als de regeling over een 107a-besluit. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij het opstellen van de regeling alleen is gedacht aan het bestuur van vennootschappen die bij een juridische fusie of splitsing ophouden te bestaan. De bepaling maakt echter geen onderscheid tussen een verkrijgende en een verdwijnende vennootschap. Een bestuurder die zijn aandelen niet verkoopt en zelf zijn benoeming niet beëindigt voordat de fusie of splitsing van kracht wordt, lijkt niet onder de werking van de bepaling te vallen. Een bestuurder wiens functie eindigt bij het van kracht worden van de fusie of splitsing valt niet onder de bepaling. Het amendement lijkt zijn doel dus niet te kunnen bereiken. Graag een reactie van de regering.

De hier bedoelde, door amendement 21 toegevoegde, regeling heeft volgens de leden van de **VVD**-fractie ook een ongewenst effect. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen een moeder/dochterfusie of een andere fusie of splitsing ten behoeve van de interne herstructurering binnen een concern. Het voorkomen van perverse prikkels is hier niet aan de orde en de regeling zou hier dus niet toepasselijk moeten zijn. Is de regering het hiermee eens?

De leden van de **PvdA**-fractie merken op dat het wetsvoorstel in zijn werking is verruimd met het amendement Van Vliet, zodat ook in geval van (grensoverschrijdende) fusie en splitsing kan worden gezien of er sprake is van waardeverstijging die onder de claw back regeling zou kunnen vallen. Voorziet de regering problemen met deze verruiming?

Bij amendement is aan art. 2:135 lid 7 toegevoegd dat de regeling ook van toepassing is in geval van juridische fusie of splitsing. Naar de mening van de leden van de **CDA**-fractie wordt daarbij ten onrechte een moeder/dochterfusie, of een fusie of splitsing ten behoeve van de interne herstructurering binnen een concern niet uitgesloten. Is de regering van mening, dat er in dit geval toch wel sprake kan zijn van een «perverse prikkel»?

De afroaming van de variabele beloning bij fusie of overname, die door de toevoeging in 2:135 lid 7 wordt geïntroduceerd, is naar het oordeel van de leden van de **D66**-fractie een vreemde eend in de bijt. Óf de regering en vervolgens het orgaan dat het beloningspakket vaststelt geloven in de variabele beloning, omdat daardoor de belangen van bestuurders met die van aandeelhouders overeenkomen – en dan hoort daar ook bij dat bestuurders mee profiteren bij een overname of fusie als aandeelhouders ook profiteren – óf ze geloven daar niet in. In dat geval zouden de regering en bedoeld orgaan ook een fundamenteel probleem hebben met variabele beloning in opties en aandelen, zonder dat sprake is van overname of fusie. Kan de regering hierop ingaan en met name op de vraag of dan niet een veel bredere beperking noodzakelijk is?

In incidentele gevallen kan een forse winst op aandelenpakketten bij overname of fusie onredelijk zijn, in het licht van (het gebrek aan) prestaties voorafgaand aan die overname of fusie. De leden van de **D66**-fractie vragen of het geen inconsistente wetgeving is om dan maar in alle gevallen te zeggen dat elk financieel gewin moet worden afgeroomd. Daarvoor bestaat naar hun mening gewoon geen rechtvaardiging, tenzij

variabele aandelenbeloning in zijn geheel wordt verboden. Had hier niet hetzelfde criterium kunnen worden gehanteerd als in art. 2:135 lid 6 en zo niet, waarom niet? Graag een reactie van de regering.

8. Terugvorderingsbevoegdheid in artikel 2:135 lid 8

De leden van de **D66**-fractie hebben nog vragen over de terugvorderingsactie (2:135 lid 8). Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid daarvan zullen volgens hen weerbarstig zijn, gezien de aard van de materie. Kan de regering aangeven of de bevoegdheid tot claw back van reeds uitbetaalde bonussen in de tijd begrensd is? Welke betekenis heeft deze bepaling voor de decharge indien die inmiddels verleend is?

De terugvorderingsbevoegdheid van lid 8 bestaat alleen wanneer bonussen waren uitgekeerd op grond van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. De leden van de **GroenLinks**-fractie begrijpen hieruit dat terugvordering niet mogelijk is wanneer achteraf blijkt dat de aan de bonus ten grondslag liggende – korte termijn – doelen weliswaar zijn behaald, maar er onverantwoorde risico's zijn genomen voor de langere termijn. Is dat juist? Zo ja, betekent dat dat de onderhavige wet – in weerwil van de suggestie die de minister van Financiën heeft gewekt – geen aanknopingspunten biedt om bonussen terug te vorderen in gevallen als bij de SNS-bank: korte-termijnsuccessen waarvan de risico's onvoldoende zijn onderkend en die later desastreus blijken? Welke maatregelen heeft het kabinet voor ogen om excessieve bonussen in dat soort situaties tegen te gaan dan wel terug te kunnen vorderen? Moet een oplossing niet veeleer gezocht worden in het beperken van de mogelijkheid van het toekennen van bonussen op basis van korte-termijn-resultaten? Graag een reactie van de regering.

De leden van de GroenLinks-fractie vragen zich af wanneer precies en onder welke voorwaarden, een terugvordering van lid 8 verjaart. Klopt hun veronderstelling dat, nu in het wetsvoorstel zélf dienaangaande niets geregeld is en de betreffende bepalingen uitwerkingen zijn van de algemene leerstukken uit het BW, de algemene civielrechtelijke verjarings-termijnen van overeenkomstige toepassing zijn? Is het ook juist dat, nu de wet een explicitering is van reeds geldend recht, de terugvorderingsbevoegdheid van lid 8 ook geldt ten aanzien van oude gevallen? De leden van de fractie van GroenLinks vragen zich verder af waarom naast de vennootschap, de raad van commissarissen, de niet-uitvoerende bestuurders en een bijzondere vertegenwoordiger namens de aandeelhoudersvergadering, niet ook het Openbaar Ministerie ex artikel 2:135 lid 8 Burgerlijk Wetboek de bevoegdheid is toegekend om een terugvordering in te stellen. Dat biedt de overheid immers de kans om met het oog op het algemeen belang, civielrechtelijk in te grijpen als de eerder genoemde functionarissen daartoe niet bereid zijn en er geen aanleiding is om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen. Graag een reactie van de regering.

9. Onmiddellijke werking

De leden van de **VVD**-fractie begrijpen dat de minister bij het wetgevingsoverleg in de Tweede Kamer heeft aangegeven dat vanwege het ontbreken van een overgangsregeling, de wet van toepassing wordt op bestaande contracten. In het bedrijfsleven wordt gebruik gemaakt van zogenaamde participatieplannen. Bestuurders zijn verplicht aandelen in de vennootschap te hebben en te houden. Bestuurders die op eigen initiatief de vennootschap verlaten, moeten hun aandelen aan de vennootschap aanbieden, die ze als «straf» voor hun vertrek voor een lagere waarde dan de waarde van de aandelen terugkoopt. Prevaleren ook

in dergelijke gevallen de wettelijke bepalingen boven de participatieregeling van het bedrijf ten aanzien van de waardebeoordeling van de aandelen? Graag een gemotiveerde reactie van de regering.

Het bevreemdt de leden van de **CDA**-fractie dat met betrekking tot de bepaling van art. 2:135 lid 7 geen overgangsregeling is opgenomen. Bij het ontbreken daarvan moet worden uitgegaan van onmiddellijke werking van het nieuwe voorschrift, hetgeen inhoudt dat deze ook van toepassing is op bestaande eigendomssituaties en overeenkomsten c.q. bezoldigingsregelingen. Er bestaat dan onduidelijkheid met betrekking tot aandelen die de bestuurder zelf heeft gekocht of heeft geërfd en aandelen die onderdeel uitmaken van een bezoldigingsafspraken. Moet de bestuurder dan verschillende effectenrekeningen bijhouden? Mag hij wel profiteren van de waardeverhoging van het deel van de hem uit anderen hoofde toebehorende aandelen en niet van het deel, dat bij de bezoldiging hoort? Geldt het vermijden van «perverse prikkels» dan alleen voor het bezoldigingsdeel, of wordt de bestuurder ook voor zijn op andere wijze verkregen eigendommen verplicht een afdracht van de stijging van de marktwaarde te doen? Graag een reactie van de regering.

De leden van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie zien de reactie van de regering – bij voorkeur binnen vier weken – met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie,
Broekers-Knol

De griffier van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie,
Van Dooren