



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder

Bennaars, J.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bennaars, J. H. (2015). *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 5

Bezoldiging en loon

5.1 Inleiding

De beloning van de bestuurder is de laatste jaren veelvuldig onderwerp van discussie en wetgeving geweest. Vooral de hoogte van de bestuurdersbeloning heeft tot veel discussie geleid. Om verschillende redenen wordt de beloning van met name bestuurders van grote beursgenoteerde vennootschappen of vennootschappen met een (semi-)publieke taak met enige regelmaat te hoog geacht. Zo leidt de omstandigheid dat een bestuurder hoge verdiensten geniet terwijl de resultaten van het bedrijf achterblijven regelmatig tot maatschappelijke verontwaardiging. Ook het verschil tussen de beloning aan de top en de beloning van de 'gewone werknemers' in het bedrijf is vaak aanleiding voor (publieke) verontwaardiging. Onder meer deze discussie heeft geleid tot vergaande openbaarmakingsverplichtingen¹ van de vennootschap met betrekking tot de bestuurdersbeloningen en zelfs tot pogingen om (excessieve) beloningen – fiscaal – aan banden te leggen.²

Na het uitbreken van de kredietcrisis eind 2008 liggen vooral de beloningen in de financiële sector onder vuur. Verschillende maatregelen zijn ingevoerd om het beloningsbeleid binnen financiële instellingen te reguleren.³ Deze maatregelen zien

-
- 1 Zie de Wet openbaarmaking bezoldiging bestuurders, *Stb.* 2002, 224, de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens, *Stb.* 2006, 95, vanaf 1 januari 2013 onderdeel uitmakend van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012, 583 en de wet Harrewijn, *Stb.* 2006, 286.
 - 2 Zie de Wet van 11 december 2008 tot wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen), *Stb.* 2008, 547, parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 459. Deze wet ziet niet specifiek op statutair bestuurders maar op éénieder met een jaarsalaris van € 531.000 bruto of hoger. Dit bedrag kan jaarlijks worden aangepast. Sommige bestuurders zullen hieronder vallen, veel ook niet.
 - 3 Vgl. o.m. de Code Banken (9 september 2009, ook wel Code Maas genoemd en van kracht per 1 januari 2010); de Principes voor beheerst beloningsbeleid, 9 mei 2009, AFM en DNB; de Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 16 december 2010 houdende regels met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid van financiële ondernemingen (*Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011*), *Stcrt.* 2010, 20931; het Besluit van 19 november 2010, houdende wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (*Besluit beheerst beloningsbeleid Wft*), *Stb.* 2010, 806. Beide regelingen zijn gebaseerd op de Europese Capital requirement richtlijn (Richtlijn 2010/76/EU tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* L 329, (CRDIII)); de Wet van 7 juni 2012 tot wijziging van de Wet

overigens niet per definitie uitsluitend op statutair bestuurders, maar ook op de zogeheten feitelijk beleidsbepalers.

Naast de financiële sector ondervindt de semi-publieke sector vergaande consequenties van de wens topinkomens te beteugelen. De Wet normering uit publieke middelen gefinancierde beloningen topfunctionarissen ("WNT")⁴ geeft de Staat de bevoegdheid loonbetalingen die het in de wet gestelde maximum overschrijden in te vorderen. Deze wet, die niet uitsluitend op statutair bestuurders ziet, beperkt partijen in aanzienlijke mate bij het afspreken van het loon.

Ten slotte is op 1 januari 2014 de wet 'Wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen', ook wel de 'Wet claw back' genoemd, in werking getreden. Deze wet heeft artikel 2:135 BW uitgebreid met de mogelijkheid voor de raad van commissarissen onder omstandigheden bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen terug te vorderen.⁵

Een ander aspect van de bestuurdersbeloning is de wijze waarop de bestuurdersbeloning binnen de vennootschap moet worden vastgesteld, met name in het kader van de bevoegdheids- en machtsverdeling. Zowel de commissie corporate governance als de wetgever heeft zich hierover uitgelaten. In de Nederlandse corporate governance code zijn uitgebreide richtlijnen opgenomen over de vaststelling van de beloning en artikel 2:135 BW is sinds 2004 uitgebreid waarbij de algemene vergadering (weer) meer zeggenschap heeft gekregen over de bezoldiging van de bestuurder. Ook de

op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten en het opnemen van regels met betrekking tot de beloning van dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatsteun genieten (*Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen*), *Stb.* 2012, 265, in werking getreden op 20 juni 2012 en 1 juni 2012 met gedeeltelijke terugwerkende kracht t/m 6 oktober 2011 (*Stb.* 2012, 265). In januari 2014 is het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176)' (*Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten*), aangeboden aan de Tweede Kamer. Hiermee worden de richtlijn CRD IV en de Verordening Capital requirements geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Bij afsluiting van deze tekst is het wetsvoorstel nog aanhangig bij de Tweede Kamer. In juni 2014, ten slotte is het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen)' aan de Tweede Kamer aangeboden (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 33 964).

4 *Stb.* 2012, 583, inwerkingtreding 1 januari 2013, aangepast bij wet van 9 juni 2014, *Stb.* 2014, 235. Wijzigingen van deze wet staan alweer op stapel: op 30 juni 2014 is het Wetsvoorstel verlagings bezoldigingsmaximum WNT ingediend (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 978, nr. 2).

5 Wet van 11 december 2013, *Stb.* 2013, 563 (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 512).

ondernemingsraad krijgt een (grotere) rol bij de totstandkoming van het beloningsbeleid van de vennootschap via het standpuntbepalingsrecht (artikel 2:135 lid 2).⁶

De 'hausse' aan regelgeving vanaf 2002 over topbeloningen en bestuurdersbeloningen heeft met name geleid tot vragen over de effectiviteit en afdwingbaarheid van de verschillende regelingen. Het reguleren van de hoogte van de beloningen door de overheid, bijvoorbeeld via de WNT of de *Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen*, heeft ook de nodige juridische vragen opgeworpen. Deze vragen vallen buiten het bestek van dit onderzoek. In dit onderzoek richt ik mij op de vraag wat de verhouding is tussen de (vennootschapsrechtelijke) besluitvorming over de bezoldiging en het overeengekomen loon. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de bepalingen over loon en bezoldiging gezien of de regels van Boek 2 en Boek 7 BW botsen, wat rechtens is als het overeengekomen loon afwijkt van het bezoldigingsbesluit en of er oplossingen zijn voor spanning tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het vennootschapsrecht. Opnieuw komt aan de orde of sprake is van samenloop.

In paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk wordt ingegaan op de in Boek 2 en Boek 7 BW gebruikte terminologie. Paragraaf 5.3 beschrijft per type vennootschap hoe de bezoldiging moet worden vastgesteld en welke vennootschapsrechtelijke openbaarmakingsverplichtingen er bestaan. Paragraaf 5.4 behandelt de samenloop tussen Boek 2 en Boek 7 BW. In paragraaf 5.5 wordt nader ingegaan op de positie van de bestuurder als werknemer waar het gaat om privacy en om eenzijdige wijziging van de overeengekomen beloning. Paragraaf 5.6 handelt ten slotte over de rol van de Ondernemingskamer bij de beloning van de bestuurder.

5.2 Terminologie

Alvorens de wettelijke regeling te beschrijven past een nadere analyse van de in de wet gehanteerde terminologie over de vergoeding die de bestuurder ontvangt voor zijn werkzaamheden.⁷ Artikel 2:135 en 2:245 BW hanteren tot de wijziging van de structuurregeling in 2004 eensluidend de term 'bezoldiging', een term die ook al in

6 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250, inwerkingtreding 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 251 (Wet Invoering van een recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 877).

7 Zonder vergoeding is geen sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. Dit is al geconstateerd bij de totstandkoming van de relevante bepalingen in het Wetboek van Koophandel (artikel 44 WvK 1838 en artikel 48c WvK 1928 en bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907, zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.2 en 2.3.4.2, zie ook HR 18 september 1985, *NJ* 1986, 177 m. nt. PAS (*X./Belastingdienst*). In deze belastingzaak geeft de Hoge Raad een oordeel over de uitleg van het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van artikel 2 Wet op de loonbelasting 1964: "[V]oor het bestaan van zodanige dienstbetrekking was niet voldoende dat belang hebbende directeur van de vennootschap was, maar daartoe tevens was vereist dat hij tegen betaling van loon als zodanig was aangesteld." Omdat in de fiscale wetgeving bij het civielrechtelijke begrip van de arbeidsovereenkomst is aangesloten, is deze uitspraak ook voor het civiele recht van belang.

het Wetboek van Koophandel voorkomt. In de tekst van artikel 2:135 BW doet het begrip 'bezoldigingsbeleid' zijn intrede.⁸ In titel 7.10 BW is de gebruikte term voor de tegenprestatie van de arbeid van de werknemer 'loon'. Bezoldiging en loon zijn verschillende termen die niet hetzelfde betekenen en niet in de wet worden gedefinieerd.⁹

Loon

Het begrip 'loon' is één van de drie kenmerkende elementen van de definitie van de arbeidsovereenkomst maar wordt zelf niet gedefinieerd in titel 10 van boek 7 BW. De meest gangbare definitie is 'de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd terzake van de bedongen arbeid'.¹⁰ Van Slooten¹¹ heeft drie kanttekeningen geplaatst bij deze omschrijving: in de eerste plaats zou 'bedongen arbeid' vervangen moeten worden door 'bedongen en/of verrichte arbeid'. Verder zou 'ter zake van' beter kunnen worden vervangen door 'voor' en ten slotte zouden de woorden 'door de werkgever' minder strikt uitgelegd moeten worden. Vooralsnog wordt door de Hoge Raad en in de literatuur nog steeds de ongewijzigde definitie aangehouden.¹² Uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband, zoals een (vooraf) overeengekomen beëindigingsvergoeding of een door de rechter toegekende ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW, zijn geen loon in de zin van Boek 7 BW. Dit zijn immers geen vergoedingen die staan tegenover de verrichte arbeid, maar vergoedingen op grond van billijkheid. Hiermee is 'loon' een enger begrip dan 'bezoldiging', zoals uit het navolgende zal blijken. Ook pensioen is geen loon.

Volledigheidshalve merk ik op dat het fiscale loonbegrip ruimer is dan het civiele loonbegrip én ruimer dan bezoldiging.¹³

Bezoldiging en bezoldigingsbeleid

Nauwkeurige lezing van de parlementaire geschiedenis¹⁴ leidt tot de conclusie dat het gebruik van de termen bezoldiging en bezoldigingsbeleid (en tot voor kort beloningsbeleid) weinig doordacht is.

8 Vanaf de wijziging van de structuurregeling in 2004 tot aan de invoering van het standpuntbepalingsrecht in 2010, heeft in lid 2 van artikel 2:125 BW ook nog de term 'beloningsbeleid' gestaan. Het lijkt een vergissing van de wetgever geweest te zijn. De term is geruisloos weer verdwenen bij de invoering van het standpuntbepalingsrecht in 2010.

9 Zie over de verschillen in terminologie ook Van Slooten 2005.

10 HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 (*Zaal/Gossink*) en HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (*Bethesda/Van der Vlies*).

11 Van Slooten 1999, p. 92.

12 HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (*Bethesda/Van der Vlies*). Bakels/Bouwens/Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 95 sluiten aan bij de definitie van de Hoge Raad; Loonstra & Zondag 2006 houden op p. 128 vast aan de definitie van de Hoge Raad, net als Heerma van Voss in zijn Asser bewerking: Asser/Heerma van Voss (7-V) 2013, nr. 81.

13 Van Slooten 1999, p. 98, 107 en 113.

14 *Kamerstukken* 28 179 voor het gewijzigde artikel 2:135 BW en *Kamerstukken* 27 900 voor de invoering van de artikelen 2:383b-e BW.

Bezoldiging, de term uit Boek 2 BW, is niet gedefinieerd in de wet. Hetzelfde geldt voor de term bezoldigingsbeleid.¹⁵ In de literatuur wordt bezoldiging verschillend gedefinieerd. Van Andel¹⁶ definieert bezoldiging als alles wat een vennootschap aan een bestuurder, hetzij in geld, hetzij in natura, ter beschikking stelt als contraprestatie voor de door de bestuurder verrichte arbeid. Hieronder vallen volgens Van Andel tantièmes, gratificaties, toekenning van pensioenrechten, pensioenpremies en gratis privégebruik van de auto. Onkostenvergoedingen daarentegen vallen volgens Van Andel nooit onder de term bezoldiging. Ook volgens Asser/Maeijer¹⁷ vallen tantième en pensioenrechten onder het begrip bezoldiging. Van der Grinten en zijn bewerkers¹⁸ begrijpen onder bezoldiging de vergoeding die door de vennootschap aan de bestuurder ter zake van het bestuurderschap wordt betaald. Dat komt neer op loon (als sprake is van een arbeidsovereenkomst) en wordt uitgebreid met pensioen en ontslagvergoeding (onder verwijzing naar artikel 2:383c BW). Onder bezoldiging valt ook de toekenning van de aanspraak op pensioen, het toekennen van optierechten, en tantième (elke beloning die afhankelijk is van de resultaten van de vennootschap). Ook in de rechtspraak wordt aangenomen dat pensioen onder 'bezoldiging' valt, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 15 september 1995.¹⁹ Van Slooten omschrijft bezoldiging als loon, pensioenrechten²⁰ en uitkeringen bij einde dienstverband.²¹ Goes²² en Orsel²³ zijn van oordeel dat onder bezoldiging ook een door de vennootschap aan de bestuurder verstrekte vrijwaring valt. Goes en Orsel baseren hun standpunt op de uitleg van de term 'garanties' uit artikel 2:383e BW (waarnaar artikel 2:135 BW immers verwijst) en de parlementaire geschiedenis van dat artikel. Genuanceerder hierover zijn Van Olffen²⁴ en Potjewijd.²⁵ Volgens hen valt de vrijwaring strikt

15 Zes jaar lang is de term 'beloningsbeleid' een vreemde eend in de bijt geweest. Geïntroduceerd in lid 2 van artikel 2:135 BW in 2004 via een amendement Douma/Kant (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 179, nr. 29) is nergens in de parlementaire geschiedenis aandacht besteed aan de afwijkende terminologie. Het ligt voor de hand dat bedoeld is 'bezoldigingsbeleid' zoals in het eerste lid van artikel 135 BW is gebruikt. Dat is gebleken uit het nieuwe lid 2 zoals dat luidt na de introductie van het standpuntbepalingsrecht in 2010 (wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250). Bij die wet is de term beloningsbeleid geruisloos vervangen door bezoldigingsbeleid, hetgeen ook logischer is.

16 Van Andel 1992, p. 48 e.v.

17 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 429 e.v.

18 Handboek 2013, nr. 251 e.v.

19 HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*). In dit arrest luidt de rechtsvraag of besluitvorming in strijd met regels van aanvullend recht (waarvan dus in de statuten *kan* worden afgeweken) leidt tot vernietigbaarheid of nietigheid van het besluit. Het ter discussie staande besluit is een besluit van de (enig) bestuurder over zijn eigen pensioen. De vennootschap vordert terugbetaling door de bestuurder van de pensioenstortingen. Grondslag voor de vordering is de nietigheid van het besluit van de bestuurder omdat de bevoegdheid pensioen toe te kennen aan de algemene vergadering toekomt en niet aan de bestuurder zelf. De Hoge Raad oordeelt dat het door de bestuurder onbevoegd genomen besluit inderdaad nietig is en niet vernietigbaar. Hieraan doet niet af dat het toekennen van de bevoegdheid tot het vaststellen van de bezoldiging aan de algemene vergadering van aanvullend recht is omdat hiervan in de statuten kan worden afgeweken. De Hoge Raad neemt dus aan dat pensioenvoorzieningen onder bezoldiging vallen.

20 Van Slooten 1999, p. 107.

21 Van Slooten 2005, p. 264. Van Slooten baseert dit op de omschrijving van bezoldiging in artikel 2:383c lid 1 onder c BW.

22 Goes 2004, p. 489.

23 Orsel 2007 p. 402 lk, instemmend aangehaald door Lennarts 2013, (*T&C BW*), art. 2:245, aant. 2.

24 Van Olffen 2004, p. 479.

25 Potjewijd 2003.

genomen niet onder de definitie van 'bezoldiging', maar is het wel een arbeidsvoorwaarde (Van Olffen) of een voorwaarde op grond waarvan de bestuurder zijn functie uitoefent (Potjewijd) en maakt het wel deel uit van het bezoldigingsbeleid. De vraag welk orgaan moet beslissen over de vrijwaring en welk orgaan terzake vertegenwoordigingsbevoegd is, moet in de visie van de vier genoemde schrijvers dan ook worden beantwoord aan de hand van de regels over de bezoldiging. De Groot²⁶ leidt uit de wettekst van artikel 2:135 BW en de parlementaire geschiedenis af dat de term 'bezoldigingsbeleid' ruimer is dan 'bezoldiging': "*het bezoldigingsbeleid bestaat niet louter uit een bespreking en waardering van de verschillende bezoldigingscomponenten*".²⁷ De bezoldiging wordt volgens De Groot begrensd door de in de artikelen 2:383c-e BW genoemde componenten, het bezoldigingsbeleid kan meer omvatten. De Groot geeft als voorbeeld de eenmalige (of herhaalde maar niet periodieke) uitkeringen bij aanvang van het dienstverband (*golden hello's*), eenmalige (of herhaalde maar niet periodieke) uitkeringen tijdens het dienstverband (*loyalty rewards, retention grants*) of afspraken bij beëindiging van het dienstverband die niet neerkomen op uitkeringen (zoals het sluiten van een consultancy-contract met bijbehorende vergoeding). Deze elementen zouden wel vallen onder het bezoldigingsbeleid, maar niet onder bezoldiging. Ook Van Slooten wijst op het verlenen van kwijting, vrijwaring of *décharge* en het afsluiten van een consultancy-contract. Dat wordt volgens hem niet als bezoldiging gezien, maar het kan relevant zijn daar iets over op te nemen in het bezoldigingsbeleid.²⁸ Van Slooten en De Groot verbinden aan de constatering dat bezoldiging een enger begrip is dan bezoldigingsbeleid verschillende conclusies. Van Slooten stelt dat het op de weg van de wetgever ligt duidelijk te maken dat bezoldiging en loon zo breed mogelijk moeten worden uitgelegd, enigszins analoog aan het fiscaal recht. Ik leid hieruit af dat hij zich niet kan vinden in de enge definitie van bezoldiging.²⁹ De Groot concludeert dat het verschil in definitie met zich brengt dat ook de bevoegdheid van de algemene vergadering het concrete bezoldigingsbesluit vast te stellen beperkter is dan de bevoegdheid het beleid vast te stellen. Beloningscomponenten die buiten de definitie van bezoldiging vallen zijn aan de bemoeienis van de algemene vergadering onttrokken voor zover het gaat om individuele vaststelling en kunnen dus door een ander orgaan worden vastgesteld, aldus De Groot.

Ik deel de opvatting van De Groot niet. Een tekstuele uitleg van de huidige tekst van Boek 2 BW leidt tot de conclusie dat 'bezoldigingsbeleid' een ruimer begrip is dan 'bezoldiging'.³⁰ Hoewel de wet als gezegd geen definitie geeft, wordt in artikel 2:383c

26 De Groot 2005, p. 468 l.k.

27 De Groot 2005, p. 468 l.k.

28 Van Slooten 2005, p. 264.

29 In de inmiddels vervallen Wopt heeft de wetgever overigens wel aansluiting gezocht bij het fiscale loonbegrip door te verwijzen naar 'belastbaar loon'. In de WNT, waarin de Wopt is opgegaan, is dat uitgangspunt weer verlaten en wordt beloning en bezoldiging allebei gedefinieerd. Voor de definitie van bezoldiging wordt grotendeels aangesloten bij art. 2:383c lid 1 BW. 'Beloning' is daar weer een onderdeel van, namelijk de periodieke beloning (het maandsalaris) en de variabele beloning. Zie: *Kamerstukken II 2010/11, 32 600, nr. 3, p. 23*.

30 Bedacht moet worden dat artikel 2:135 BW uitsluitend ziet op de NV. Voor de BV geldt het veel kortere artikel 2:245 BW: "*Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, wordt de bezoldiging van bestuurders door de algemene vergadering vastgesteld.*" Ook de artikelen 2:383c-e BW gelden uitsluitend voor de NV en dan ook nog alleen voor de 'open' NV.

lid 1 BW wel een omschrijving van bezoldiging gegeven. Dat artikel bepaalt dat de vennootschap opgave doet van het bedrag van de bezoldiging voor iedere bestuurder, uitgesplitst naar (a) periodiek betaalde beloningen, (b) beloningen betaalbaar op termijn, (c) uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en (d) winstdelingen en bonusbetalingen, alles voor zover de bedragen in het boekjaar ten laste van de vennootschap zijn gekomen. Deze opsomming is, gelet op de tekst, limitatief. De bezoldiging moet immers worden gebracht onder één van de vier genoemde posten. De in artikel 2:383c lid 1 BW genoemde elementen komen ook overeen met de in de literatuur gangbare definities van bezoldiging zoals hierboven beschreven. In artikel 2:135 lid 1 BW wordt bezoldigingsbeleid echter als volgt omschreven: “*In het bezoldigingsbeleid komen ten minste de in artikel 383c tot en met e omschreven onderwerpen aan de orde, voor zover deze het bestuur betreffen* (onderstreping JBH).” Het bezoldigingsbeleid hoeft krachtens artikel 2:135 lid 1 BW dus niet uitsluitend te gaan over de bezoldiging zoals omschreven in artikel 2:383c lid 1 BW, maar ook over de opties die door de vennootschap aan bestuurders (of commissarissen of werknemers) zijn toegekend (artikel 2:383d BW) en over de leningen, voorschotten en garanties die aan de bestuurders (en commissarissen) zijn verstrekt (artikel 2:383e BW) en kan zelfs nog meer omvatten (“*ten minste*”).

Deze tekstuele uitleg wordt echter niet ondersteund door de wetsgeschiedenis. Daaruit volgt veeleer dat zowel aan bezoldiging als aan bezoldigingsbeleid een(zelfde) brede betekenis moet worden toegekend. De oudere wetsgeschiedenis is weinig behulpzaam;³¹ pas bij de invoering van de nieuwe structuurregeling in 2004 is de inhoud van de term bezoldiging aan de orde geweest.³² Voor een goed begrip van de parlementaire geschiedenis van dit artikel is het nodig de precieze totstandkoming van het artikel te reconstrueren. Het oorspronkelijke wetsvoorstel bevat geen wijzigingen in artikel 2:135 BW; de aanzet tot wijziging is geweest het amendement De Vries³³ waarin de volgende tekst wordt voorgesteld:

- “1. De bezoldiging van bestuurders wordt door de algemene vergadering vastgesteld.
2. Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft, doet de raad van commissarissen aan de algemene vergadering een voorstel ten behoeve van de vaststelling als bedoeld in lid 1.
3. Onder bezoldiging als bedoeld in lid 1 wordt begrepen de periodiek te betalen beloningen, beloningen in natura, beloningen betaalbaar op termijn, aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband, winstdelingen en bonusbetalingen en het bedrag van leningen, voorschotten en garanties die worden verstrekt aan bestuurders.”

31 De artikelen 2:135 en 245 zijn in 1976 ingevoerd in het BW en waren toen nog gelijklopend: “Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, wordt de bezoldiging van bestuurders door de algemene vergadering vastgesteld.” Deze tekst is overgenomen van het oude artikel 48c WvK en uitsluitend aangepast qua spelling en terminologie. De parlementaire geschiedenis van artikel 48c zwijgt over de definitie van bezoldiging. Wel kan uit de tekst van het Wetboek van Koophandel worden afgeleid dat vergoedingen bij einde dienstverband niet onder bezoldiging vielen. De schadeloosstelling werd immers apart genoemd in artikel 48b WvK. Artikel 2:245 BW is sinds 1976 niet meer gewijzigd.

32 *Stb.* 2004, 370.

33 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 179, nr. 8.

Blijkens de toelichting is het doel van het amendement het vergroten van de macht van de algemene vergadering door machtiging van de commissarissen niet meer mogelijk te maken. De omschrijving van bezoldiging is bedoeld om misverstanden te voorkomen en om te zorgen dat de bevoegdheid van de algemene vergadering alle aspecten van de bezoldiging omvat, aldus nog steeds de toelichting op het amendement. In lid 3 worden alle elementen uit de artikelen 2:383c-e BW³⁴ opgesomd (met daaraan toegevoegd de beloning in natura), zonder verdere toelichting voor deze keuze.

Ook de kamerleden Douma en Kant stellen een amendement voor waarin een gewijzigd artikel 2:135 BW is opgenomen:³⁵

- “1. Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft, stelt deze een beloningsbeleidsplan voor het bestuur op. De algemene vergadering stelt het beleidsplan of wijziging daarvan vast en keurt deze goed.
2. Indien de vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld wordt het beloningsbeleidsplan tijdig en alvorens dit aan de algemene vergadering van aandeelhouders wordt aangeboden ter kennisneming aan de ondernemingsraad gezonden.
3. De algemene vergadering kan aan de bestuurders een bezoldiging toekennen. Bij besluit van de algemene vergadering kan deze bevoegdheid aan de raad van commissarissen worden toegekend.
4. Onder bezoldiging als bedoeld in lid 1 wordt begrepen de periodiek te betalen beloningen, beloningen in natura, beloningen betaalbaar op termijn, aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, uitkeringen beëindiging van het dienstverband, winstdelingen en bonusbetalingen en het bedrag aan leningen, voorschotten en garanties die worden verstrekt aan bestuurders.”

In dit amendement wordt de bevoegdheid tot het vaststellen van de individuele bezoldiging ongewijzigd gelaten (algemene vergadering met mogelijkheid de bevoegdheid statutair aan een ander orgaan over te dragen). Daarnaast wordt aan de raad van commissarissen opgedragen een *'beloningsbeleidsplan'* op te stellen dat de algemene vergadering moet goedkeuren/vaststellen. Vóór de goedkeuring moet het plan aan de ondernemingsraad worden gestuurd. Ook in dit amendement wordt bezoldiging gedefinieerd door de opsomming van alle elementen van artikel 2:383c t/m e BW op te noemen. Opvallend is dat in lid 4 verwezen wordt naar *“bezoldiging als bedoeld in lid 1”*. In lid 1 komt het woord bezoldiging niet voor, wel de term beloningsbeleidsplan. Het amendement is slordig geformuleerd. Bedoeld zal zijn het beloningsbeleidsplan en de (individuele) bezoldiging eenzelfde reikwijdte te geven.

In de tweede nota van wijziging³⁶ is door de minister een gewijzigd artikel 2:135 BW opgenomen dat lijkt op de door Douma en Kant voorgestelde tekst:

34 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:383c lid 1 BW blijkt dat onder periodieke beloningen ook beloningen in natura vallen, *Kamerstukken II 2001/02*, 27 900, nr. 5, p. 9.

35 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 179, nr. 29.

36 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 179, nr. 31.

- “1. De vennootschap heeft een beleid op het terrein van bezoldiging van het bestuur. De algemene lijnen van het te voeren beleid worden vastgesteld door de algemene vergadering.
2. De bezoldiging van bestuurders wordt met inachtneming van het beleid, bedoeld in lid 1, vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij bij de statuten een ander orgaan is aange-wezen.
3. Indien in de statuten is bepaald dat een ander orgaan dan de algemene vergadering van aandeelhouders de bezoldiging vaststelt, legt dat orgaan ten aanzien van regelingen in de vorm van aandelen of rechten tot het nemen van aandelen een voorstel ter goedkeuring voor aan de algemene vergadering. In het voorstel moet ten minste zijn bepaald hoeveel aandelen of rechten tot het nemen van aandelen aan het bestuur mogen worden toegekend en welke criteria gelden voor toekenning of wijziging. Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het orgaan niet aan.”

Het algemene beleid wordt door de algemene vergadering vastgesteld net als de individuele bezoldiging, tenzij dat laatste in de statuten aan een ander orgaan (in de praktijk de raad van commissarissen) is opgedragen. In dat geval moet het voorstel tot bezoldiging van de raad van commissarissen ter goedkeuring worden voorgelegd aan de algemene vergadering voor zover het voorstel ziet op aandelen en opties. Het ontbreken van de goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van commissarissen niet aan. Het artikel zwijgt over wat onder bezoldiging moet worden verstaan. Wel valt op dat niet is gekozen voor de term ‘*beloningsbeleidsplan*’ uit het amendement Douma/Kant maar voor de term ‘*een beleid op het terrein van bezoldiging*’. In de artikelsgewijze toelichting op de nota van wijziging wordt wel vermeld dat onder ‘bezoldiging’ alles dat in de artikelen 2:383c t/m e BW staat moet worden verstaan.³⁷ De regering neemt dus zonder verder motivering over wat de opstellers van de amendementen hebben voorgesteld en staat – kennelijk – een brede definitie van ‘*bezoldiging*’ voor.

Zowel Douma/Kant als De Vries wijzigen hun amendement.³⁸ De Vries stelt, naast een tekstuele wijziging, voor om uitdrukkelijk te verwijzen naar de artikelen 2:383 c t/m e BW voor de inhoud van het bezoldigingsbeleid, hoewel de indieners in de toelichting er op wijzen dat de regering in de toelichting de *bezoldiging* op deze wijze definieert. In het voorstel van wet dat aan de Eerste Kamer is voorgelegd³⁹ zijn beide gewijzigde amendementen verwerkt. Lid 1 – met name van belang voor de definitiekwestie – luidt dan als volgt: “*De vennootschap heeft een beleid op het terrein van de bezoldiging van het bestuur. Het beleid wordt vastgesteld door de algemene vergadering. In het bezoldigingsbeleid komen ten minste de in artikel 383c tot en met e omschreven onderwerpen aan de orde, voor zover deze het bestuur betreffen*”, de tekst zoals die uiteindelijk in de wet is opgenomen. In de verdere parlementaire geschiedenis wordt nog één keer de definitie van bezoldiging aan de orde gesteld en wel

37 *Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 31, p. 6.*

38 *Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 35 en 41.* De wijziging van Douma en Kant voorziet in de toevoeging van (de voorloper van) het huidige lid 2: “*Indien de vennootschap krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld wordt het beloningsbeleid tijdig en alvorens dit aan de algemeen vergadering van aandeelhouders wordt aangeboden ter kennisneming aan de ondernemingsraad gezonden.*” Dit is voor de definitiekwestie minder interessant.

39 *Kamerstukken I, 2002/03, 28 179, nr. 309.*

door de CDA-fractie in de Eerste Kamer die de regering vraagt of artikel 2:135 BW ook ziet op de afvloeiingsregeling die de raad van commissarissen treft met bestuurders.⁴⁰ De CDA-fractie wijst er voorts op dat in afvloeiingsregelingen dikwijls door de vertrekkende bestuurder een vrijwaring wordt bedongen. De betrokken ministers antwoorden dat artikel 2:135 BW wel degelijk ziet op afvloeiingsregelingen, de afvloeiingsregelingen worden immers genoemd in artikel 2:383c BW. Op de vrijwaring en decharge gaan de ministers niet in, anders dan in algemene zin: of deze worden verleend is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁴¹ Of de regering nu wel of niet vindt dat een vrijwaring als bezoldiging moet worden beschouwd, wordt niet duidelijk.

Conclusie van voorgaande analyse is dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 2:135 BW volgt dat de wetgever *geen* onderscheid heeft willen maken tussen bezoldiging en bezoldigingsbeleid voor zover het gaat om de vraag welke beloningselementen daaronder vallen. Dit is logisch en ook juist. De ratio van het gewijzigde artikel 2:135 BW is het bereiken van een betere machtsverdeling tussen de algemene vergadering en de raad van commissarissen door de algemene vergadering meer invloed op de beloning van het bestuur te geven.⁴² Een situatie waarin het ene orgaan bevoegd is te beslissen over sommige beloningscomponenten en het andere orgaan over andere beloningscomponenten, zoals De Groot betoogt, past niet bij deze ratio. Stel dat de statuten geen ander orgaan aanwijzen en de algemene vergadering dus alle bevoegdheden heeft op het gebied van beloning (zowel het vaststellen van het beleid als het vaststellen van de individuele bezoldiging). In de visie van De Groot⁴³ zouden er dan toch beloningselementen kunnen zijn (bijvoorbeeld een retention award of afspraken over een consultancy-contract bij beëindiging van het dienstverband) die andere organen (lees de raad van commissarissen) buiten de algemene vergadering om aan het bestuur kunnen toekennen. Dit is in strijd met de bedoeling en strekking van de wet.

Ook de ratio van de artikelen 2:383c-e BW, ingevoegd bij de Wet OBB,⁴⁴ wijst op een brede uitleg van 'bezoldiging'.⁴⁵ De Wet OBB heeft als doel het (aan de stakeholders van de vennootschap) verschaffen van meer duidelijkheid over de bezoldiging en het aandelenbezit van de bestuurders en commissarissen van open NV's. De bij de vennootschap en de daarmee verbonden ondernemingen betrokkenen hebben recht op informatie over de bedragen die met het aantrekken respectievelijk vasthouden van bestuurders en commissarissen gemoeid zijn.⁴⁶ Uit de toelichting op artikel 2:383c

40 *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 179, A, p. 8.

41 *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 179, B, p. 14-15.

42 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 179, nr. 51, p. 2.

43 De Groot 2005, p. 468.

44 Wet van 18 april 2002, *Stb.* 225 (Wet OBB), inwerking getreden op 1 september 2002.

45 De ratio van artikel 2:383 BW is het inzicht krijgen in de kosten die het bestuur en het toezicht houdend orgaan met zich brengen. Met de invoering van de artikelen 2:383b-e BW is niet alleen inzicht in de kosten beoogd, maar ook inzicht in de hoogte van de individuele beloningen. Zie hierover ook Van Wijngaarden 2008, p. 309, l.k.

46 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 900, nr. 3, p. 3.

lid 1 BW blijkt duidelijk dat dat lid ruim moet worden uitgelegd. Als basis voor de opsomming van de verschillende elementen dient een ontwerp-richtlijn Personeelsbeloningen voor de jaarverslaggeving, die inzicht geeft in de “meest gewenste informatie” zodat deze indeling als “uitgangspunt” wordt genomen.⁴⁷ Ook uit de reactie van de regering op het advies van de Raad van State blijkt dat een ruime uitleg wordt voorgestaan: “Het begrip periodieke beloningen dient inderdaad ruim te worden opgevat. Het omvat alle regelmatig betaalbaar of beschikbaar gestelde vergoedingen voor zover lid 1 sub c, d of d geen afzonderlijke vermelding voorschrijft.”⁴⁸ Op de vraag van de PvdA- en VVD-fractie of een restcategorie uitkomst zou kunnen brengen voor bezoldigingselementen die niet direct onder één van de vier genoemde categorieën in artikel 2:383 c lid 1 BW zouden kunnen worden geschaard, antwoordt de regering dat de genoemde categorieën de gehele bezoldiging dekken. Het gaat de regering blijkens het antwoord met name om de vraag of iets een vaste bezoldigingscomponent is of aan bepaalde prestatie is verbonden.⁴⁹ De door De Groot genoemde ‘welkomstbonussen’ en ‘blijfbonussen’ moeten naar mijn idee in die laatste categorie worden geschaard. De prestatie is dat de bestuurder komt of blijft. Daar komt bij dat dergelijke bonussen arbeidsrechtelijk en fiscaal worden aangemerkt als loon. Dat bezoldiging in ieder geval loon omvat is onomstreden. Wat opties en aandelen betreft, geldt het volgende. Optie- (en aandelen)bezit dient te worden vermeld in het jaarverslag op grond van artikel 2:383d BW ongeacht hoe het optie- of aandelenbezit is verworven. Zijn de opties of aandelen om niet of tegen een lager bedrag dan de marktwaarde aan de bestuurder verschaft, dan is – analoog aan de fiscale redenering – sprake van loon en dus van bezoldiging. In dat geval zal op grond van artikel 2:383c BW in het jaarverslag ook moeten worden opgenomen welke bedragen daarmee zijn gemoeid.

Ten aanzien van de leningen, voorschotten en garanties wijs ik nog op het volgende. De regering merkt in 2001, naar aanleiding van een vraag van de VVD-fractie, op dat de inhoud van artikel 2:383e BW (leningen, voorschotten en garanties) van belang zijn voor de waardering van de financiële positie van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, maar met bezoldiging niets van doen hebben.⁵⁰ De regeling omtrent leningen, voorschotten en garanties stond al in artikel 2:383 BW dat voor alle rechtspersonen geldt. Nu door artikel 2:383b BW een andere regeling gaat gelden voor open NV's, dient de regeling met betrekking tot leningen, voorschotten en garanties te worden herhaald. Er is geen wijziging beoogd, aldus nog steeds de regering in de parlementaire behandeling van de wet OBB. Bij de parlementaire behandeling van de uitbreiding van artikel 2:135 BW in het kader van de wijziging van de structuurregeling enkele jaren later is artikel 2:383e BW wel probleemloos onder bezoldiging geschaard, zie hetgeen hiervoor is uiteengezet.⁵¹

47 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 900, nr. 3, p. 10.

48 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 900, B, p. 4.

49 *Kamerstukken II 2001/02*, 27 900, nr. 5, p. 9.

50 *Kamerstukken II 2001/02*, 27 900, nr. 5, p. 12.

51 Ook Goes wijst erop dat de houdbaarheid van de parlementaire geschiedenis kennelijk beperkt is, Goes 2004, p. 489.

Of het een gelukkige keuze is geweest bij de uitbreiding van artikel 2:135 BW aan te sluiten bij de artikelen 2:383c-e BW is de vraag. Deze artikelen gaan over de verplichtingen die de vennootschap heeft in het kader van de jaarrekening en de openbaarmaking terwijl artikel 2:135 BW ziet op de vraag wie welke bevoegdheden heeft bij het vaststellen van de beloning van de bestuurder. Vooral artikel 2:383e BW wringt daarbij en dan met name het onderdeel garanties waaronder ook vrijwaringen kunnen worden geschaard. Voor het overige is een brede definitie van bezoldiging (en daarmee van bezoldigingsbeleid) wenselijk. Met Van Andel⁵² kan worden gezegd dat alles wat een vennootschap aan een bestuurder, hetzij in geld, hetzij in natura, ter beschikking stelt als contraprestatie voor de door de bestuurder verrichte arbeid, bezoldiging is.

Huizink huldigt de opvatting dat bezoldiging datgene is wat de bestuurder ontvangt op grond van zijn functionele relatie en loon datgene wat hij ontvangt op basis van de arbeidsovereenkomst.⁵³ Dit onderscheid doet kunstmatig aan en lijkt in de praktijk nauwelijks te handhaven.⁵⁴ Toch is niet geheel ongebruikelijk dat de bezoldiging voor het 'bestuurdersdeel' van het werk dat een bestuurder-werknemer verricht, wordt afgesplitst. Zo is normaal gesproken een werknemer belastingplichtig in het land waar hij woont en wordt daar loonbelasting geheven. Is sprake van een bestuurder die bezoldigd wordt, dan is de bestuurder belastingplichtig in het land waar de vennootschap waar hij bestuurder van is gevestigd is. Een bestuurder die in Nederland woont en in dienst is van een Nederlandse vennootschap en tevens bestuurder is van een Belgische (zuster)vennootschap betaalt in België belasting over dat deel van de bezoldiging dat ziet op het bestuur van de Belgische vennootschap.

Ook in de rechtspraak wordt een enkele keer onderscheid gemaakt, zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Voorzieningenrechter Utrecht.⁵⁵ In deze uitspraak gaat het om het ontslag van een statutair bestuurder waarbij de voorzieningenrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst voortduurt vanwege een opzegverbod⁵⁶ terwijl het bestuurderschap is geëindigd. De bestuurder/werknemer vordert doorbetaling van zijn salaris. De werkgever/vennootschap betoogt dat twee bepaalde salariscomponenten gekoppeld waren aan het statutair bestuurderschap en dat, nu de bestuurder die werkzaamheden vanwege het rechtsgeldig vennootschapsrechtelijke ontslag niet meer kan verrichten, deze componenten niet voor toewijzing in aanmerking komen. De voorzieningenrechter volgt de vennootschap in deze redenering, maar vindt wel een overgangsregeling noodzakelijk. Afsplitsing is ook goed voorstelbaar in die gevallen waarin de bestuurder al in dienst is als 'gewone' werknemer en gevraagd wordt het statutair bestuurderschap op zich te nemen waarbij een specifieke toelage of salarisverhoging wordt toegekend (overeengekomen). Houdt het bestuurderschap op en duurt de arbeidsovereenkomst voort om wat voor reden dan ook dan kan naar

52 Van Andel 1992, p. 48 e.v.

53 *Losbladige Rechtspersonen*, J.B. Huizink, aant. 2, art. 2:135 BW.

54 Zie ook Zaal & Van Slooten 2008.

55 Rb. Utrecht (vzr.) 19 december 2008, *JAR* 2009/49, *JOR* 2009/100 (*Cuijpers/Albermarle*).

56 Het ging in deze zaak om het opzegverbod ex artikel 104 lid 5 Pensioenwet.

mijn oordeel met succes worden betoogd dat de beloningscomponent die is overeengekomen uitsluitend ter compensatie van de statutaire werkzaamheden niet meer is verschuldigd. Eén en ander zal uiteraard wel goed vastgelegd moeten worden. Deze afsplitsing leidt er mijns inziens overigens niet toe dat het deel van de beloning dat uitsluitend ziet op het bestuurderschap zolang het verschuldigd is niet als loon zou moeten worden aangemerkt.

5.3 De regelgeving met betrekking tot het vaststellen en de openbaarmaking van bezoldiging in en op basis van Boek 2 BW

De regelgeving rondom bezoldiging is niet erg toegankelijk. Afhankelijk van het type vennootschap gelden verschillende regels voor de besluitvorming en openbaarmaking. Deze paragraaf geeft per vennootschap een overzicht van deze regels in Boek 2 BW. Daarnaast wordt ook de Code Frijns behandeld nu deze code is aangewezen op grond van artikel 2:391 lid 5 BW en aldus berust op Boek 2 BW.⁵⁷

5.3.1 De BV

5.3.1.1 Besluitvorming en vertegenwoordiging

De bezoldiging van de bestuurder van een BV is geregeld in artikel 2:245 BW. Het tweede lid⁵⁸ bepaalt dat voor besloten vennootschappen die een bank zijn, artikel 2:135 BW van toepassing is.

Het vaststellen van de bezoldiging voor een bestuurder van een BV is krachtens artikel 2:245 BW voorbehouden aan de algemene vergadering, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen. Indien een onbevoegd orgaan de bezoldiging vaststelt, is dat

57 Het besluit om de Corporate Governance Code aan te wijzen in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW is gepubliceerd in *Stb.* 2004, 747. In verband met de inwerkingtreding van de Code Frijns is bij besluit van 10 december 2009 het oorspronkelijke besluit gewijzigd, *Stb.* 2009, 545. Ook de Code Banken (*Stcrt.* 2010, 20060) is overigens aangewezen. De Governance principes Verzekeraars 2011 (*Stcrt.* 2011, 9237) zijn aangewezen bij besluit van 1 juni 2010 (*Stb.* 2010, 215), resp. van 23 juni 2011 (*Stb.* 2011, 396) maar die aanwijzing is vervallen nu de opvolgende governance Principes Verzekeraars 2013 zijn verschenen, maar niet zijn aangewezen.

58 Ingevoerd bij wet van 11 december 2013, *Stb.* 2013, 563 (Wet claw back).

besluit nietig (en niet vernietigbaar), zo heeft de Hoge Raad overwogen in 1995.⁵⁹ De totstandkoming van het besluit dient uiteraard te voldoen aan de wettelijke en statutaire regels voor besluitvorming in de algemene vergadering. Wordt daaraan niet voldaan, dan is de sanctie krachtens artikel 2:15 lid 1 sub a BW vernietigbaarheid. Het bezoldigingsbesluit is naar in de literatuur wordt aangenomen een besluit met direct externe werking.⁶⁰ Over de vraag of artikel 2:245 (alsook 2:135 lid 3) BW een vertegenwoordigingsbepaling is, laat de wetgever zich niet uit. In de literatuur worden verschillende standpunten ingenomen maar – zoals Van Slooten & Zaal terecht opmerken⁶¹ – die standpunten worden niet of nauwelijks onderbouwd. Met hen ben ik van oordeel dat uit het laatste lid van artikel 2:135 BW kan worden opgemaakt dat sprake is van een vertegenwoordigingsbepaling. Daarin is immers bepaald dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering met betrekking tot regelingen in de vorm van aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het orgaan (bedoeld is de raad van commissarissen) niet aantast. Als wordt geconcludeerd dat artikel 2:245 BW een vertegenwoordigingsbepaling is, is artikel 2:135 BW dat ook. Niet valt in te zien waarom hier een verschil zou zijn in benadering tussen de NV en de BV. Het bezoldigingsbesluit heeft dus direct externe werking en het orgaan dat het vaststelt, heeft vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid hoeft niet gelijk te lopen met de vertegenwoordigingsbevoegdheid een arbeidsovereenkomst te sluiten. Zie hierover paragraaf 5.4 van dit hoofdstuk. In diezelfde paragraaf komt aan

59 HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*). De Rechtbank Zutphen lijkt deze Hoge Raad-uitspraak toe te passen in de uitspraak van 10 december 2008, *RO* 2009/22 (*NTI*), maar verbindt daaraan de, naar mijn idee onjuiste, conclusie dat de nietigheid van het bezoldigingsbesluit gelijk staat aan de nietigheid van het besluit de arbeidsovereenkomst aan te gaan. De rechtbank verbindt hier vervolgens de conclusie aan dat de vennootschap niet aan de arbeidsovereenkomst is gebonden. Deze redenering is niet juist. De statuten van de betreffende vennootschap bepalen dat het salaris en de overige arbeidsvoorwaarden voor iedere bestuurder afzonderlijk worden vastgesteld door de algemene vergadering. Verder is in de statuten de tegenstrijdig belangregeling weggeschreven: ook in het geval van tegenstrijdig belang zijn de bestuurders conform de regels van de statuten bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Die statutaire regeling houdt in dat twee bestuurders gezamenlijk of de bestuurder met de titel 'algemeen bestuurder' alleen, bevoegd zijn de vennootschap te binden. Of deze beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur is ingeschreven in het handelsregister blijkt niet uit de uitspraak. De arbeidsovereenkomst was ondertekend door één medebestuurder, niet zijnde een 'algemeen bestuurder'. De vennootschap is dus niet rechtsgeldig vertegenwoordigd bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst en kan dit de wederpartij tegenwerpen als de vertegenwoordigingsbeperking in het handelsregister is opgekomen. Dat is dus een andere, wel juiste, grondslag om te concluderen dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is gesloten dan het concluderen tot nietigheid omdat er geen aandeelhoudersbesluit is over salaris en overige arbeidsvoorwaarden.

In de *Imeko/Breesch*-zaak (HR 6 januari 2012, *JOR* 2012/75 m.nt. Verburg en *NJ* 2012, 336 m.nt. Van Schilfgaarde) is sprake van een commissaris die – krachtens besluit van de algemene vergadering – bestuurstaken verricht. De raad van commissarissen, krachtens de statuten bevoegd de bezoldiging voor het bestuur vast te stellen, stelt de bezoldiging van de betreffende commissaris vast. De Hoge Raad oordeelt dat niet de feitelijke werkzaamheden maar de formele positie doorslaggevend is voor de vraag welk orgaan bevoegd is de bezoldiging vast te stellen. Voor commissarissen is de algemene vergadering het bevoegd orgaan, en niet de raad van commissarissen zelf. Ook niet als het gaat om een commissaris die bestuurstaken verricht. De Hoge Raad spreekt zich overigens niet uit over de status van het besluit van de raad van commissarissen (nietig of vernietigbaar) en de zaak is terugverwezen naar het Hof Den Haag.

60 Vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3 en hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

61 Van Slooten & Zaal 2008, p. 298 l.k.

de orde wat de gevolgen zijn van een nietig of vernietigbaar bezoldigingsbesluit voor de arbeidsovereenkomst.

Is sprake van een BV met een (al dan niet vrijwillig) structuurregime, dan is het bovenstaande niet anders.

Is sprake van een BV met een one tier board, dan kan de bezoldiging van uitvoerend bestuurders worden vastgesteld door de niet-uitvoerend bestuurders, zo volgt uit de tekst van de wet (artikel 2:239a lid 2 BW jo art. 245 lid 1 BW) en de parlementaire geschiedenis.⁶²

5.3.1.2 Openbaarmaking en de rol van de ondernemingsraad

Net als andere rechtspersonen dient de BV krachtens artikel 2:383 BW in de jaarrekening opgave te doen van het bedrag van de bezoldigingen (inclusief pensioenlasten en andere uitkeringen) voor de gezamenlijke bestuurders en gewezen bestuurders. De opgave mag achterwege blijven als die kan worden herleid tot een enkele natuurlijke persoon. Hier weegt de privacy van de bestuurder zwaarder dan de openbaarmakingsverplichting. Dit geldt niet voor het opnemen van leningen, voorschotten en garanties ten behoeve van bestuurders. Omdat het posten zijn die van groot belang zijn voor de solvabiliteit van de rechtspersoon dienen de daarmee gemoeide bedragen ook in de jaarrekening te worden opgenomen als deze tot één natuurlijke persoon te zijn herleiden. Uitsplitsing naar bestuurders is niet nodig.

Indien bij de onderneming die door de vennootschap wordt gedreven een ondernemingsraad is ingesteld kan artikel 31d WOR⁶³ van toepassing zijn. Dit is het geval als er ten minste 100 werknemers werken en geen sprake is van een eenmanszaak, een bedrijf met een directeur-groootaandeelhouder, of een rechtspersoon met een beperkte publicatieplicht (artikel 31e WOR). Artikel 31d WOR bepaalt dat de ondernemer ten minste jaarlijks informatie verstrekt over de hoogte en inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken per verschillende groep van de in de onderneming werkzame personen (lid 1). Ook moet informatie worden verstrekt over de hoogte en inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken met het bestuur dat de rechtspersoon vertegenwoordigt en het totaal van vergoedingen dat wordt verstrekt aan de raad van commissarissen (lid 2). De ondernemer is voorts verplicht de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk op de hoogte te brengen van wijzigingen in de regelingen. Als een groep (lid 1) of een bestuur of een toezichthoudend orgaan (lid 2) uit minder dan vijf personen bestaat, mogen functies worden samengevoegd zodat een groep van vijf of meer personen ontstaat. Ten slotte volstaat het niet de gegevens te verstrekken, ook moet inzichtelijk worden gemaakt hoe de afspraken over het inkomen zich verhouden tot elkaar en tot de voorgaande jaren (lid 3).

⁶² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 24-26. Zie hierover kritisch Assink 2015.

⁶³ Wet Harrewijn, ingevoerd per 1 september 2006, *Stb.* 2006, 286. Zie hierover onder meer de volgende publicaties: Jacobs 2002, Claassens 2005, Ter Haseborg 2007, Burgers 2008.

De bestuurders zijn genoemd als aparte categorie omdat zij krachtens de definitie in de WOR niet behoren tot de “*in de onderneming werkzame personen*”; de bevoegdheden van de ondernemingsraad hebben betrekking op deze personen. De reden dat “*het bestuur*” in artikel 31d WOR daar ook onder wordt gebracht is om te onderstrepen dat het ook gaat om het toekennen van een informatierecht ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van topfunctionarissen.⁶⁴ De gekozen term in artikel 31d lid 2 WOR “*het bestuur dat de rechtspersoon vertegenwoordigt*” is ongelukkig. De WOR draait namelijk geheel om de ‘onderneming’ zonder dat dat begrip gekoppeld is aan een rechtspersoon. De ondernemer, die de onderneming in stand houdt, kan een rechtspersoon zijn, maar dat hoeft niet. ‘Bestuur’ is in de WOR niet gedefinieerd, en bestuurder in de WOR is niet hetzelfde als bestuurder in Boek 2 BW.⁶⁵ Toch staat in de memorie van toelichting dat in lid 2 aansluiting is gezocht bij het begrip bestuurder zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub e WOR.⁶⁶ Heeft de Raad van Bestuur of directie meerdere leden, dan vallen die leden onder artikel 31d lid 1 WOR, aldus nog steeds de memorie van toelichting.⁶⁷ In hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1 is al vastgesteld dat dat indien de onderneming in stand wordt gehouden door een vennootschap, de statutair bestuurders van die vennootschap vrijwel altijd bestuurders in de zin van de WOR zullen zijn. Dus vallen zij onder artikel 31d lid 2 WOR.

Lastig is de clusterbepaling: er zullen niet snel vijf of meer bestuurders zijn. Er kan dan clustering plaatsvinden waarbij de bestuurders bij het hoger management kunnen worden gevoegd. Burgers heeft terecht de vraag opgeworpen hoe zich dit verhoudt met het doel van de wet: inzicht verschaffen in het inkomen van de top van het bedrijf.⁶⁸ Opgemerkt moet nog worden dat indien de betreffende bestuurders niet in dienst zijn van de ondernemer, maar bijvoorbeeld van de moederverenootschap of geen arbeidsovereenkomst hebben maar een opdrachtovereenkomst (al dan niet via een management BV) de verplichting informatie te verschaffen niet geldt. De wet schrijft immers voor dat het gaat om *arbeidsvoorwaardelijke* regelingen en afspraken met het bestuur. Als sprake is van een opdrachtovereenkomst (met een andere rechtspersoon) kan niet gesproken worden van arbeidsvoorwaardelijke regelingen of afspraken. Is de bestuurder in dienst van een andere rechtspersoon dan de ondernemer, dan heeft de ondernemer geen arbeidsvoorwaardelijke regelingen getroffen of afspraken gemaakt met de betreffende bestuurder en kan daar dus ook geen informatie over verstrekken. Hiermee wordt dit informatierecht, dat toch de bedoeling had de ondernemingsraad (ook) informatie over de topinkomens in de onderneming te verschaffen, in sommige gevallen een dode letter.

64 *Kamerstukken II 2001/02, 28 163, nr. 3, p. 8.*

65 Vgl. hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1 over de gebruikte terminologie in de WOR.

66 In het wetsvoorstel stond nog de term ‘bestuurder’. In het gewijzigd wetsvoorstel is dit zonder nadere toelichting vervangen door ‘het bestuur dat de rechtspersoon vertegenwoordigt’, *Kamerstukken II 2004/05 28 163, nr. 18.*

67 *Kamerstukken II 2001/02, 28 163, nr. 3, p. 12.*

68 Burgers 2008.

Voor de NV is per 1 juli 2010 een standpuntbepalingsrecht ingevoerd dat de ondernemingsraad informatie- en spreekrecht geeft over de beloning van de (vennootschapsrechtelijke) bestuurders, zie hierna. Voor de BV is dat niet het geval, tenzij de BV een bank is. In dat geval is immers ex artikel 2:245 lid 2 BW artikel 2:135 BW van toepassing.⁶⁹

De term '*hoogte van arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken*' is door de SER in het advies over het wetsvoorstel van artikel 31b WOR te vaag en onwerkbaar geacht.⁷⁰ Toch is het zo in de uiteindelijke wettekst gekomen. Volgens de parlementaire geschiedenis moet deze term zeer ruim worden uitgelegd en vallen bijvoorbeeld ook onkostenvergoedingen en scholing daaronder.⁷¹ Een ruimer begrip dan loon en bezoldiging dus. Ook vertrekregelingen moeten worden gemeld, blijkens de parlementaire geschiedenis. Aangezien de informatieverplichting van de ondernemer op grond van artikel 31d WOR een verplichting is *vooraf* informatie te verstrekken, is het de vraag of een vergoeding die bij het vertrek van de bestuurder wordt overeengekomen (en dus niet op voorhand in de arbeidsovereenkomst is opgenomen) moet worden vermeld. Ik zou menen van niet. Allereerst komt de vraag op of een beëindigingsvergoeding een arbeidsvoorwaarde is. Er is daarbij een verschil tussen een beëindigingsvergoeding die vooraf wordt overeengekomen of een vergoeding die wordt overeengekomen als de beëindiging van de arbeidsovereenkomst al in zicht is. In het eerste geval is de beëindigingsvergoeding immers een onderdeel van de voorwaarden waaronder de werknemer/bestuurder zijn arbeid (zal gaan) verrichten. Wordt een beëindigingsovereenkomst gesloten in het licht van een naderende beëindiging, dan is geen sprake van een voorwaarde waaronder de werknemer zijn arbeid verricht, maar eerder van een voorwaarde waaronder hij bereid is zijn arbeid *niet* meer te verrichten.⁷² Beëindigingsvergoedingen die aan vertrekkende werknemers zijn betaald zonder dat dit vooraf (dus niet in het licht van de beëindiging) is overeengekomen, hoeven niet aan de ondernemingsraad te worden gemeld omdat het geen arbeidsvoorwaarde betreft. Vooraf overeengekomen vergoedingen moeten dat wel.

5.3.2 De NV en de open NV

5.3.2.1 Besluitvorming en vertegenwoordiging

Sinds de aanpassing van de structuurregeling per 1 oktober 2004⁷³ is de bezoldiging één van de weinige onderwerpen die voor de bestuurder van de (open) naamloze

69 Zie over het standpuntbepalingsrecht ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

70 SER advies 2003/12, 19 december 2003, p. 83/84.

71 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 163, D, p. 8.

72 De kantonrechter in Amsterdam heeft geoordeeld dat een beëindigingsvergoeding geen arbeidsvoorwaarde is. Het betrof een geval waarin de beëindigingsvergoeding was toegezegd in het kader van retentie, Rb. Amsterdam (ktr.) 7 oktober 2009, JAR 2009/261 (*ABN AMRO/De Jong*). Dit oordeel is naar mijn mening onjuist, zie ook Bennaars & Vestering 2010, p. 22 l.k.

73 Datum inwerkingtreding wet van 9 juli 2004 (aanpassing structuurregeling), *Stb.* 2004, 370.

vennootschap anders is geregeld dan voor de bestuurder van de besloten vennootschap. Opvallend is dat artikel 2:135 BW geldt voor *alle* naamloze vennootschappen en niet alleen voor de structuurvennootschappen, terwijl de wijzigingen in 2004 toch ingevoerd zijn bij gelegenheid van de wijziging van de structuurregeling. In de parlementaire geschiedenis valt hiervoor geen motivering te ontdekken. De oorspronkelijke tekst van artikel 2:135 BW zoals die in oktober 2004 luidde, is het resultaat van twee amendementen⁷⁴ die zijn overgenomen in de tweede nota van wijziging.⁷⁵ Uit de toelichting op deze nota blijkt dat de regering tegemoet wil komen aan de “bezorgdheid over de bezoldiging van bestuurders van (vooral) beursgenoteerde vennootschappen”.⁷⁶ Er is twijfel gerezen over de vraag of de raad van commissarissen het belang van de vennootschap wel vooropstelt bij het vaststellen van de beloning. Reden voor deze twijfel is het ‘old boys netwerk’ waartoe commissarissen én bestuurders vaak behoren alsmede de informatievoorsprong die commissarissen en bestuurders hebben ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders. De algemene vergadering heeft geen middelen om in te grijpen als zij het met het beleid van de raad van commissarissen niet eens is, aldus nog steeds de toelichting op de tweede nota van wijziging. Ondanks deze doelstelling staat expliciet in de toelichting, zonder verdere uitleg, dat de regeling van toepassing is op *alle* naamloze vennootschappen. Hierop wordt in de verdere parlementaire behandeling niet verder ingegaan. Wel is de doelstelling iets algemener omschreven in een brief van de Minister van Justitie van 3 september 2003: “[h]et voorgestelde artikel 2:135 beoogt een scheefgroei in de vennootschappelijk verhoudingen te herstellen. Krachtens het bestaande artikel 2:135 BW stellen de aandeelhouders de bezoldiging van bestuurders vast. In de praktijk delegeren zij deze bevoegdheid aan de commissarissen. Dat is praktisch als het gaat om de vaststelling van de bezoldiging van een individuele bestuurder. Maar indien de aandeelhouders niet althans een deel van de besluitvorming aan zich houden, wordt het evenwicht in de machtsverhoudingen binnen de vennootschap op dit punt verstoord. Het gewijzigde artikel herstelt die verhoudingen.”⁷⁷

Dit herstel van de verhoudingen is gebeurd door de algemene vergadering een vaste rol te geven. De algemene vergadering stelt krachtens lid 1 het beleid op het terrein van de bezoldiging van het bestuur vast. Dit artikellid bepaalt eveneens welke onderwerpen in het bezoldigingsbeleid tot uitdrukking moeten komen: die onderwerpen die zijn omschreven in artikel 2:383c t/m e BW. Lid 2 regelt de rol van de ondernemingsraad. Tot 1 juli 2010 was die beperkt tot het kennisnemen van het bezoldigingsbeleid “gelijktijdig met de aanbieding aan de algemene vergadering van aandeelhouders”. Op het eerste gezicht is deze bepaling wat vreemd. Lid 1 bepaalt immers dat het juist de algemene vergadering is die het beleid vaststelt. Uit de

74 Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nrs. 8 en 29, amendementen Douma/Kant en De Vries.

75 Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 31. Zie ook – uitgebreid – paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk.

76 Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 31, p. 6.

77 Kamerstukken II 2003/04, 28 179, nr. 51, p. 2.

toelichting⁷⁸ blijkt dat het de bedoeling is dat in de praktijk de raad van commissarissen het voorstel maakt voor het besluit tot vaststelling van een beleid. Op welk moment en door wie het concept-beleid aan de ondernemingsraad moet worden aangeboden als sprake is van een naamloze vennootschap zonder raad van commissarissen, wordt niet duidelijk. Het meest voor de hand ligt dat de algemene vergadering het voorstel, voordat het wordt vastgesteld, ter kennisneming aan de ondernemingsraad stuurt.⁷⁹

Is sprake van een NV met een one tier board, dan is niet helemaal duidelijk of de bezoldiging van uitvoerend bestuurders kan worden vastgesteld door de niet-uitvoerend bestuurders. In artikel 2:135 lid 4 BW is immers bepaald dat de bezoldiging van bestuurders door de algemene vergadering wordt vastgesteld, tenzij in de statuten een *ander orgaan* is aangewezen. De niet uitvoerend bestuurders in een one tier board, zijn geen orgaan in de zin van Boek 2 BW. Artikel 2:245 BW is ruimer geformuleerd. Daar staat dat de algemene vergadering bevoegd is de bezoldiging vast te stellen tenzij de statuten *anders bepalen*. Toch lijkt uit de parlementaire geschiedenis te volgen dat ook bij de one tier board van een NV de beloning van de uitvoerend bestuurders kan worden vastgesteld door de niet-uitvoerend bestuurders.⁸⁰

78 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 179, nr. 31, p. 6. In tekst zoals voorgesteld in het amendement Douma/Kant dat aan artikel 2:135 BW ten grondslag ligt wordt nog met zoveel woorden gezegd dat *indien* de vennootschap een raad van commissarissen heeft, deze het beloningsbeleidsplan opstelt.

79 In de parlementaire geschiedenis is aandacht besteed aan de vraag wat precies de rol van de ondernemingsraad is. In de brief van 3 september 2003 (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 179, nr. 51) schrijft de Minister van Justitie dat hij toezending van het beleid voorafgaand aan de vaststelling niet juist acht omdat dat beoogt de ondernemingsraad in staat te stellen een oordeel te geven. De discussie of dit zou moeten hoort volgens de minister thuis in de behandeling van het initiatiefwetsvoorstel Harrewijn. Opvallend is dat de minister met betrekking tot het recht van de ondernemingsraad op informatie verwijst naar de artikelen 31a en b van de WOR. Het beloningsbeleid kan volgens de minister tot het financieel en/of sociaal beleid gerekend worden, zodat de informatie over het beloningsbeleid na vaststelling aan de ondernemingsraad moet worden verstrekt. Of de informatieverplichting in het tweede lid van artikel 2:135 BW op dit gebied dus veel toevoegt is de vraag (zie ook Holtzer 2004 en Van Slooten 2004 die zich eveneens de vraag stellen wat dit 'informatierecht' toevoegt aan de bestaande rechten van de ondernemingsraad). Dat in ieder geval destijds niet is beoogd aan de ondernemingsraad meer dan een recht op informatie toe te kennen blijkt uit het antwoord van de minister op het voorlopig verslag van de Eerste Kamer. De minister beantwoordt de vraag van de CDA-fractie of het niet voor de hand had gelegen om de ondernemingsraad een adviesrecht toe te kennen, ontkennend. De bevoegdheden van de ondernemingsraad, anders dan informatierechten, dienen binnen andere kaders te worden besproken, aldus de minister (*Kamerstukken I* 2003/04, 28 179, B, p. 14 en 15).

80 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 24-26. Zie hierover ook de noot van Van Schilfgaarde onder HR 6 januari 2012, *NJ* 2012, 336 m.nt. Van Schilfgaarde (*Imeko/Breesch*) en (kritisch) Assink 2015.

5.3.2.2 Standpuntbepalingsrecht ondernemingsraad

De rol van de ondernemingsraad is uitgebreid per 1 juli 2010: er is een standpuntbepalingsrecht ingevoerd.⁸¹

In het coalitieakkoord van 2007 is opgenomen dat de ondernemingsraad een adviesrecht krijgt met betrekking tot het bezoldigingsbeleid voor bestuurders. De regering heeft hieraan uitvoering gegeven door een nieuw artikel 2:135a BW voor te stellen.⁸² Dit voorontwerp is later samengevoegd met andere standpuntbepalingsrechten van de ondernemingsraad in één wetsvoorstel.⁸³ Hierin krijgt de ondernemingsraad het recht om zijn standpunt te bepalen over belangrijke bestuursbesluiten, benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en over het bezoldigingsbeleid. Anders dan in het voorontwerp wordt geen nieuw artikel geïntroduceerd, maar wordt artikel 2:135 lid 2 BW aangepast. Het beloningsbeleid moet niet alleen tegelijkertijd aan de algemene vergadering en aan de ondernemingsraad worden aangeboden, de ondernemingsraad moet voordat de algemene vergadering plaatsvindt in de gelegenheid worden gesteld een standpunt over het bezoldigingsbeleid in te nemen. De ondernemingsraad kan via zijn voorzitter of een ander aangewezen lid het standpunt van de ondernemingsraad in de algemene vergadering toelichten. De vennootschap noch de algemene vergadering is verplicht het standpunt van de ondernemingsraad over te nemen. Evenmin bestaat een verplichting te motiveren waarom het standpunt niet wordt overgenomen. In de uiteindelijke memorie van toelichting wordt toegelicht waarom geen motiveringsplicht is opgenomen. De reden is tweeledig. In de eerste plaats kunnen aandeelhouders hun stem al uitbrengen voor de aandeelhoudersvergadering door een volmacht te verlenen. In die volmacht staat hoe moet worden gestemd, maar niet waarom. De motieven van aandeelhouders om op een bepaalde manier te stemmen blijven aldus onzichtbaar en kunnen onderling ook zeer verschillen. Daarbij komt dat aandeelhouders van NV's regelmatig in het buitenland zijn gevestigd én dat zij niet gehouden zijn zich bij het uitbrengen van hun stem te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.⁸⁴

De gevolgen van niet-naleving van deze bepaling (door de ondernemingsraad niet in de gelegenheid te stellen een standpunt in te nemen) waren in het voorontwerp niet geregeld. Het uiteindelijk ingevoerde lid 2 bepaalt uitdrukkelijk dat het ontbreken

81 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250, inwerkingtreding 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 251.

82 Ambtelijk voorontwerp "wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een recht door de ondernemingsraad om een standpunt te bepalen over het bezoldigingsbeleid bij naamloze vennootschappen."

83 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250, inwerkingtreding 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 251: "Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een recht voor de ondernemingsraad om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten, besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid."

84 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 877, nr. 3, p. 4.

van een standpunt de besluitvorming inzake het bezoldigingsbeleid niet aantast.⁸⁵ Met Zaal⁸⁶ ben ik van mening dat vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW meer voor de hand had gelegen. De conceptmemorie van toelichting vermeldt expliciet dat het standpuntbepalingsrecht over de beloning vergelijkbaar is met artikel 2:161a/271a lid 3 BW (het standpuntbepalingsrecht bij collectief ontslag van commissarissen). Zaal wijst er op dat uit de parlementaire geschiedenis van die artikelen blijkt dat schending leidt tot vernietigbaarheid van het besluit tot collectief ontslag. Hetzelfde zou, gelet op de verwijzing naar deze artikelen, moeten gelden voor het besluit dat de wijzigingen in het bezoldigingsbeleid vaststelt zonder dat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld zijn standpunt te geven. De ratio voor het niet opnemen van een sanctie op niet naleving van de bepaling is dat de opiniërende rol die de ondernemingsraad wordt toegekend de kwaliteit van de besluiten ten goede zal komen. De dialoog, het daarmee gecreëerde draagvlak voor de te nemen besluiten en de noodzaak dat alle bij de besluitvorming betrokkenen over de juiste informatie kunnen beschikken op zichzelf en in samenhang bezien zullen ondermeer aanleiding zijn om voorschriften na te leven. Daarom en vanwege het feit dat zulks voor het vestigingsklimaat niet bevorderlijk zou zijn, is er voor gekozen om geen sancties op te nemen voor die gevallen waarin de ondernemingsraad niet in de gelegenheid wordt gesteld zijn standpunt kenbaar te maken. Daarmee zou, aldus nog steeds het kabinet, de voorgestelde regeling kunnen verworden tot een adviesrecht waarmee de besluitvorming in de vennootschap wordt geblokkeerd, hetgeen niet wenselijk is.⁸⁷ Hiermee is het standpuntbepalingsrecht een tandeloos wapen voor de ondernemingsraad.⁸⁸ De ondernemingsraad heeft uitdrukkelijk geen rol bij het vaststellen van de individuele bezoldiging van bestuurders. De (concept)memorie van toelichting merkt – terecht – op dat dit ook niet zou passen bij de bevoegdheden van de ondernemingsraad die immers niet liggen op het gebied van de primaire arbeidsvoorwaarden, noch zien op individuele gevallen. Ter Haseborg⁸⁹ ziet dit anders en is van oordeel dat met het standpuntbepalingsrecht het uitgangspunt dat de ondernemingsraad zich niet met primaire arbeidsvoorwaarden bezighoudt, wordt losgelaten. Het bezoldigingsbeleid vult volgens hem tot in groot detail de primaire arbeidsvoorwaarden voor de (individuele) bestuurder in en door de ondernemingsraad daarbij te betrekken wordt gebroken met het eerder genoemde uitgangspunt. Ik denk dat dit

85 Voor zover er nog onduidelijkheid mocht bestaan over de vraag of met 'het ontbreken van dat standpunt' wordt bedoeld op de situatie waarin de ondernemingsraad geen standpunt geeft of ook op de situatie waarin de ondernemingsraad niet om een standpunt wordt gevraagd heeft de wetgever duidelijkheid verschaft tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer. Naar aanleiding van vragen van de PvdA-fractie zegt de minister van justitie het volgende: *"Daarmee wordt bedoeld dat een besluit dat is genomen zonder dat de ondernemingsraad in de gelegenheid is gesteld zijn standpunt kenbaar te maken, niet nietig of vernietigbaar is in de zin van artikel 2:14 BW respectievelijk artikel 2:15 BW. Met deze bepaling worden alle vormen van nietigheid en vernietigbaarheid uitgesloten, vernietigbaarheid op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW daaronder begrepen."* Kamerstukken I 2009/10, 31 877, C, p. 4 en 5. De wetgever wijst er voorts op dat de ondernemingsraad het standpuntbepalingsrecht via een civielrechtelijk kort geding zou kunnen afdwingen.

86 Zaal 2009a, p. 25 en Van Slooten & Zaal 2008, p. 300 l.k.

87 Kamerstukken II 2008/09, nr. 3, p. 3.

88 Vgl. Ter Haseborg 2008, p. 304.

89 Ter Haseborg 2008, p. 304.

genueanceerder ligt. Pas als het beleid telkenmale bij het aantreden van een nieuwe bestuurder wordt aangepast, dan zou de stelling opgaan dat de ondernemingsraad zich door zijn standpuntrecht bemoeit met individuele arbeidsvoorwaarden. De nieuwe bepaling heeft, vanwege het gebrek aan sancties, geen direct gevolg voor de rechtsverhouding tussen de naamloze vennootschap en de bestuurder.

5.3.2.3 *Individuele bezoldiging*

De leden 4 en 5 van artikel 2:135 BW gaan over het vaststellen van de individuele bezoldiging. De bevoegdheid daartoe ligt bij de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de statuten anders bepalen (dezelfde regeling dus als voor de BV, artikel 2:245 BW). Het vaststellen van de bezoldiging is geen bevoegdheid die dwingendrechtelijk geregeld is. De vennootschap kan in de statuten afwijken van de wettelijke regeling. Is in de statuten inderdaad een ander orgaan aangewezen om de bezoldiging vast te stellen, dan heeft de algemene vergadering nog wel een goedkeuringsrecht met betrekking tot regelingen in de vorm van aandelen of opties (lid 5). Reden voor dit goedkeuringsrecht is dat door het toekennen van aandelen of opties de samenstelling van de algemene vergadering kan veranderen. Relevant is dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het tot vaststellen van de bezoldiging bevoegde orgaan niet aantast (laatste volzin lid 5).

Ook hier geldt – net als voor de BV – dat als een onbevoegd orgaan de bezoldiging vaststelt, dat besluit nietig is (en niet vernietigbaar).⁹⁰ De totstandkoming van het besluit dient verder te voldoen aan de wettelijke en statutaire regels voor besluitvorming in de algemene vergadering. Wordt daaraan niet voldaan, dan is de sanctie krachtens artikel 2:15 lid 1 sub a BW vernietigbaarheid.

Interessant is de vraag of een individueel bezoldigingsbesluit dat in strijd is met het bezoldigingsbeleid nietig of vernietigbaar is. Anders gezegd: dwingt artikel 2:135 BW het orgaan dat de individuele beloning vaststelt zich aan het bezoldigingsbeleid te houden, op straffe van (ver)nietig(baar)heid? De parlementaire geschiedenis zwijgt hierover.

De eerste vraag die moet worden beantwoord is of een individueel bezoldigingsbesluit in strijd met het bezoldigingsbeleid een besluit in strijd met de wet is (artikel 2:14 lid 1 BW, nietigheid) of in strijd met wettelijke bepalingen over de totstandkoming van het besluit (artikel 2:15 lid 1 sub a BW, vernietigbaarheid). De – schaarse – literatuur is hierover niet eenduidig. Groffen⁹¹ meent dat een bezoldigingsbesluit dat buiten de grenzen van het bezoldigingsbeleid treedt, rechtsgeldig is. Van Veen⁹² stelt

90 HR 15 september 1995, NJ 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*), vgl. hierover ook de beschrijving van de BV (paragraaf 5.3.1.1 van dit hoofdstuk).

91 Groffen 2004, p. 25.

92 Van Veen 2005, p. 209 l.k.

vast dat aan een dergelijk bezoldigingsbesluit wel een gebrek kleeft en laat in het midden of sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid. De oplossing moet volgens hem worden gezocht in artikel 2:16 lid 2 BW: het gebrek kan de bestuurder niet worden tegengeworpen, tenzij het hij het gebrek kende. Meijer-Wagenaar⁹³ stelt zich op het standpunt dat een bezoldigingsbesluit in strijd met het beleid een nietig besluit is, vanwege strijd met de wet. Zij verbindt vervolgens aan de nietigheid van een bezoldigingsbesluit vergaande consequenties: een eventuele arbeidsovereenkomst is dan niet rechtsgeldig tot stand gekomen (zie voor commentaar op deze redenering hierna onder 3.4). Van Slooten & Zaal⁹⁴ gaan er ook vanuit dat uit het systeem van de wet volgt dat sprake is van nietigheid. Zij menen echter dat die sanctie niet past bij de regeling omdat de woorden 'beleid' en 'met inachtneming van' duiden op een mogelijkheid om af te wijken.

Geen van de auteurs stellen zich – expliciet – op het standpunt dat sprake is van een vernietigbaar besluit. Ik vind daar wel iets voor te zeggen. Onder regels met betrekking tot de totstandkoming van besluiten wordt meestal verstaan de regels omtrent oproeping en stemming. Zo bezien valt de regel van artikel 2:135 lid 4 BW daar niet onder. Aan de andere kant geeft de wet wel een regel over hoe de besluitvorming tot stand moet komen, namelijk met inachtneming van het beleid. Vernietigbaarheid lijkt mij een sanctie die beter past bij de bepaling dan nietigheid. Daarbij komt het volgende. De Code Frijns gaat er (voor beursgenoteerde vennootschappen) van uit dat een reglement bestaat voor de remuneratiecommissie van de raad van commissarissen. Het is meer dan aannemelijk dat in dat reglement is opgenomen dat de individuele bezoldiging van bestuurders wordt vastgesteld met inachtneming van het bezoldigingsbeleid. Besluitvorming in strijd met een reglement is vernietigbaar (artikel 2:15 lid 1 sub c BW). Ook dit is een argument om de sanctie vernietigbaarheid en niet nietigheid te aanvaarden.

Er is bij mijn weten slechts één rechterlijke uitspraak waar deze kwestie aan de orde is geweest. Het betreft de zaak *De Vries/Econosto*.⁹⁵ In deze zaak stelt de vennootschap zich op het standpunt dat een overeengekomen afvloeiingsregeling nietig is wegens strijd met het bezoldigingsbeleid. De rechtbank overweegt in r.o. 5.3 dat *verdedigbaar* is dat een bezoldigingsbesluit dat afwijkt van het bezoldigingsbeleid nietig is wegens strijd met de wet. Het is echter niet zonder meer duidelijk dat het betreffende bezoldigingsbesluit daadwerkelijk buiten het kader van het bezoldigingsbeleid valt. Deze ene uitspraak is naar mijn oordeel te weinig om te concluderen dat uit de jurisprudentie blijkt dat nietigheid hier de juiste sanctie is.

De volgende vraag is hoe 'met inachtneming van het bezoldigingsbeleid' moet worden uitgelegd. Betekent het dat het bevoegd orgaan er blijk van moet geven dat hij het beleid bij zijn besluitvorming heeft betrokken, of moet het beleid 'gewoon'

93 Meijer-Wagenaar 2006, p. 687 r.k.

94 Van Slooten & Zaal 2008, p. 299 l.k.

95 Rb. Rotterdam 30 maart 2011, JAR 2001/128 (*De Vries/Econosto*).

één op één worden toegepast? Van Slooten & Zaal⁹⁶ menen dat zowel de term 'met inachtneming van' als de term 'beleid' ruimte geven om, in een individueel geval, anders te beslissen, aldus. Meijer-Wagenaar en Van Veen laten de tekstuele uitleg niet meewegen, maar gaan uit van een gebrek dat moet worden opgelost aan de hand van artikel 2:16 lid 2 BW: het gebrek kan de bestuurder alleen worden tegengeworpen als hij het kende. Meijer-Wagenaar stelt zich op het standpunt dat hierbij de positie van de bestuurder zal meebrengen dat hij zelden te goeder trouw is. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij weet dat er een bezoldigingsbeleid is en wat dat beleid inhoudt.

Aan Van Slooten & Zaal moet worden toegegeven dat de tekstuele uitleg van de bepaling ruimte laat voor afwijking. Ik meen echter dat dat niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Ratio van de invoering van het bezoldigingsbeleid is immers geweest een deel van de bevoegdheid over de bestuurdersbezoldiging te beslissen bij de algemene vergadering te beleggen, óók als de algemene vergadering er voor kiest de bezoldigingsbevoegdheid in individuele gevallen aan de raad van commissarissen te delegeren. Zou het vervolgens het bevoegd orgaan vrij staat anders te beslissen en het beleid naast zich neer te leggen, dan wordt geen recht gedaan aan de bedoeling van de wetgever. Iets anders is dat het beleid zelf door de wijze waarop het is opgesteld veel ruimte laat aan het bevoegde orgaan. Het gebruik maken van de ruimte is uiteraard wel toegestaan. Anders gezegd: als het beleid geen enkele ruimte voor invulling laat, dan heeft de raad van commissarissen zich daar aan te houden. Daarbij moet worden bedacht dat de raad van commissarissen zelf ook een rol heeft bij het opstellen van het beleid. Ook hierom lijkt vernietigbaarheid mij een juistere sanctie: de algemene vergadering heeft een jaar om vernietiging te vorderen. Doet zij dat niet, dan kan zij zich kennelijk in de afwijking van het beleid vinden.

5.3.2.4 Openbaarmaking en de rol van de ondernemingsraad

De openbaarmakingsverplichtingen voor de gewone en structuur NV zijn dezelfde als voor de BV: voor de jaarrekening geldt artikel 2:383 BW en op grond van artikel 31d WOR heeft de ondernemingsraad recht op informatie over de beloningen van de bestuurders (zie onder 5.3.1). Uit het voorgaande volgt dat de ondernemingsraad voorts op grond van artikel 2:135 lid 2 BW recht heeft op kennisname van het bezoldigingsbeleid vóórdat het wordt vastgesteld en zijn standpunt mag bepalen.

Voor de open NV gelden uitgebreidere regels voor de vermelding van de bestuurdersbezoldiging in de jaarrekening. De artikelen 2:383a t/m e BW voorzien in een gedetailleerde opgave per bestuurder. Daarnaast geldt, net als voor de BV en de NV artikel 31d WOR en, net als voor de NV, artikel 135 lid 2 BW, het standpuntbepalingsrecht.

⁹⁶ Van Slooten & Zaal 2008, p. 299, r.k.

5.3.3 De beursgenoteerde NV

Is de open NV beursgenoteerd, dan gelden aanvullende wettelijke regels voor openbaarmaking en geldt tevens de Nederlandse corporate governance code.⁹⁷ De code bevat wat de beloning van bestuurders (en commissarissen) betreft zowel regels over de besluitvorming en de openbaarmaking als over de inhoud van de bezoldiging. Deze regels worden hieronder weergegeven.

5.3.3.1 Besluitvorming

De code gaat ervan uit dat de besluitvorming omtrent de individuele bezoldiging statutair gedelegeerd is aan de raad van commissarissen (principe II.2).⁹⁸ Dit is conform de mogelijkheid die artikel 2:135 lid 3 BW biedt. Ook bij het vaststellen van het bezoldigingsbeleid is een rol voor de raad van commissarissen weggelegd. Blijkens best practice II.2.1 stelt de raad van commissarissen het bezoldigingsbeleid op. Het beleid wordt uiteindelijk vastgesteld door de algemene vergadering (principe II.2). De raad van commissarissen heeft een remuneratiecommissie ingesteld (principe II.5, best practice III.5.10 t/m 13). Deze commissie doet een voorstel aan de raad van commissarissen betreffende het te voeren bezoldigingsbeleid en doet een voorstel inzake de bezoldiging van de individuele bestuurders. De laatste taak van de remuneratiecommissie is het opmaken van het remuneratierapport (zie onder paragraaf 5.3.3.2 *Openbaarmaking*). Alvorens de individuele bezoldiging vast te stellen, dient de raad van commissarissen een scenario-analyse te maken ten aanzien van de mogelijke uitkomsten van de variabele bezoldigingscomponenten. De niet-naleving van deze voorschriften heeft geen gevolgen voor de geldigheid van de besluitvorming. Wel dient in het jaarverslag uitgelegd te worden waarom is afgeweken van de principes of best practices. Uiteraard geldt artikel 2:135 BW onverkort.

5.3.3.2 Openbaarmaking

Voor de beursgenoteerde vennootschap geldt artikel 31d WOR op dezelfde wijze als voor de gewone NV. Naast artikel 2:383c-e BW gelden echter aanvullende vereisten. In de eerste plaats bepaalt artikel 2:391 lid 2 BW dat in het jaarverslag mededeling gedaan moet worden van het bezoldigingsbeleid en de wijze waarop het beleid in praktijk is gebracht. Daarnaast stelt de Code Frijns aanvullende eisen: (i) het remuneratierapport moet op de website van de vennootschap worden geplaatst; (ii) de belangrijkste elementen van het contract van de bestuurder worden gepubliceerd en (iii) in het verslag van de raad van commissarissen dat deel uitmaakt van de jaarstukken van de vennootschap moeten de hoofdlijnen van het remuneratierapport worden opgenomen.

⁹⁷ Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.4 over de Corporate governance code.

⁹⁸ Zie ook het Derde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate governance code, december 2007 van de Monitoring Commissie Corporate governance code.

Het remuneratierapport wordt opgemaakt door de remuneratiecommissie (best practice II.5.10 sub c) en bevat zowel een verantwoording van de wijze waarop het bezoldigingsbeleid in het afgelopen boekjaar in de praktijk is gebracht als een overzicht van het beleid voor het komende boekjaar (en de jaren daarna). Ook moet worden vermeld hoe het gekozen bezoldigingsbeleid bijdraagt aan de langetermijndoelstellingen van de vennootschap (best practice II.2.12). Welke elementen dat overzicht minimaal moet bevatten is opgenomen in best practice II.2.13 en omvat meer dan de artikelen 2:383c-e BW voorschrijven:

- Schematisch overzicht van de kosten die de vennootschap heeft gemaakt met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders, uitgesplitst naar vast salaris, contante jaarbonus, toegekende aandelen, opties en pensioenrechten en overige emolumenten;
- Een vermelding dat de scenarioanalyses zijn gemaakt;
- Per bestuurder de bandbreedte waarbinnen in het boekjaar toegekende voorwaardelijke aandelen of op aandelen gebaseerde beloningscomponenten minimaal en maximaal kan komen te liggen bij verkrijging;
- Tabel met informatie over aandelen (waarde, huidige status, tijdstip vrije beschikking etc);
- De samenstelling van de peer group aan de hand waarvan het bezoldigingsbeleid mede is bepaald;
- Beschrijving van de prestatiecriteria (behoudens concurrentiegevoelige informatie) en van het discretionair door de raad van commissarissen vast te stellen gedeelte;
- Samenvatting van de methode die zal worden gehanteerd om vast te stellen of aan de prestatiecriteria is voldaan;
- Verantwoording van de relatie tussen de prestatiecriteria en de gehanteerde strategiedoelstellingen en van de relatie tussen bezoldiging en prestatie;
- Geldende pensioenregelingen en daarmee samenhangende kosten;
- Overeengekomen regelingen voor vervroegd uittreden.

De gegevens onder het eerste gedachtestreepje en de laatste twee vallen in grote lijnen samen met de verplichtingen ex artikel 2:383c-e BW. De overige onderwerpen zijn extra eisen. Het is niet op het eerste gezicht duidelijk onder welk gedachtestreepje de eventueel vooraf overeengekomen afvloeiingsregeling valt. Mij zou lijken de post 'overige emolumenten'. Verschil met de vereisten ex artikel 2:383c-e BW is voorts dat het in die artikelen gaat om kosten die ten laste komen van het betreffende boekjaar. In het remuneratierapport moeten ook de mogelijke kosten (bijvoorbeeld van voorwaardelijk toegekende aandelen) worden meegenomen. De hoofdlijnen van het rapport moeten worden opgenomen in het verslag van de raad van commissarissen dat blijkens best practice bepaling III.1.2 deel uitmaakt van de jaarstukken van de vennootschap (principe II.2).

Naast het remuneratierapport moeten de belangrijkste elementen uit het contract van de individuele bestuurder na het sluiten van dat contract gepubliceerd worden (best practice II.2.4). Interessant is de timing die de Code Frijns voorschrijft: uiterlijk bij de oproeping voor de algemene vergadering waar de benoeming van de bestuurder wordt voorgesteld. De commissie gaat er dus kennelijk van uit dat het good governance is eerst een overeenkomst met de bestuurder te sluiten en daarna het

bevoegde orgaan te laten besluiten over de benoeming. Uit de zaak *AHOLD*⁹⁹ blijkt dat dit wel kan wringen. Door de Ondernemingskamer is in die zaak onderkend dat het in de onderhandelingen met de beoogde bestuurder Moberg bereikte resultaat de algemene vergadering erg weinig ruimte bood tot een andere beslissing te komen dan de goedkeuring van diens benoeming. De *AHOLD*-zaak, maar ook het uitgangspunt van de Code Frijns legt een spanningsveld bloot. Niet alleen tussen de contractuele band en de vennootschapsrechtelijke, maar ook binnen de machtsverhoudingen binnen de vennootschap: het mag zo lijken dat de algemene vergadering het laatste woord heeft over wie bestuurder van de vennootschap is (want de algemene vergadering benoemt en ontslaat), dat laatste woord is minder machtig als een ander orgaan (de raad van commissarissen) bevoegd is de voorwaarden van benoeming en ontslag vast te stellen: de afvloeiingsregeling, al dan niet bij voorbaat overeengekomen.

Het omgekeerde geldt overigens ook: een voordrachtsrecht om te benoemen, geeft niet ook de bevoegdheid te beslissen over de arbeidsvoorwaarden, zo blijkt uit de *TNO*-zaak.¹⁰⁰ Hoewel deze zaak niet gaat over een NV of een BV maar over de publieke rechtspersoon TNO, is de casus interessant vanwege het oordeel over de verhouding tussen de benoemingsbevoegdheid (die in deze zaak bij de Staat ligt) en de bezoldigingsbevoegdheid (die hier bij de raad van toezicht ligt). TNO is een bij wet ingestelde publieke rechtspersoon. De Kroon heeft krachtens die wet de bevoegdheid de leden van de raad van bestuur te benoemen. Drie van de vier leden en de voorzitter worden benoemd op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en het vierde lid wordt benoemd op voordracht van de Minister van Defensie. Deze laatste voordracht wordt gedaan nadat de raad van toezicht van TNO en de raad voor het defensieonderzoek een gemeenschappelijke aanbeveling hebben gedaan. Krachtens de wet berust de bevoegdheid de bezoldiging van de individuele leden van de raad van bestuur vast te stellen bij de raad van toezicht.

De raad van toezicht doet dat op voorstel van de remuneratiecommissie en binnen de grenzen van het vastgestelde bezoldigingsbeleid. In 2008 doet de raad van toezicht samen met de raad voor defensieonderzoek een aanbeveling aan de Minister van Defensie. Bij de aanbeveling is vermeld dat de hoogte van bezoldiging door de raad van toezicht wordt vastgesteld. De minister laat TNO weten dat de aanbeveling zijn steun heeft voor zover het gaat om de inhoudelijke geschiktheid, maar dat zorgen bestaan over het inkomen. De aanbevolen persoon geniet namelijk een uitkering op grond van de Uitkeringswet gewezen militairen (UKW) zonder dat een anticumulatieregeling van toepassing is. De minister verzoekt de raad van toezicht rekening te houden met de maatschappelijke discussie en het kabinetsbeleid (Commissie Dijkstal). De raad van toezicht laat de minister vervolgens weten de bezoldiging vast te willen stellen op € 222.000 bruto per jaar. Dit ligt boven de norm van het gemiddelde

99 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005, 6 m.nt. Josephus Jitta (*AHOLD*), ook besproken in hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.1(b).

100 Rb. Den Haag (vzr.) 30 december 2008, *JAR* 2009/32 (*TNO/De Staat*).

ministerssalaris en samen met de UKW-uitkering komt het neer op een jaarinkomen van ruim € 310.000 bruto per jaar. De minister heeft TNO vervolgens laten weten geen voorstel in de ministerraad te brengen tot het doen van een voordracht voor de aanbevolen kandidaat.

TNO vordert in kort geding de Staat te veroordelen tot het voordragen van de aanbevolen persoon. Volgens TNO heeft de minister niet de bevoegdheid de voordracht te weigeren wegens het salaris. De bevoegdheid het salaris te bepalen is immers voorbehouden aan de raad van toezicht. Door de bevoegdheden met betrekking tot de benoeming te gebruiken om salarisbeleid te voeren maakt de minister zich schuldig aan détournement de pouvoir. TNO stelt voorts geen publieke instelling te zijn waardoor de verwijzing naar de Balkenende-norm niet relevant is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat wel degelijk sprake is van een publieke instelling. De vraag of het salarisbeleid mag worden meegewogen bij de besluitvorming over de benoeming beantwoordt de voorzieningenrechter ontkennend. Vast staat dat de weigering uitsluitend verband houdt met de hoogte van het salaris en niet met de (inhoudelijke) geschiktheid van de kandidaat. De bevoegdheid een voordracht te doen is de bevoegdheid van de minister. Die bevoegdheid strekt echter niet zover dat de minister de voordracht kan weigeren in verband met de hoogte van het salaris. Daarmee treedt de minister in het salarisbeleid van TNO terwijl dit beleid uitdrukkelijk is voorbehouden aan de raad van toezicht. De voorzieningenrechter weegt hierbij mee dat uit de parlementaire geschiedenis van de TNO-wet blijkt dat uitdrukkelijk is afgezien van (mede)besturing van TNO door de overheid. Dit houdt een begrenzing van de ministeriële verantwoordelijkheid in. De minister kan zijn goedkeuring aan de benoemingsvoordracht van de beoogde kandidaat niet weigeren uitsluitend vanwege de salariëring. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat de Staat niet kan worden veroordeeld tot het nemen van een positief benoemingsbesluit omdat dat een bevoegdheid is van de Kroon. De Voorzieningenrechter verbiedt de Staat wel de salariëring mee te wegen bij de voordracht tot de benoeming.

Kortom, er is een duidelijk verschil tussen de bevoegdheden omtrent benoeming en de bevoegdheden met betrekking tot bezoldiging.

Inhoud

Anders dan Boek 2 geeft de Code Frijns ook voorschriften met betrekking tot de hoogte en structuur van de vast te stellen bezoldiging. Het meest in het oog loopt uiteraard de bepaling dat een afvloeiingsregeling niet meer dan een jaarsalaris mag bedragen, tenzij dat kennelijk onredelijk is voor een bestuurder die in de eerste benoemingstermijn wordt ontslagen. In dat geval mag de vergoeding bij ontslag niet meer bedragen dan twee jaarsalarissen (best practice II.2.8). Met een jaarsalaris wordt het vaste deel van de bezoldiging bedoeld. Deze bepaling heeft, samen met de benoemingstermijn van vier jaar, de meeste arbeidsrechtelijke pennen in beweging gebracht.¹⁰¹ Dit is niet geheel onlogisch nu beide bepalingen niet volledig compatibel lijken met de arbeidsrechtelijke regelgeving. Ook is de grens van een jaarsalaris nogal

¹⁰¹ Zie onder meer: Asscher-Vonk 2003, Even 2003, Grapperhaus 2003, 2004a en Verburg 2004a.

willekeurig en sluit niet aan bij de gebruikelijke arbeidsrechtelijke wijze van het berekenen van een (ontbindings)vergoeding,¹⁰² net zo min als het buiten beschouwing laten van het variabele deel van de beloning dat doet. Ook de term 'kennelijk onredelijk' is verwarrend. Arbeidsrechtelijk verwijst die term naar de mogelijkheid van artikel 7:681 BW schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking te vorderen als de opzegging kennelijk onredelijk is.¹⁰³ Nergens blijkt dat de Commissie corporate governance heeft willen verwijzen naar deze procedure. Uit de toelichting blijkt dat het maximum van een jaarsalaris bijvoorbeeld kennelijk onredelijk is indien de bestuurder voorafgaand aan zijn benoeming een langdurig dienstverband met de vennootschap heeft gehad. In de zin van artikel 7:681 BW hoeft deze omstandigheid helemaal niet te leiden tot het oordeel 'kennelijk onredelijk'.

Uit de toelichting op best practice II.2.8 blijkt voorts dat bij een vertrek op eigen verzoek in beginsel geen vergoeding wordt toegekend. Herhaald wordt dat falend beleid (onbehoorlijk bestuur of fraude) van een bestuurder niet dient te worden beloond. De laatste best practice over de hoogte van de bezoldiging bepaalt ten slotte dat aan de bestuurder geen leningen worden verstrekt, tenzij dit tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap behoort. Verstrekte leningen worden niet kwijtscholden (II.2.9).

Naast deze concrete bepalingen over de hoogte van de beëindigingsvergoeding bepaalt de code dat de verhouding tussen de variabele en vaste looncomponenten passend moet zijn. Noch in de code, noch in de toelichtingen daarop, is te vinden wat onder passend moet worden verstaan. Ten slotte bevat de code inhoudelijke regels over opties: de uitoefentermijn is minimaal drie jaar na toekenning en aandelen die worden toegekend zonder dat de bestuurder daarvoor betaalt dienen ten minste vijf jaar te worden aangehouden, of tot het einde van het dienstverband als dat korter is. Ook de uitoefenprijs van opties wordt gereguleerd: de uitoefenprijs van opties wordt niet lager gesteld dan een verifieerbare koers of een verifieerbaar koersgemiddelde overeenkomstig de handel op de gereguleerde markt op één of meer te voren vastgestelde dagen. Aanpassing van de uitoefenprijs of overige voorwaarden van de toegekende opties is in beginsel niet toegestaan. Hiervoor geldt een uitzondering als structuurwijzigingen ten aanzien van de aandelen of de vennootschap conform bestendige marktpraktijk daartoe noodzaken. Uit de toelichting blijkt dat dat het geval kan zijn bij splitsing en samenvoeging van aandelen, de gevolgen van een fusie of overname waarbij de opties worden 'doorgerold' naar de aandelen van de bieder en de uitkering van een superdividend.

102 Via de kantonrechttersformule, zoals neergelegd in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters, die gebruikt wordt bij het op grond van art. 7:685 BW vaststellen van een ontbindingsvergoeding. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid verdwijnt de ontbindingsvergoeding.

103 Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 bestaat deze mogelijkheid niet meer. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.4.2 en 6.4.3.

Andere inhoudelijke bepalingen zijn de 'claw back'- en 'ultimum remedium'-bepaling. De code bepaalt in best practice II.2.10 dat de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft "de waarde van een in een eerder boekjaar toegekende voorwaardelijke variabele bezoldigingscomponent beneden- of bovenwaarts aan te passen, wanneer deze naar zijn oordeel tot onbillijke uitkomsten leidt vanwege buitengewone omstandigheden in de periode waarin de vooraf vastgestelde prestatiecriteria zijn of diende te worden gerealiseerd." (de ultimum remedium clausule genoemd). De volgende best practice bepaling (II.2.11) bepaalt dat de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft "de variabele bezoldiging die is toegekend op basis van onjuiste (financiële) gegevens terug te vorderen van de bestuurder '(claw back-clausule). Inmiddels zijn deze bevoegdheden verankerd in artikel 2:135 lid 6 en 8 BW. Zie hierover paragraaf 5.5.2.3 van dit hoofdstuk.

5.4 Vertegenwoordigingsbevoegdheid of samenloop?

5.4.1 Inleiding

Hoe beïnvloeden nu de regels omtrent (de totstandkoming van) bezoldigingsbesluiten en het overeengekomen loon elkaar? Is wel of geen sprake van samenloop? In hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.1 is uiteengezet dat samenloop zich kan voordoen als een feitencomplex zich leent voor meerdere acties of indien een vordering gebaseerd kan worden op zowel het arbeidsrecht al het rechtspersonenrecht. Voor de benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst is in hoofdstuk 4 gebleken dat zich geen klassieke problemen van samenloop voordoen. Het aangaan van de arbeidsovereenkomst en het tot stand komen van de benoeming zijn in die zin niet aan elkaar verbonden dat het één niet noodzakelijk is voor het rechtsgeldig tot stand komen van het ander. De problemen die bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de benoeming (kunnen) ontstaan zijn te herleiden tot een gebrekkige totstandkoming van de wil van de vennootschap. Dit wordt duidelijk omdat in veel gevallen de vertegenwoordigingsbevoegdheid uiteenloopt: het ene orgaan is bevoegd de arbeidsovereenkomst aan te gaan, het andere om te benoemen. Dit kan op twee manieren worden opgelost; (i) door de theorie te aanvaarden dat met de aanvaarding van het benoemingsbesluit ook een overeenkomst tot stand komt of (ii) door de benoeming te beschouwen als een besluit met indirect externe werking dat nog een uitvoeringshandeling (een overeenkomst) nodig heeft om bindend te zijn. Eventuele discrepanties die ontstaan, zijn niet het gevolg van samenloop maar van onjuiste vertegenwoordiging.

Voor de bezoldiging ligt dat in beginsel niet anders als het gaat om het (bij aanvang van de relatie) afspreken van de arbeidsvoorwaarden: daar kan eenzelfde discrepantie ontstaan tussen de voorwaarden in de overeenkomst en het bezoldigingsbesluit. Dit speelt opnieuw met name een rol als vertegenwoordigingsbevoegdheid om de overeenkomst te sluiten en de bevoegdheid het bezoldigingsbesluit te nemen uiteenlopen. Vaak zullen beide bevoegdheden bij de raad van commissarissen liggen. Is dat niet het geval, dan kan frictie ontstaan.

Gaandeweg de relatie kan samenloop wel een rol spelen, bijvoorbeeld indien de vennootschap in gebreke blijft met het voldoen van het salaris. Dient de bestuurder zijn nakomingsvordering te stellen op de arbeidsovereenkomst en een loonvordering in te stellen, of op het bezoldigingsbesluit? En als hij voor dat laatste zou kiezen, kan dan ook de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW worden gevorderd? Deze vorm van samenloop zal in de praktijk pas een probleem opleveren als er redenen zijn aan te nemen dat een deel van de vergoeding die de bestuurder krijgt wel aan te merken is als bezoldiging, maar niet als loon.¹⁰⁴ Dat lijkt mij niet snel aan de orde. Zelfs als een deel van de beloning uitsluitend ziet op statutaire werkzaamheden, dan zal dit gedurende het dienstverband toch als loon moeten worden aangemerkt. Een ander voorbeeld waar samenloop aan de orde kan zijn, is de claw back-regel. Hoe verhoudt deze zich met de arbeidsrechtelijke regels omtrent eenzijdige wijziging?

Bij bezoldiging en loon spelen dus bij aanvang van de relatie vergelijkbare (vertegenwoordigings)problemen als bij benoeming en kan gaandeweg het bestaan van de rechtsbetrekking sprake zijn van samenloop. Er is dan immers één feitencomplex ontstaan: de bestuurder verricht werkzaamheden en ontvangt daarvoor (maandlijks) een vergoeding. Het is de vraag of de grondslag voor de betaling van het salaris is gelegen in het (vennootschapsrechtelijke) bezoldigingsbesluit of in de (arbeids)overeenkomst. Al eerder is opgemerkt dat Huizink de opvatting huldigt dat bezoldiging datgene is wat de bestuurder ontvangt op grond van zijn functionele relatie en loon datgene wat hij ontvangt op basis van de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁵ Dit onderscheid doet kunstmatig aan en lijkt in de praktijk nauwelijks te handhaven.¹⁰⁶ Ik ben van oordeel dat op de tegenprestatie die de bestuurder voor zijn werkzaamheden ontvangt zowel de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht als de regels van Boek 2 BW van toepassing zijn. Uiteindelijk vindt er immers telkens één betaling plaats, waarop zowel het bezoldigingsbesluit als de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Hoe de regels zich tot elkaar verhouden moet worden bepaald aan de hand van de regels van samenloop. In deze paragraaf 5.4 wordt vooral ingegaan op de verhouding tussen het bezoldigingsbesluit en de overeenkomst in het kader van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In paragraaf 5.5 wordt nader stilgestaan bij de samenloop, toegespitst op de privacy van de werknemer en de eenzijdige wijziging.

5.4.2 Het bezoldigingsbesluit en het overeenkomen van het loon

5.4.2.1 Er is loon overeengekomen, maar een bezoldigingsbesluit ontbreekt.

Wat is rechtens indien met een bestuurder een bepaald loon is overeengekomen in de (arbeids- of opdracht) overeenkomst en een bezoldigingsbesluit ontbreekt? In de literatuur, en in lagere rechtspraak, is wel bepleit dat het ontbreken van een bezoldigingsbesluit ertoe leidt dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen

¹⁰⁴ Zie hierover ook paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk.

¹⁰⁵ *Losbladige Rechtspersonen*, J.B. Huizink, artikel 2:135, aant. 2.

¹⁰⁶ Zie ook Zaal & Van Slooten 2008, p. 297 r.k.

omdat loon één van de essentiële kenmerken is voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Door het ontbreken van een bezoldigingsbesluit zou de grondslag aan het overeengekomen loon komen te ontvallen.¹⁰⁷ Deze zienswijze is mijns inziens onjuist. Miskend wordt dat het zeer wel mogelijk is een geldige arbeidsovereenkomst (of opdrachtovereenkomst) te sluiten zonder dat de hoogte van het loon is overeengekomen. Artikel 7:618 (en 7:405) BW bepaalt dat in dat geval het gebruikelijke loon of loon bepaald naar billijkheid verschuldigd is. Als al de grondslag aan het overeengekomen loon zou komen te ontvallen wegens het ontbreken van een bezoldigingsbesluit, dan zou dit niet tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst niet bestaat, maar dat het loon niet op rechtsgeldige wijze is overeengekomen. Dat het de bedoeling is dat er een financiële tegenprestatie wordt geleverd voor de werkzaamheden is dan wel duidelijk.¹⁰⁸ De hoogte van het loon moet dan ex artikel 7:618 (7:405) BW worden vastgesteld aan de hand van het gebruikelijke loon, of als dat niet mogelijk is naar redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁹ Afhankelijk van de omstandigheden ligt het voor de hand voor de bepaling wat billijk is aan te sluiten bij wat in de overeenkomst is opgenomen of bij wat wellicht al (periodiek) is betaald.

De volgende vraag is of de bestuurder betaling van het overeengekomen loon kan afdwingen als er geen bezoldigingsbesluit is. In de eerste plaats merk ik op dat, mocht het antwoord ontkennend zijn en het loon dat is overeengekomen niet kan worden

107 Zie Meijer-Wagenaar 2006, p. 685, l.k. In vergelijkbare zin en onjuist: Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7265 (*Johnsol*). In deze zaak stelt de bestuurder zich op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De vennootschap stelt dat dat niet het geval is en beroept zich op het feit dat geen loon is betaald of overeengekomen. De rechtbank oordeelt, op zichzelf terecht, dat zonder loon geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De rechtbank laat vervolgens de bestuurder niet toe tot bewijslevering van de afspraken over het loon omdat "... heeft te gelden dat het salaris van de directeuren ingevolge artikel 12 lid 3 van de statuten (en ingevolge artikel 2:245 BW) dient te worden vastgesteld door de algemene vergadering. Ook indien het vereiste bewijs van de gestelde afspraak zou worden geleverd, is dus een bezoldigingsbesluit nodig om te kunnen concluderen dat sprake is van het element loon. Niet in geschil is dat een bezoldigingsbesluit met betrekking tot het salaris van [eiser] ontbreekt." Daarom is er geen loonbetalingsverplichting en dus geen arbeidsovereenkomst, aldus de rechtbank in r.o. 4.5. Dit is onjuist; er kunnen zeker afspraken zijn gemaakt over loon, en dan is sprake van een arbeidsovereenkomst.

108 Vgl. artikel 7:405 lid 1 BW waarin voor de opdrachtovereenkomst is bepaald dat loon verschuldigd is als de opdracht door de opdrachtnemer is aangegaan in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Ook voor de bestuurder-werknemer geldt dat indien is overeengekomen dat de bestuurder werkzaamheden gaat verrichten voor de vennootschap, hij dit waarschijnlijk niet onbezoldigd zal doen. Natuurlijk kan het zo zijn dat partijen strijden over de vraag of zij bedoeld hebben een onbezoldigd bestuurderschap aan te gaan of een bezoldigd bestuurderschap. Het ontbreken van een bezoldigingsbesluit is niet doorslaggevend voor de beantwoording van de vraag wat partijen met hun overeenkomst hebben beoogd. Vgl. Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, *JOR* 2011/106 m.nt Holtzer (*Van Dobben*), r.o. 7.4 en Holtzer in zijn noot onder 5. Zie ook Rb. Utrecht 21 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU9091 (*Tympanum/Blue Found*) waarin ook sprake is van een managementovereenkomst (geen statutair bestuurder) en de rechtbank in r.o. 4.3 overweegt dat het enkele feit dat de overeenkomst imperfect is, niet maakt dat geen sprake is van een opdrachtovereenkomst juist omdat artikel 7:405 BW daarin voorziet.

109 Zie ook Van Slooten & Zaal die eveneens menen dat het ontbreken van een bezoldigingsbesluit het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet aantast, Van Slooten & Zaal 2008, p. 299, l.k. Zie voor een voorbeeld waarin – in geval van een opdrachtovereenkomst – sprake was van toepassing van de gebruikelijk loon regeling Rb. Dordrecht 25 augustus 2010, *JAR* 2012/6 m.nt. Wiersma (*Marbatin*). Al hetgeen boven het gebruikelijk loon aan de bestuurder (door hemzelf) was toegekend, moest worden terugbetaald.

afgedwongen, de bestuurder in ieder geval via de hierboven beschreven gebruikelijk loon regeling betaling van salaris voor zijn werkzaamheden kan afdwingen.

Dogmatisch is interessant of ook succesvol nakoming van de overeenkomst kan worden gevorderd. Is de overeenkomst ondertekend door het orgaan dat ook bevoegd is het bezoldigingsbesluit te nemen,¹¹⁰ dan lijkt mij dat de overeenkomst ook kan gelden als bezoldigingsbesluit.¹¹¹ Is dat niet het geval, dan komt het aan op de vraag of de bestuurder mocht vertrouwen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar van de arbeidsovereenkomst. Dit volgt mijns inziens zowel uit de gewone vertegenwoordigingsregels als uit de vennootschapsrechtelijke vertegenwoordigingsregels. Ik licht dit als volgt toe.

Krachtens artikel 2:130 (240) BW is de hoofdregel dat het bestuur de vennootschap onbeperkt en onvoorwaardelijk vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet iets anders voortvloeit. Vertegenwoordigt het bestuur bevoegd, dan raakt de vennootschap gebonden. De beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen intern werkend zijn of extern werkend. Beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die uit de wet volgen, werken extern. Gedacht kan worden aan de ontslag, benoeming of bezoldiging van een bestuurder. De artikelen 2:135 en 245 BW zijn immers vertegenwoordigingsbepalingen, die de vennootschap de mogelijkheid geven *bij besluit* te vertegenwoordigen.¹¹² Het is de vraag of dit betekent dat de artikelen 2:135 en 245 BW ook zien op het vertegenwoordigen van de vennootschap bij het aangaan van een overeenkomst. Wat de ontslagbevoegdheid betreft, neergelegd in artikel 2:134 (244) BW, heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid ex artikel 2:134 (244) BW ook ziet op de beëindiging van de contractuele relatie.¹¹³ Niet duidelijk is of het tot vennootschapsrechtelijk ontslag bevoegde orgaan ook *exclusief* bevoegd is de contractuele band te verbreken.¹¹⁴ Uit het oogpunt van consistentie valt er iets voor te zeggen dat parallel aan het oordeel van de Hoge Raad

110 Bijvoorbeeld door alle leden van de raad van commissarissen, of door de enig aandeelhouder (of alle aandeelhouders).

111 Enigszins analoog aan de wijze waarop een benoemingsbesluit kan bestaan als de enige aandeelhouder het inschrijfformulier voor het handelsregister heeft ondertekend, vgl. hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

112 Zie de laatste volzin van artikel 2:135 lid 4 BW waarin uitdrukkelijk wordt gesproken van 'vertegenwoordigingsbevoegdheid'. Niet valt in te zien waarom het overeenkomstige artikel voor de BV geen vertegenwoordigingsbepaling zou zijn. In de literatuur bestaat hierover overigens verdeeldheid. Zo is Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 310 nog van oordeel dat géén sprake is van een vertegenwoordigingsbepaling, terwijl de nieuwe bewerkers van oordeel zijn dat dat wel het geval is: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 428 en nr. 329 onder b. Opvallend is dat in de literatuur het bezoldigingsbesluit vrijwel nooit wordt genoemd als voorbeeld van een direct extern werkend besluit zoals benoeming, ontslag en schorsing dat wel worden. Vgl. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 44 en 98 en Handboek 2013, nrs. 228 en 251, Huizink 1989, p. 5. Wel stelt Huizink in dezelfde publicatie, overigens zonder verder motivering dat het bezoldigingsbesluit direct externe werking heeft: p. 95. De Monchy & Timmerman 1991 noemen het bezoldigingsbesluit wel als voorbeeld van een direct extern werkend besluit, p. 70. Zie hierover paragraaf 5.3.1.1 van dit hoofdstuk.

113 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484 m.nt. GHvV, JAR 2005/117 JOR 2005, 145 m.nt. P.A.M. Witteveen (Eggenhuizen/Unidek).

114 Zie hierover hoofdstuk 6, paragraaf 6.1.1.

over ontslag wordt aangenomen dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid ex artikel 2:135 (245) zich uitstrekt tot de bevoegdheid het loon af te spreken. Ik meen dan wel dat de sanctie op het afspreken van het loon door het verkeerde orgaan, gezocht moet worden in de vernietigingssancties van Boek 2 BW. Een bezoldigingsbesluit genomen door een onbevoegd orgaan is nietig.¹¹⁵ Deze nietigheid kan ex artikel 2:15 BW niet aan de wederpartij worden tegengeworpen, indien de wederpartij het gebrek niet kende of behoefde te kennen. Is geen sprake van een onbevoegd genomen bezoldigingsbesluit, maar van een beloningsafspraken gemaakt door de vennootschap, vertegenwoordigd door een daartoe onbevoegd orgaan, dan zou de sanctie ook moeten zijn deze onjuiste vertegenwoordiging de wederpartij (de bestuurder) niet kan worden tegengeworpen, tenzij hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap onbevoegd werd vertegenwoordigd. Dit is in lijn met de regels uit het algemene vermogensrecht. Ook uit artikel 3:61 lid 2 BW volgt dat de wederpartij die op grond van een verklaring of een gedraging van de pseudo-volmachtgevers, in wiens naam dus werd gehandeld, onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs moet hebben kunnen aannemen dat er een toereikende volmacht was verleend.

Er wordt wel betoogd dat van iemand die de functie van statutair bestuurder aanvaardt mag worden verwacht dat hij de (vertegenwoordigings)regels kent.¹¹⁶ Ik vind dit niet in alle gevallen voor de hand liggen. Van 'professionele' bestuurders die van beursvennootschap naar beursvennootschap trekken, mag die kennis inderdaad worden verwacht. Van de bedrijfsleider in een middelgroot bedrijf die gevraagd wordt het bestuurderschap erbij te doen of van bestuurders van (kleinere) besloten (dochter)vennootschappen niet per definitie.¹¹⁷

Ten slotte komt de vraag op of het nog een bezwaar is dat het bezoldigingsbesluit een eenzijdige rechtshandeling is, terwijl het overeenkomen van het loon een tweezijdige rechtshandeling is. In mijn visie is dit geen bezwaar. In de eerste plaats wordt in de literatuur vrij eenstemmig betoogd dat eenzijdige vaststelling of wijziging van

115 HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*).

116 Zie bijvoorbeeld Van Slooten & Zaal 2008, p. 299 l.k. en Meijer-Wagenaar 2006, p. 687 r.k. Ik merk op dat de artikelen van beide auteurs gaan over bestuurders van NV's.

117 De Amsterdamse kantonrechter is milder en heeft geoordeeld dat zelfs een hoge manager die al 20 jaar bij ABN AMRO werkt en die al vele jaren een topositie net onder de raad van bestuur heeft vervuld, van de vennootschap mag verwachten dat zij afspraken op correcte wijze juridisch vormgeeft. Dit leidt tot gebondenheid van ABN AMRO aan door de (zittende) raad van bestuur vastgestelde arbeidsvoorwaarden ook al komt die bevoegdheid toe aan de raad van commissarissen hetgeen de betreffende aspirant-bestuurder bekend was. Uit de uitspraak blijkt niet dat de kantonrechter artikel 2:16 BW heeft toegepast, maar het oordeel luidt wel dat de bestuurder mocht vertrouwen op de hem gedane toezeggingen. Het kan zijn dat sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat de bestuurder in dit specifieke geval inderdaad heeft mogen vertrouwen op de bevoegdheid van de raad van bestuur, maar daarvan blijkt niet uit de uitspraak. Naar mijn oordeel gaat (dat gedeelte van) de uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter dan ook te ver. Rb. Amsterdam (ktr.) 29 december 2008, *JAR* 2009/26 (*ABN AMRO/Schmittmann*). In een iets andere casus oordeelt de Rechtbank Arnhem dat van commissarissen wél kan worden verwacht dat zij weten hoe het werkt (Rb. Arnhem 9 januari 2008, *JOR* 2008/88 (*Maters/NIM*)). In de zaak Rb. Rotterdam 27 juli 2011, *JOR* 2011/359 m.nt. Verburg (*Docherty/SBM*) gaat de rechtbank vrij ver om een bezoldigingsbesluit te construeren teneinde de toezeggingen aan de bestuurder te kunnen toewijzen.

de bezoldiging niet kan worden gebaseerd op artikel 2:245 (135) BW als er al een overeenkomst is.¹¹⁸ Ik meen als gezegd dat artikel 2:245 (135) BW niet alleen regelt welk orgaan bevoegd is (eenzijdig) de bezoldiging vast te stellen, maar ook welk orgaan bevoegd is het loon of de vergoeding overeen te komen, hetgeen vaak voorafgaat aan het bezoldigingsbesluit.¹¹⁹ Loon en bezoldiging zijn weliswaar niet exact hetzelfde (zie paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk), maar ik zou het zo willen zien dat elke vergoeding die de bestuurder krijgt voor zijn werkzaamheden bezoldiging is. Is sprake van een arbeidsovereenkomst, dan is de vergoeding (of delen daarvan) tevens aan te merken als loon.

Samengevat: is wel loon afgesproken, maar ontbreekt een bezoldigingsbesluit dan is wel sprake van een arbeids- of opdrachtovereenkomst (tenzij duidelijk is dat partijen bedoeld hebben een onbezoldigd bestuurderschap aan te gaan). De bestuurder kan aanspraak maken op het overeengekomen loon als de afspraak is gemaakt door het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging vast te stellen. De bestuurder kan ook aanspraak maken op nakomen van de afgesproken vergoeding als hij – samengevat – te goeder trouw is. Is hij dat niet, dan heeft hij in ieder geval recht op het gebruikelijk loon ex artikel 7:618 of 7:405 BW.¹²⁰

5.4.2.2 *Er is loon overeengekomen en het bezoldigingsbesluit is gebrekkig*

Nietig besluit

De vraag of de vennootschap al dan niet gebonden is aan een rechtshandeling verricht door een niet-vertegenwoordigingsbevoegd orgaan is iets anders dan de vraag naar de geldigheid van een onbevoegd genomen direct extern werkend besluit (bijvoorbeeld het geval waarin een onbevoegd orgaan het bezoldigingsbesluit heeft genomen). Daarvoor geeft artikel 2:16 BW een specifieke regeling die in de vorige paragraaf al even aan de orde was.

118 Van Slooten & Zaal 2008, p. 297 r.k. en de daargenoemde literatuur. Dit geeft overigens ook te denken over de eenzijdigheid van het bezoldigingsbesluit. Huizink heeft er al eens op gewezen dat het een interne instructiebevoegdheid is. Dat miskent het vertegenwoordigingsaspect. De constructie van een indirect extern werkend besluit zou soelaas kunnen bieden.

119 Zie in vergelijkbare zin Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 45. In datzelfde nr. 45 wordt gesteld dat als niets over de bezoldiging wordt overeengekomen, het bevoegde orgaan dat eenzijdig zou kunnen vaststellen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Ik wijs op artikel 7:618 BW waarin is bepaald dat als partijen niets hebben afgesproken, de werknemer recht heeft op het loon dat gebruikelijk is, of, bij gebreke aan gebruikelijk loon, op naar billijkheid bepaald loon. Hierin ligt naar mijn mening toch een begrenzing voor het door Van Schilfgaarde en bewerkers bepleite eenzijdig vaststellen. Het door één der beide partijen eenzijdig vaststellen van het loon is mogelijk indien dat in de arbeidsovereenkomst is opgenomen (HR 21 februari 1947, *NJ* 1947, 154 (*Mestral/Amstleven*)). Is tussen partijen niets overeengekomen, dan geldt 7:618 BW en heeft de werknemer/bestuurder recht op het gebruikelijke loon (dus ook zonder een bezoldigingsbesluit). Anders (en onjuist) Rb. Rotterdam 3 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7265 (*Johnsol*).

120 Dit is ook in lijn met de jurisprudentie over doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten in het vennootschapsrecht. Zijn aandeelhouders iets met elkaar overeengekomen, dan kunnen zij daar niet onderuit komen met een beroep op bijvoorbeeld in de statuten neergelegde andere voorwaarden. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*) en Hof Amsterdam 31 oktober 2012, *JOR* 2012/158 (*De Wildt/RBOC*). In de laatstgenoemde zaak ging het om een overeenkomst tussen de aandeelhouder en de bestuurder.

Intermezzo (ver)nietig(baar)heid van besluiten

Artikel 2:14 lid 1 BW bepaalt dat een besluit in strijd met de wet of de statuten nietig is, tenzij de wet anders bepaalt. Bekrachtiging van een nietig besluit is op grond van lid 2 mogelijk in twee gevallen: (i) als de nietigheid het gevolg is van het ontbreken van een voorgeschreven voorafgaande handeling (bijvoorbeeld een voordracht bij de benoeming) of (ii) als de nietigheid het gevolg is van het ontbreken van een voorgeschreven voorafgaande mededeling (bijvoorbeeld de mededelingsplicht ex artikel 2:148/268 lid 4 en 5 BW). De bekrachtiging is niet meer mogelijk na een redelijke termijn, zo bepaalt lid 3. In artikel 2:15 lid 1 BW wordt een uitzondering gegeven op de hoofdregel van artikel 2:14 BW: een besluit is vernietigbaar als het in strijd is met wettelijke of statutaire regels *die de totstandkoming van besluiten regelen*. Hieronder vallen dan weer niet de twee vormen van totstandkomingsvoorschriften zoals genoemd in artikel 2:14 lid 2 BW: de voorgeschreven voorafgaande handeling of mededeling. Naast deze uitzondering geeft artikel 2:15 lid 1 BW twee andere gronden voor vernietigbaarheid: strijd met de redelijkheid en billijkheid en strijd met een reglement. De vernietiging kan uitsluitend gebeuren door een uitspraak van de rechtbank (en dus niet buitengerechtelijk) op vordering van iemand die een redelijk belang heeft of door de rechtspersoon zelf (lid 3). Is sprake van vernietigbaarheid dan is bevestiging mogelijk, maar niet zolang een vordering tot vernietiging aanhangig is (lid 6). De gevolgen van nietigheid of vernietiging zijn geregeld in artikel 2:16 BW. Een onherroepelijke uitspraak die de nietigheid van een besluit vaststelt of een besluit vernietigt, is voor eenieder bindend als de rechtspersoon partij is geweest in het geding (lid 1). Is het besluit een rechtshandeling die tegen een wederpartij is gericht (een (in)direct extern werkend besluit), dan wordt de derde beschermd. De nietigheid of vernietiging kan de derde niet worden tegengeworpen, en bindt dus de vennootschap, tenzij de derde het gebrek kende of behoorde te kennen (lid 2). Betreft het besluit een benoeming van een bestuurder of commissaris, dan werkt de nietigheid of vernietiging wel jegens de bestuurder of commissaris ongeacht of deze het gebrek kende of behoorde te kennen. De bestuurder of commissaris is wel gerechtigd tot schadevergoeding indien hij het gebrek kende noch behoefde te kennen.

Is sprake van een nietig bezoldigingsbesluit, terwijl er wel loon is overeengekomen in de arbeids- of opdrachtovereenkomst, dan geldt in feite hetzelfde als wanneer er géén bezoldigingsbesluit is gesloten: als de bestuurder erop mocht vertrouwen dat de vennootschap rechtsgeldig werd vertegenwoordigd, kan hij aanspraak maken op het overeengekomen loon (en zo niet, dan in ieder geval op het gebruikelijk loon ex artikel 7:618 en 7:405 BW).

Ter illustratie een volgende casuspositie: er is sprake van een besloten vennootschap met (i) een algemene vergadering, (ii) een raad van commissarissen en (iii) een zittend bestuur. Stel dat de algemene vergadering de raad van commissarissen heeft aangewezen om de vennootschap te vertegenwoordigen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst en dat in de statuten is bepaald dat de raad van commissarissen de bezoldiging vaststelt. De arbeidsovereenkomst wordt gesloten met daarin opgenomen bepaalde voorwaarden waaronder het loon. Echter, niet de raad van commissarissen neemt een bezoldigingsbesluit, maar de algemene vergadering. Het bezoldigingsbesluit van de algemene vergadering kent gunstigere voorwaarden dan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

Kan de bestuurder deze gunstigere voorwaarden claimen? En andersom: als het bezoldigingsbesluit lager is dan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, is de bestuurder dan gebonden aan het besluit?

Het (direct extern werkende) bezoldigingsbesluit is genomen door een onbevoegd orgaan en daarmee nietig. Ex artikel 2:16 lid 2 BW wordt de derde, de bestuurder, beschermd en is de vennootschap gebonden tenzij de bestuurder het gebrek kende of behoorde te kennen. Ik zou menen dat als de bestuurder het gebrek niet kende of behoorde te kennen, het bezoldigingsbesluit bindend is en de bestuurder de voorwaarden uit het bezoldigingsbesluit kan afdwingen. Omgekeerd, zal de vraag of de bestuurder de gunstiger voorwaarden uit de overeenkomst kan afdwingen moeten worden beoordeeld aan de hand van de gewone vertegenwoordigingsregels. Mocht de bestuurder uit deze casus er op vertrouwen dat de raad van commissarissen de bevoegdheid had de arbeidsovereenkomst te sluiten? Het antwoord luidt in dit geval ja, nu de raad van commissarissen ook daadwerkelijk op alle fronten het bevoegd orgaan was. Ware dat anders geweest, dan zal doorslaggevend zijn of de bestuurder mocht vertrouwen op de toezeggingen.

Andere gebreken

Is sprake van een naamloze vennootschap en niet van een besloten vennootschap, dan speelt niet alleen de (vertegenwoordigings)bevoegdheid een rol. Artikel 2:135 BW stelt extra eisen aan de totstandkoming van het bezoldigingsbesluit: het moet in overeenstemming zijn met het bezoldigingsbeleid. Indien niet de algemene vergadering bevoegd is, maar de raad van commissarissen dan moeten aandelen- en optieregelingen ter goedkeuring aan de algemene vergadering worden voorgelegd. Schending van dit laatste voorschrift, opgenomen in artikel 2:135 lid 4 BW, heeft geen gevolgen jegens de bestuurder: het ontbreken van goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid (van de raad van commissarissen) niet aan en heeft dus slechts interne werking. In de parlementaire geschiedenis van artikel 2:135 BW is geen ratio terug te vinden voor het ontbreken van externe werking van het goedkeuringsvereiste. Er lijkt te zijn aangesloten bij artikel 2:107a (217a) BW dat net als artikel 2:135 BW is ingevoerd in 2004 bij de wijziging van de structuurregeling.¹²¹ Artikel 2:107a (217a) BW schrijft voor dat bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming onderworpen zijn aan goedkeuring van de algemene vergadering. Dit artikel, net als artikel 2:135 BW, bepaalt dat het goedkeuringsvereiste de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aantast en dus slechts intern werkt. Uit de parlementaire geschiedenis van dat artikel blijkt dat een zekere externe werking toch niet is uitgesloten, bijvoorbeeld indien de wederpartij niet te goeder trouw is.¹²² In de memorie van toelichting wijst de regering er met betrekking tot artikel 2:107a (217a) BW op dat het uitvoeren van een besluit zonder de wettelijke vereiste goedkeuring kan leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de vennootschap op basis van artikel 2:9 BW. De regering verwijst hierbij naar het dan reeds bestaande artikel 2:164 (274) BW waarin een aantal bestuursbesluiten in een structuurvennootschap onderworpen wordt aan een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen.¹²³ Ook in

¹²¹ Wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 370, inwerkingtreding 1 oktober 2004 (*Stb.* 2004, 405).

¹²² *Kamerstukken I* 2003/04, 28 179, A, p. 6 en B, p. 10.

¹²³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 20.

dit artikel is expliciet opgenomen dat het ontbreken van het goedkeuringsrecht geen externe werking heeft.

Het verschil tussen de artikelen 2:164 (274) en 2:107a (217a) BW enerzijds en artikel 2:135 BW anderzijds is dat het in het eerste geval gaat om de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur die door goedkeuringsrechten wordt ingeperkt en in het laatste geval om de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van commissarissen ten aanzien van de bezoldiging. Bij gebreke aan een tegengesteld geluid in de parlementaire geschiedenis zal ook voor artikel 2:135 BW moeten worden aangenomen dat ondanks het ontbreken van externe werking van het ontbreken van de goedkeuring enig extern effect mogelijk is, te weten in het geval de bestuurder niet te goeder trouw is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de bestuurder om wiens aandelen- of optieregeling het gaat weet dat de algemene vergadering geen goedkeuring heeft gegeven of niet om goedkeuring is gevraagd. Hoeveel kennis of initiatief van de bestuurder mag worden verwacht hangt, net als bij de kwestie over het bevoegde orgaan, af van de feiten en omstandigheden waarbij naar mijn oordeel geldt dat van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, ook als zij nieuw aantreden, (veel) meer kan worden verwacht dan van bestuurders van kleine (dochter)vennootschappen. Het spreekt voor zich dat de achtergrond en persoon van de bestuurder zelf ook een grote rol speelt.

Daar waar artikel 2:135 BW wel expliciet vermeldt wat de gevolgen zijn van schending van het goedkeuringsrecht met betrekking tot de aandelen- en optieregelingen, zwijgt artikel 2:135 BW (inclusief de parlementaire geschiedenis) over de consequentie(s) van besluitvorming in strijd met of bij afwezigheid van het bezoldigingsbeleid. In de rechtspraak is dit nog niet aan de orde geweest.¹²⁴ Meijer-Wagenaar¹²⁵ betoogt dat een bezoldigingsbesluit dat afwijkt van het bezoldigingsbeleid nietig is op grond van artikel 2:14 BW. Deze nietigheid kan de bestuurder niet worden tegengeworpen indien hij het gebrek kende noch behoefde te kennen (artikel 2:16 lid 2 BW). De bestuurder, zeker een interne kandidaat, zal niet gauw te goeder trouw zijn, aldus nog steeds Meijer-Wagenaar. Van Slooten en Zaal¹²⁶ vinden de nietigheids-sanctie niet passen bij de termen *beleid* en *met in achtneming van* in artikel 2:135 BW omdat deze termen een afwijkmogelijkheid impliceren. Ook wijzen zij op de voorkeur van het kabinet voor een flexibele regeling boven een gedetailleerde starre

124 Ook over het onbevoegd genomen bezoldigingsbesluit is weinig tot geen rechtspraak gepubliceerd: HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*), Rb. Zutphen 10 december 2008, *RO* 2009/22 (*NTI*), Rb. Amsterdam (ktr.) 29 december 2008, *JAR* 2009/26 (*ABN AMRO/Schmittmann*). Zie ook Rb. Utrecht 23 juli 1997, *JOR* 1998/21 (*Identcode/De Hart*) waarin de rechtbank oordeelt dat sprake is van een nietig bezoldigingsbesluit in verband met gebreken in de besluitvorming. Nu niet op andere wijze is gebleken dat salaris is overeengekomen, houdt de rechtbank het er voor dat de bestuurder geen salaris toekomt. De rechtbank overweegt dat dit gelet op de omstandigheden niet ongebruikelijk is, het betreft een start up waarbij de betreffende bestuurder een groot deel van het aandelenkapitaal bezit.

125 Meijer-Wagenaar 2006, p. 678, r.k.

126 Van Slooten & Zaal 2008, p. 299 r.k. en de verwijzing naar de parlementaire geschiedenis aldaar.

regeling. Met hen ben ik van oordeel dat indien de raad van commissarissen zich niet aan het bezoldigingsbeleid houdt (en daarvoor ook geen steekhoudende redenen heeft), interne sancties tot de mogelijkheden behoren. De algemene vergadering heeft immers de mogelijkheid de beslissingen over individuele bezoldiging aan zich te houden. Als een besluit geldig is als het in strijd is met het bezoldigingsbeleid, dan komt de vraag naar de goede trouw van de bestuurder niet meer aan de orde. Over deze materie is nog geen duidelijke rechtspraak. De rechtbank Rotterdam heeft in de zaak *De Vries/Econosto*¹²⁷ overwogen dat het verdedigbaar is dat een bezoldigingsbesluit dat afwijkt van beleid nietig is. Het gaat in die zaak over de nakoming van een afvloeiingsregeling. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat de regeling nietig is vanwege strijd met artikel 2:135 BW. De afvloeiingsregeling stoelt niet op het bezoldigingsbeleid van de algemene vergadering zoals wel zou moeten op grond van de wet en de statuten. Omdat het beleid niets zegt over een afvloeiingsregeling (en zo'n regeling dus ook niet verbiedt), oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van strijd met het bezoldigingsbeleid en komt daarom niet toe aan de sanctie.

5.4.3 Conclusie

Het systeem van de wet leidt tot de volgende vaststellingen:

- a) een bezoldigingsbesluit is een direct extern werkend besluit;
- b) artikel 2:245 (135) BW is een vertegenwoordigingsbepaling;
- c) een bezoldigingsbesluit dat is genomen door een onbevoegd orgaan is nietig;
- d) een nietig bezoldigingsbesluit kan ex artikel 2:16 lid 2 BW slechts aan de bestuurder worden tegengeworpen indien hij het gebrek kende of behoorde te kennen;
- e) Een bezoldigingsbesluit dat in strijd is met het bezoldigingsbeleid is rechtsgeldig en kan slechts leiden tot interne sancties jegens de raad van commissarissen;
- f) De vertegenwoordigingsbevoegdheid om een (arbeids)overeenkomst te sluiten met een bestuurder staat los van de (vertegenwoordigings)bevoegdheid een bezoldigingsbesluit te nemen.

Het bestaan van twee vertegenwoordigingsbevoegde organen terzake van de vergoeding die de bestuurder voor zijn werkzaamheden krijgt, is niet wenselijk omdat discrepantie kan ontstaan. Dit kan op verschillende manieren worden opgelost. In de eerste plaats kan de bevoegdheid ex artikel 2:245 (135) BW zo worden uitgelegd dat het niet alleen een vertegenwoordigingsbevoegdheid bij besluit betreft maar ook de bevoegdheid de vennootschap bij het overeenkomen van de beloning te vertegenwoordigen.

Het feit dat een ander orgaan benoemingsbevoegd kan blijven, past naar mijn idee in het gewenste systeem van checks and balances binnen de vennootschap. Het tot benoeming bevoegde orgaan kan niet worden opgezaald met een bestuurder die hij niet wil en kan daarom kiezen niet tot benoeming over te gaan. Dat er wel een

¹²⁷ Rb. Rotterdam 30 maart 2011, JAR 2011/128 (*De Vries/Econosto*).

rechtsgeldige (arbeids)overeenkomst is gesloten die beëindigd zal moeten worden, komt – en naar mijn oordeel: moet komen – voor rekening van de vennootschap. De keuze de benoemingsbevoegdheid en de bezoldigingsbevoegdheid te splitsen is immers een keuze van de vennootschap. Wordt uitgegaan van deze ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid ex artikel 2:135 (245) BW dan is dat een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en werkt dus extern, niet alleen wat de vertegenwoordiging bij besluit betreft, maar ook wat betreft het vertegenwoordigen bij het aangaan van de overeenkomst. Is hier sprake van onbevoegde vertegenwoordiging, dan is de vennootschap niet gebonden aan de overeenkomst.

Een andere mogelijkheid is het bezoldigingsbesluit, net als is gesuggereerd voor het benoemingsbesluit, te beschouwen als een indirect extern werkend besluit. Het besluit alleen is niet voldoende voor rechtseffect. Een uitvoeringshandeling, zoals het sluiten van een overeenkomst is nodig. Omgekeerd is het besluit noodzakelijk voor het rechtsgeldig totstandkomen van de overeenkomst. In de praktijk wordt veelal eerst overeenstemming met de beoogd bestuurder gezocht voordat sprake is van besluitvorming in de vennootschap, daarom is deze optie minder aantrekkelijk.

5.5 Privacy en eenzijdige wijziging

5.5.1 Privacy

In paragraaf 5.3 is omschreven welke openbaarmakingsverplichtingen de vennootschap heeft met betrekking tot hetgeen zij haar bestuurders betaalt. Afhankelijk van het type vennootschap zijn die verplichtingen in meer of mindere mate verstrekend. Is sprake van een BV of een gewone NV, dan is publicatie van – kort gezegd – beloningsgegevens in de jaarrekening niet verplicht als dat zou meebrengen dat de informatie tot personen herleidbaar zou zijn (artikel 2:383 BW). Is sprake van een open vennootschap, dan geldt deze beperking niet en dienen ook tot personen herleidbare beloningsgegevens te worden gepubliceerd. Is sprake van een beursvennootschap dan geeft de corporate governance code nog verdergaande publicatieverplichtingen. De WNT en de Wet Harrewijn bevatten eveneens openbaarmakingsverplichtingen die bestuurders kunnen raken, hoewel deze wetten breder van opzet zijn. Inkomensgegevens dit tot een persoon herleidbaar zijn, zijn persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Inkomensgegevens behoren voorts tot de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 8 van het EVRM en artikel 10 GW. De vennootschap die krachtens artikel 2:383c-e BW tot personen herleidbare inkomensgegevens opneemt in de jaarrekening handelt niet in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens. Artikel 8 sub c Wbp bepaalt immers dat persoonsgegevens verwerkt mogen worden (waaronder openbaarmaking valt) indien dit noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen. De vraag komt op of een vennootschap die voldoet aan de verdergaande verplichtingen van de corporate governance code zich ook kan beroepen op artikel 8 sub c Wbp. De code is immers niet vastgelegd

in de wet maar ex artikel 2:391 BW bij AMvB vastgesteld. Ter Haseborg¹²⁸ concludeert dat naleving van de code niet valt onder een wettelijke verplichting als bedoeld in artikel 8 sub c Wbp omdat met 'wettelijke verplicht' volgens de parlementaire geschiedenis een wet in formele zin wordt bedoeld. Ik deel zijn lezing van de parlementaire geschiedenis niet. In de memorie van toelichting staat:

"De term "wettelijke verplichting" heeft betrekking op iedere verplichting tot gegevensverwerking die krachtens een algemeen verbindend voorschrift wordt opgelegd. Uiteraard dient wel te zijn voldaan aan het bepaalde in artikel 10, eerste lid, van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM. Dat betekent dat een dergelijke verplichting alleen bij of krachtens een wet in formele zin in het leven kan worden geroepen voor zover dit in een democratische samenleving noodzakelijk is onder meer in het belang van het economisch welzijn van het land."¹²⁹
(onderstreping JHB)

Nu Boek 2 BW (een wet in formele zin) de mogelijkheid geeft een gedragscode in een AMvB (een algemeen verbindend voorschrift) vast te leggen, meen ik dat sprake is van een verplichting die krachtens een wet in formele zin in het leven is geroepen. Van strijd met artikel 10 GW is dus geen sprake.

Bij de totstandkoming van zowel artikel 2:383 BW, 2:383c-e BW, de Wet Harrewijn als de WNT is een expliciete afweging gemaakt tussen de privacy van de werknemer en/of bestuurder en het belang bij openbaarmaking. Bij de vaststelling van de Corporate Governance Code in een algemene maatregel van bestuur is dat niet gebeurd.¹³⁰ Daar waar de afwegingen expliciet zijn gemaakt, is de bijzondere positie van de bestuurder geen argument geweest een grotere inbreuk op de privacy te billijken dan bij een 'gewone' werknemer het geval zou zijn. De Wet Harrewijn en de WNT zijn niet specifiek tot de bestuurder gericht maar zien op alle werknemers (Harrewijn) of alle werknemers met een bepaald salaris (WNT). In de Wet Harrewijn gaat het om openbaarmaking aan de ondernemingsraad van inkomensgegevens per functiegroep. Ook het bestuur valt hieronder. Is sprake van een groep van minder dan vijf personen, dan mag worden samengevoegd met een andere groep zodat er wel een groep van meer dan vijf personen ontstaat (artikel 31d lid 4 WOR). In het oorspronkelijke (initiatief)wetsvoorstel is nog wel opgenomen dat ten aanzien van de bestuurders en de leden van een toezichthoudend orgaan de informatie wel per persoon inzichtelijk gemaakt moet worden.¹³¹ Ter legitimatie wordt naar de maatschappelijke discussie over topinkomens verwezen alsmede naar het op dat moment nog in behandeling zijnde wetsvoorstel OBB (de artikelen 2:383b-e BW). Ook wordt door de initiatiefnemers vermeld dat de inkomens van bestuurders, toezichthouders en topfunctionarissen niet zo geheim zijn als wordt verondersteld, zo zijn die gegevens bijvoorbeeld regelmatig bekend bij headhunters. Bovendien: hoe hoger de functie, hoe groter de mate van transparantie. Een zekere inbreuk op de privacy

128 Ter Haseborg 2007, p. 20.

129 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 83.

130 Ter Haseborg 2007, p. 20 l.k.

131 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 163, nr. 3, p. 10 en nr. 5, p. 12.

is volgens de indieners de keerzijde van de sterkere onderhandelingspositie/grotere eigen invloed op de arbeidsvoorwaarden van de topfunctionaris/bestuurder. De herleidbaarheid tot personen levert aldus geen grond op om de ondernemingsraad ex artikel 20 WOR om geheimhouding te verzoeken, dit kan slecht als sprake is van zeer zwaarwegende persoonlijke belangen.¹³² Ondanks deze expliciete stellingname wordt in het voorstel dat uiteindelijk aan de Eerste Kamer is gezonden ook de bestuurders opgenomen in de uitzondering dat indien sprake is van een groep van minder dan vijf personen, er geclusterd kan worden.¹³³ Een expliciete vraag van de PvdA-fractie naar deze fundamentele afwijking van de oorspronkelijke tekst¹³⁴ wordt door de indieners niet beantwoord.

Daar waar artikel 2:383 BW bepaalt dat voor gewone vennootschappen opgave van de bezoldigingsgegevens in het jaarverslag achterwege mag blijven als de opgave tot individuen te herleiden is, kennen de artikelen 2:383c-e BW die zien op open naamloze vennootschappen een vergelijkbare bepaling niet. Ook indien de gegevens tot een individuele bestuurder herleidbaar zijn, dient publicatie plaats te vinden. In de parlementaire geschiedenis is nauwelijks iets terug te vinden over het privacy-aspect.¹³⁵

De WNT schrijft geen openbaarmaking per individu voor, maar per functie. In sommige gevallen is daarmee eenvoudig te achterhalen om wie het gaat. Het kabinet schrijft in de memorie van toelichting op de voorganger van de WNT, de Wopt¹³⁶ dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd wordt omdat door de Wopt rekenschap kan worden afgelegd over de gebruikte publieke middelen. Belastingplichtigen hebben recht op informatie over het gebruik van overheidsmiddelen. Voorts wordt verwezen naar een uitspraak van het Hof van Justitie EG van 20 mei 2003¹³⁷ waarin is uitgemaakt dat het EVRM en de Europese Richtlijn 95/46 niet in de weg staan aan nationale regelgeving die openbaarmaking voorschrijft van het jaarinkomen van individuele personen, in geval dit een bepaald plafond overschrijdt, mits dit noodzakelijk en passend is ter bereiking van het door de wetgever nagestreefde doel van een goed beheer van de openbare middelen.¹³⁸ Het kabinet overweegt, nog steeds in de memorie van toelichting, dat het niet noodzakelijke en proportioneel is de openbaarmaking van de lonen direct te relateren aan individuele personen. Is de individuele persoon te identificeren aan de hand van de functiebenaming, dan is dat als gezegd geen grond om van openbaarmaking af te zien. In de verdere parlementaire behandeling is geen aandacht meer besteed aan de privacy-aspecten.

132 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 163, nr. 7, p. 14/15.

133 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 163, A.

134 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 163, B, p. 2.

135 Zie hierover ook Jacobs 2002, p. 462 l.k.

136 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 189, nr. 3 p. 9/10.

137 HvJ EG 20 mei 2003, C-465/00, *Jurisprudentie* 2003, p. I-04989 (*Österreichischer Rundfunk*).

138 Haseborg 2008 verwijst naar dezelfde uitspraak op p. 19 l.k.

Hoewel de initiatiefnemers van de Wet Harrewijn wel hebben bepleit dat veelverdieners genoeg moeten nemen met een grotere inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer blijkt uit de verdere parlementaire geschiedenis van – kort gezegd – openbaarmakingsverplichtingen niet dat voor bestuurders in dit opzicht een andere toets wordt aangelegd dan voor ‘gewone’ werknemers. Er wordt hooguit verwezen naar de hoogte van het salaris om minder waarde te hechten aan privacy, niet zozeer naar de hoedanigheid van statutair bestuurder. Of de hoogte van een salaris een rechtvaardiging kan zijn om een inbreuk te maken op een grondrecht betwijfel ik overigens, waarbij het naar mijn oordeel wel een verschil maakt of het gaat om openbaarmaking van salarissen die worden gefinancierd uit publieke middelen of niet. Gaat het om private partijen die een salaris afspreken, dan zie ik niet goed in wat het algemeen belang is van het openbaar maken van de hoogte van dat salaris.

5.5.2 Eenzijdige wijziging

5.5.2.1 Inleiding

In de vorige paragrafen is meermalen stilgestaan bij de spanning tussen de eenzijdigheid van het benoemingsbesluit en het bezoldigingsbesluit enerzijds en de tweezijdigheid van een contractuele band anderzijds. Een overeenkomst wordt gesloten door twee (of meer) partijen en kan niet zonder meer worden gewijzigd door een der partijen, dat geldt temeer voor overeenkomsten waarbij één der partijen wegens ongelijkheidscompensatie vergaande wettelijke bescherming geniet, zoals de werknemer bij de arbeidsovereenkomst. De eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst is een omvangrijk leerstuk¹³⁹ dat – ondanks verfijningen van de Hoge Raad¹⁴⁰ – nog niet volledig is uitgekristalliseerd.¹⁴¹ Dat de eenzijdigheid van het benoemingsbesluit/bezoldigingsbesluit genuanceerd moet worden is in het voorgaande al betoogd: de formele bevoegdheid van de vennootschap om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden vast te stellen wordt begrensd door het feit dat niemand tegen zijn zin kan worden benoemd en evenmin tegen voorwaarden waarmee hij het niet eens is.

Deze paragraaf gaat over de samenloop tussen de regels van eenzijdige wijziging in het arbeidsovereenkomstenrecht en de regels op het gebied van vennootschapsrecht en corporate governance om de beloning van de bestuurder eenvoudiger eenzijdig te kunnen wijzigen.

5.5.2.2 Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst

Uitgangspunt van een overeenkomst is dat beide partijen de overeengekomen prestatie nakomen. Als partijen de overeenkomst wensen te wijzigen, dan dienen zij daarover overeenstemming te bereiken. Een eenzijdige wijziging is niet mogelijk, tenzij

139 Zie hierover onder meer Beltzer 2004, Bungener 2008, Beltzer 2008, De Laat 2008 en Van Slooten 2009.

140 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (Stoof/Mammoet).

141 Zie hierover bijvoorbeeld De Laat 2011.

sprake is van een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 of 6:258 BW. Het algemeen vermogensrecht staat er niet aan in de weg dat partijen een eenzijdig wijzigingsbeding overeenkomen waarin één der partijen de bevoegdheid wordt toegekend om de overeenkomst tijdens de looptijd te wijzigen. Is sprake van onevenwichtige contractspartijen, zoals consumenten, dan is die bevoegdheid in sommige gevallen enigszins aan banden gelegd. Bungener gebruikt het voorbeeld van de reisovereenkomst. Door artikel 7:505 BW wordt de reiziger beschermd tegen ongebreidelde eenzijdige wijzigingen door de reisorganisator.¹⁴²

Ook het arbeidsovereenkomstenrecht kent een bijzondere regeling over het eenzijdig wijzigingsbeding: artikel 7:613 BW. Artikel 7:613 BW luidt als volgt:

“De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

Deze bepaling vervangt de oude bepalingen over het reglement en er wordt wel betoogd dat de ratio van de regeling is dat met een eenzijdig wijzigingsbeding de werkgever niet met iedere werknemer hoeft te onderhandelen over gewenste wijzigingen in collectieve regelingen.¹⁴³ Uit het *Stoof/Mammoet*-arrest blijkt dat ook de Hoge Raad de mening is toegedaan dat artikel 7:613 BW ‘veeleer’ ziet op wijzigingen in collectieve regelingen.¹⁴⁴ Is een eenzijdig wijzigingsbeding niet overeengekomen, dan is de werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van een werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Over dergelijke voorstellen moet dan overeenstemming worden bereikt, waarbij artikel 7:611 BW van belang kan zijn. Hierbij komt de *Taxi Hofman*-formule¹⁴⁵ in beeld, zoals nader uitgewerkt in *Stoof/Mammoet*.¹⁴⁶

Deze systematiek lijkt helder, maar bij nadere beschouwing blijven er nog zeker vragen open. Het onderwerp van de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt een proefschrift op zich¹⁴⁷ en het gaat het bestek van dit boek te buiten dit leerstuk verder uit te diepen. Relevant voor dit onderzoek is de vraag of van bestuurders meer verwacht wordt dan van ‘gewone’ werknemers als het gaat om wijziging van de arbeidsvoorwaarden en of de arbeidsrechtelijke regels botsen met de vennootschapsrechtelijke regels. Met betrekking tot dat laatste is van belang dat de Code Frijs de raad van commissarissen de opdracht geeft te zorgen dat het contract met de bestuurder eenzijdige wijziging mogelijk maakt: de claw back-clausule

142 Ontleend aan Bungener 2008a en 2008b, p. 72-73.

143 Ascher-Vonk 2004 p. 23. Zie ook Beltzer 2004, p. 31.

144 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.3. Zie hierover – uitgebreid – Van Slooten 2008, p. 65.

145 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, JAR 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

146 HR 11 juli 2008, JAR 2008/204 (*Stoof/Mammoet*), r.o. 3.3.3.

147 Zie de dissertaties van Bungener 2008 en Gundt 2009.

alsmede de mogelijkheid in te grijpen (eenzijdig) bij een ongewenst bonusresultaat. De wetgever heeft deze handschoen opgepakt en met ingang van 1 januari 2014 zijn aan artikel 2:135 BW de leden 6, 7 en 8 toegevoegd. Deze leden zien op aanpassingen terugvordering van variabele beloning.¹⁴⁸

5.5.2.3 Aanpassing en terugvordering van bezoldiging, de Wet claw back.

Artikel 2:135 lid 6 BW introduceert een aanpassingsbevoegdheid van de bonus. Met de invoering van lid 7 wordt beoogd te voorkomen dat een bestuurder door eigenbelang wordt gedreven in situaties van een openbaar bod. Lid 8 ten slotte geeft de vennootschap de bevoegdheid een bonus terug te vorderen als die gebaseerd is op onjuiste informatie. Aanleiding voor de nieuwe regels is de financiële crisis en de maatschappelijke discussie over bestuurdersbeloningen.¹⁴⁹ Het wetsvoorstel is kritisch ontvangen, zowel in de literatuur¹⁵⁰ als door de gecombineerde commissie vennootschapsrecht die de minister van justitie adviseert over wetsvoorstellen op het gebied van vennootschapsrecht.¹⁵¹ De kritiek komt er samengevat op neer dat de nieuw geïntroduceerde mogelijkheden weinig toevoegen aan bestaande regelingen zoals de regeling van 6:248 BW en de regeling omtrent onverschuldigde betaling en waarschijnlijk het doel (voorkomen van te hoge bonussen) niet bereiken. Ik deel de kritiek en ben het eens met de kwalificatie 'symboolwetgeving'. De nieuwe regels geven wel een goed inzicht in de wijze waarop de wetgever aankijkt tegen samenloop tussen de contractuele relatie en de vennootschapsrechtelijke relatie.

Aanpassing variabele beloning (artikel 2:135 lid 6 BW)

Het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging vast te stellen krijgt in lid 6 ook de bevoegdheid de hoogte van de bonus aan te passen tot een *passende hoogte* indien uitkering van de bonus naar *maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn*. 'Bonus' wordt omschreven 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.

Een vergelijkbare bepaling is, na aanbevelingen in het rapport van de monitoring commissie 2007, in 2008 opgenomen in de Code Frijns (best practice II.2.). Uit de verantwoording van het werk van de commissie blijkt dat het de bedoeling dat de raad van commissarissen zich niet alleen bij nieuwe contracten, maar ook bij bestaande contracten moet inspannen de bevoegdheid tot aanpassing in het contract

148 Wet van 11 december 2013, *Stb.* 2013, 563 (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 512). De nieuwe bepalingen gelden niet alleen voor bestuurders van naamloze vennootschappen, maar ook voor bestuurders van coöperaties en besloten vennootschappen die een bank zijn (artikel 2:53a lid 2 en 2:245 lid 2 BW) en van onderlinge waarborgmaatschappijen die een verzekeraar zijn. Is sprake van een financiële onderneming dan strekt de regeling zich niet alleen uit tot bestuurders, maar ook tot zogeheten feitelijk beleidsbepalers, art. 1.111 Wft.

149 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 512, nr. 3, p. 1 en 2.

150 Zie bijvoorbeeld Duk 2011, Lennarts & Meijer-Wagenaar 2011 en Bennaars & Vestering 2010.

151 Zie de rapporten van 29 maart 2012 en 15 mei 2010, te vinden op www.knb.nl/adviezen-gcv.

vast te leggen.¹⁵² Van de 32 gepubliceerde reacties¹⁵³ op de voorstellen voor een tekst voor de code, gaat alleen de gecombineerde commissie vennootschapsrecht uitgebreider in op de juridische kwalificatie van de claw back- en ultimatum remedium-clausule. De gecombineerde commissie merkt terecht op dat onduidelijk is waarom van een bevoegdheid wordt gesproken: het is niet aan de commissie contractspartijen andere bevoegdheden dan die uit de wet volgen te geven.

Artikel 2:135 lid 6 BW beoogt kennelijk aan dit bezwaar tegemoet te komen.¹⁵⁴ Ook als geen eenzijdige wijzigingsmogelijkheid in de overeenkomst met de bestuurder is opgenomen, kan de bonus worden aangepast. De regering laat er in de parlementaire geschiedenis geen misverstand over bestaan dat met “*maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*” naar dezelfde norm wordt verwezen als in artikel 2:8 en artikel 6:248 lid 2 BW. Ook de *Stoof/Mammoet*-criteria spelen een rol, aldus nog steeds de regering.¹⁵⁵ In die zin voegt het lid 6 dus niets toe. Aanpassing van het bezoldigingsbesluit kon al op grond van artikel 2.8 BW en een aanpassing van de overeenkomst op grond van artikel 6:248 lid 2 BW of, als het een arbeidsovereenkomst betreft op grond van artikel 7:611 BW.

Het verschil met de best practice in de Code Frijns is dat de Code Frijns er van uit gaat dat de aanpassingsbevoegdheid moet worden opgenomen in de contractuele verhouding tussen partijen en artikel 2:135 lid 6 BW een wettelijke bevoegdheid ‘schept’. Van scheppen lijkt mij geen sprake omdat die bevoegdheid mijns inziens al volgt uit 2:8, 6:248 lid 2 en 7:611 BW. De wetgever wijst er op dat artikel 6:248 lid 2 BW een correctie van rechtswege bewerkstelligt, terwijl het nieuwe lid 6 een grondslag voor een *bevoegdheid* creëert.¹⁵⁶ Ik vind dat onderscheid niet erg relevant. Of nu een beroep wordt gedaan op 2:135 lid 6 BW of op de andere genoemde bepalingen, in beide gevallen zal de vennootschap moeten kunnen aantonen dat ongewijzigde uitvoering van de afspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In de *ABN AMRO*-zaken,¹⁵⁷ die toch in vergaande mate de aanleiding voor deze wetgeving lijken te zijn, is éénmaal het standpunt van de vennootschap om overeengekomen bonussen niet uit te hoeven keren, gevolgd. Dat betrof de zaak *ABN AMRO/De Jong*. De kantonrechter honoreerde niet zozeer het beroep op 6:248 lid 2 BW,

¹⁵² Code Frijns p. 54.

¹⁵³ www.corpgov.nl/sept_2008_reacties_aanpassingsvoorstellingen

¹⁵⁴ De Monitoring Commissie heeft in haar rapport 2010 (over verslagjaar 2009) terecht opgemerkt dat de actie van de wetgever prematuur is (p. 32). In het verslagjaar 2009 hadden 86 van de 100 onderzochte fondsen de billijkheidstoets al ingevoerd en 73 van de 100 hadden de claw back bepaling al ingevoerd. De Commissie wijst er eveneens terecht op dat het selectief wettelijk regelen van principes uit de code het systeem van zelfregulering in de weg staat.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 32 512, nr. 3, p. 17.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 32 512, nr. 3, p. 19.

¹⁵⁷ Rb. Amsterdam (ktr.) 29 december 2008, *JAR* 2009/26 (*ABN AMRO/Schmittmann*), Rb. Amsterdam (ktr.) 7 oktober 2009, *JAR* 2009/261 (*ABN AMRO/De Jong*), Rb. Utrecht (ktr.) 9 oktober 2009, *JAR* 2009/264 en 65 (*ABN AMRO/X*).

maar paste een belangenafweging toe die in het nadeel van de bestuurder uitviel. Het Hof Arnhem heeft deze uitspraak overigens vernietigd.¹⁵⁸

Ik betwijfel of een beroep op artikel 2:135 lid 6 BW tot hele andere uitkomsten had geleid. Gelet op de mate waarin de regeling lijkt te zijn toegeschreven op de 'ABN AMRO' situatie, kan ik mij voorstellen dat in een exact vergelijkbaar geval, de rechter thans een beroep van de vennootschap op artikel 2:135 lid 6 BW niet makkelijk ter zijde kan schuiven.¹⁵⁹ Andere gevallen (geen financiële crisis, geen staatsinterventie etc.) zullen naar mijn inschatting niet eenvoudig kunnen profiteren van het nieuwe lid 6. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat een evenwichtig bonus-systeem al zoveel mogelijk rekening houdt met dergelijke omstandigheden (vergelijk de verplichte scenario-analyses). Moderne afspraken laten, als het goed is, minder ruimte voor een beroep op lid 6 (of 6:248 lid 2, 2:8 of 7:611 BW).

Het probleem van samenloop lijkt hier, ondanks de verschillende toepasselijke bepalingen, niet te spelen nu de vennootschapsrechtelijke en vermogensrechtelijke norm zo uitdrukkelijk gelijk is. Opvallend is dat de wetgever ervan uitgaat dat de bestuurder zich altijd op nakoming van zijn *contract* zal beroepen en niet op uitvoering van het bezoldigingsbesluit, terwijl het toch gaat om een extra lid van artikel 2:135 BW, het artikel waarin de uiteindelijk de bevoegdheid tot het nemen van een bezoldigingsbesluit is neergelegd.¹⁶⁰ Ik zie hierin een aanwijzing voor mijn stelling dat het bezoldigingsbesluit geen direct externe werking zou moeten hebben, maar indirect externe werking (zie hierover paragraaf 5.4.3 van dit hoofdstuk). Een naar mijn oordeel sterk argument waarom van de bestuurder meer verwacht kan worden als het gaat om aanpassing van zijn beloning is dat de bestuurder als orgaan van de vennootschap het belang van de vennootschap voor ogen moet houden. Er valt uiteraard iets voor te zeggen dat dat van de bestuurder weer niet verwacht hoeft te worden als zijn eigen belang in het geding is. Gelet op de verwevenheid van beide rechtsbetrekkingen, zou ik menen dat van een bestuurder meer verwacht mag worden dan van een gewone werknemer, ook zonder artikel 2:135 lid 6 BW, maar op basis van 2:8 BW. Gewone werknemers zijn niet gebonden aan vergelijkbare bepalingen waaruit blijkt dat zij het belang van hun werkgever voor ogen moeten houden.

Opmerkelijk is overigens de wetsgeschiedenis over het begrip bonus. Zoals eerder al opgemerkt wordt het begrip bonus omschreven 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. Uit de memorie van toelichting op lid 6 valt af te leiden dat afvloeiingsregelingen niet onder het begrip bonus vallen.¹⁶¹ In de nota van wijziging neemt de minister een ander standpunt in:

158 Hof Arnhem 28 september 2010, JAR 2010/270 (*De Jong/RBS*).

159 Zie in gelijke zin Bennaars & Vestering 2010, p. 23.

160 *Kamerstukken II* 32 512, nr. 3, p. 19.

161 *Kamerstukken II* 32 512, nr. 3, p. 8/9. Zie ook Lennarts & Meijer-Wagenaar 2011, p. 1035 l.k.

“Met betrekking tot vertrekvergoedingen – uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband – kan een onderscheid worden gemaakt tussen een tussen de vennootschap en de bestuurder afgesproken vergoeding en een uitkering die door de rechter wordt vastgesteld in het kader van een procedure tot beëindiging van het dienstverband van de bestuurder. Uitsluitend de tussen de vennootschap en de bestuurder overeengekomen vertrekvergoeding valt onder de definitie van het begrip bonus. De toekenning van deze vergoeding zal afhankelijk zijn gesteld van het (voortijdig) vertrek van de bestuurder. De uitkering die door de rechter wordt vastgesteld wordt niet toegekend door de vennootschap en valt derhalve buiten de definitie.”¹⁶²

Kennelijk gaat de minister uit van vertrekvergoedingen die zijn overeengekomen voordat sprake is van een vertrek, bijvoorbeeld aan het begin van de benoeming. Hoewel er iets voor te zeggen is om een vooraf overeengekomen vertrekvergoeding als arbeidsvoorwaarde te beschouwen,¹⁶³ is dit toch wel een erg ver doorgevoerde doelredenering. Om nu te zeggen dat sprake is van een bonus omdat de vergoeding afhankelijk is van het vertrek (en daarmee kennelijk afhankelijk van het zich voordoen van een bepaalde omstandigheid), rekt de minister het begrip bonus wel ver op. Een door de rechter vastgestelde vergoeding heeft het karakter van een schadevergoeding of van een billijkheidsvergoeding. Een beëindigingsvergoeding ziet op het repareren of verzachten van de gevolgen van de beëindiging en hebben doorgaans niets te maken met beloning voor geleverde prestaties. De vertrekvergoedingen die door partijen worden afgesproken beogen ofwel een einde te maken aan een geschil over een beoogde beëindiging ofwel een geschil daarover te voorkomen (als het afgesproken wordt voordat een vertrek aan de orde is). Ook in die gevallen gaat het om een vergoeding die beoogt de financiële gevolgen van het ontslag te regelen. Met een beloning voor behaalde prestaties heeft het niets te maken. De maatschappelijke verontwaardiging die ontstaat als een bestuurder een aanspraak kan blijven maken op een vooraf overeengekomen vertrekvergoeding terwijl zijn functioneren te wensen over laat, is begrijpelijk. Het is evenzeer begrijpelijk dat dit als een onwenselijk wordt beschouwd. Ik betwijfel ten zeerste of lid 6 hier een oplossing voor biedt.

De change-of-controlbepaling (2:135 lid 7 BW)

Het nieuwe artikel 2:135 lid 7 BW beoogt er toe te leiden mogelijk voordeel dat de bestuurder verkrijgt in verband een waardestijging van de aandelen en opties die optreedt in verband met een openbaar bod of een belangrijk bestuursbesluit in de zin van artikel 2:107a BW, te neutraliseren door bonussen in lijn met het al besproken lid 6 aan te passen.¹⁶⁴ Doelstelling is het bevorderen van een zuivere belangenafweging. Bijzonder is dat het er voor toepassing van de regeling niet toe doet hoe de bestuurder het aandelenbezit heeft verworven. Het gaat dus niet alleen om aandelen en opties die bij wijze van beloning zijn toegekend. Evenmin is van belang of de bestuurder ook daadwerkelijk de waardestijging omzet in klinkende munt. Hoewel

¹⁶² Kamerstukken II 32 512, nr. 7, p. 3.

¹⁶³ Vgl. Bennaars & Vestering 2010, p. 18 r.k.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 32 512, nr. 3, p. 19 en nr. 9, p. 2.

de regeling via een derde nota van wijziging is aangepast naar aanleiding van kritiek van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht, is de commissie nog steeds erg kritisch over de regeling.¹⁶⁵ De commissie wijst er terecht op dat het combineren van twee doelstellingen (voorkomen van tegenstrijdige belangen en het voorkomen van bovenmatige beloning) in één regeling niet goed uitpakt.¹⁶⁶

De claw back-bepaling (2:135 lid 8 BW)

Het voorgestelde lid 8 bepaalt dat de vennootschap een uitbetaalde bonus kan terugvorderen voor zover de uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie. Expliciet is bepaald dat de vordering ook kan worden ingesteld door de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders in geval sprake is van een one tier board. Het gaat hier, anders dan in lid 6, dus om aanpassing *nadat* al is uitbetaald. De wetgever heeft expliciet willen regelen dat de vordering tot terugbetaling ook kan worden ingesteld door de raad van commissarissen. In de memorie van toelichting is het volgende opgenomen:

“Vervolgens rijst de vraag wie de vennootschap voor het instellen van de vordering kan vertegenwoordigen. In beginsel wordt de vennootschap vertegenwoordigd door haar bestuur c.q. een of meerdere individuele bestuurders. Dat uitgangspunt wordt met het wetsvoorstel niet aangetast. Aangezien er echter een belangenconflict tussen de bestuurders en de vennootschap kan bestaan, is het wenselijk dat buiten kijf staat dat ook de raad van commissarissen respectievelijk de niet-uitvoerende bestuurder in geval van een *one tier board* tot vertegenwoordigen van de vennootschap kunnen overgaan. Naar aanleiding van reacties op de consultatieronde bevat lid 8 een voorziening in geval van afwezigheid van een raad van commissarissen of *one tier board*: de algemene vergadering kan dan een bijzondere vertegenwoordiger aanwijzen.”¹⁶⁷

De constatering van de wetgever is juist. Het is opvallend dat het kennelijk alleen voor dit lid 8 nodig geacht wordt om het expliciet te regelen. Voor alle gevallen waarin de vennootschap een vordering tegen een bestuurder zou willen indienen, zou dit moeten gelden.

Ook lid 8 is ontleend aan de Code Frijns (best practice II.2.11). Hetgeen hierover is opgemerkt bij de bespreking van lid 6 geldt *mutatis mutandis* ook hier. Net als lid 6, is lid 8 een aanvulling op bestaande vermogensrechtelijke regels, te weten de regeling van onverschuldigde betaling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat het niet relevant is of de bonus ten onrechte is uitgekeerd door *toedoen* van de betreffende bestuurder. Het doet er evenmin toe op welke informatie het beoordelen van de prestatiedoelen is gebaseerd. Dat kan zowel de jaarrekening zijn als onderzoeken van externen (bijvoorbeeld klanttevredenheidsonderzoeken).

Het terugvorderen van ten onrechte gedane loon- of andere betalingen aan de werknemer is niet nieuw: ook op grond van bestaande regelingen is het ten onrechte betaalde onverschuldigd betaald en kan de werkgever dat terugvorderen. De rechter

¹⁶⁵ Zie het rapport van 29 maart 2012, te vinden op www.knb.nl/adviezen-gcv.

¹⁶⁶ Zie Koster 2014 over mogelijke complicaties bij een juridische fusie of splitsing.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 32 512, nr. 3, p. 23.

maakt in de praktijk een billijkheidsafweging op grond van goed werkgeverschap en goed werknemerschap. Die afweging leidt er nog al eens toe dat onverschuldigd betaalde bedragen door de werknemer toch niet hoeven worden terugbetaald. Kernoverwegingen daarbij zijn dat de werknemer in veel gevallen te goeder trouw is en niet had hoeven begrijpen dat hij het loon (of andere betalingen) ten onrechte had verkregen. Bovendien pleegt een werknemer zijn levensstandaard aan te passen aan de bedragen die hij ontvangt. Daar staat tegenover dat als de werknemer het wel had kunnen weten en er rekening mee had kunnen houden, de rechter hem wel tot terugbetaling zal veroordelen.¹⁶⁸ Ter Haseborg betoogt dat de claw back-clausule gelet op de jurisprudentie in strijd kan komen met de redelijkheid en billijkheid. Dit doet zich voor als de bestuurder/werknemer er geen rekening mee had hoeven houden dat onder omstandigheden zou moeten worden terugbetaald.¹⁶⁹

De verantwoordingsverplichting (artikel 2:383c lid 6 BW)

Aan de bepalingen over de jaarrekening in Boek 2 is toegevoegd dat de vennootschap opgave moet doen van het bedrag van de aanpassing dan wel terugvordering van de bezoldiging als bedoeld in artikel 2:135 lid 6 t/m 8 BW. Deze verantwoording is alleen aan de orde als ook daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden. Is dat niet het geval, maar kan er discussie bestaan over de vraag of er gebruik had moeten of kunnen worden gemaakt van de bevoegdheden tot aanpassing of terugvordering, kan de raad van commissarissen er voor kiezen toe te lichten waarom er geen gebruik is gemaakt van die bevoegdheden.¹⁷⁰ Hoewel aandeelhouders de raad van commissarissen niet kunnen verplichten van de bevoegdheden gebruik te maken, kunnen zij wel via het agenderingsrecht een voorstel doen tot gebruikmaking van de bevoegdheden. Door de verantwoordingsverplichting en het agenderingsrecht wordt de raad van commissarissen enigszins gedwongen actief te overwegen of zij de hun gegeven bevoegdheden moeten inzetten of niet.

Het is overigens opvallend dat in de parlementaire geschiedenis lijkt te worden aanvaard dat contractueel wordt afgeweken van de terugvorderingsbevoegdheden. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het zo kan zijn dat de raad van commissarissen niet voor gebruikmaking van de bevoegdheden kiest bijvoorbeeld *“omdat het contract met de bestuurder in deze situatie voorziet en voor deze situatie reeds een begrenzing is afgesproken”*.¹⁷¹ Er wordt dus niet verwezen naar de vennootschappelijke bevoegdheid om de bezoldiging vast te stellen.

¹⁶⁸ Zie voor Hofkes 1996 en Ter Haseborg 2009 voor voorbeelden uit de jurisprudentie.

¹⁶⁹ Ter Haseborg 2009.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 35 512, nr. 3, p. 25.

¹⁷¹ Vgl. *Kamerstukken II 2009/10*, 35 512, nr. 3, p. 25.

5.5.3 Conclusie

Ik trek twee conclusies uit de invoering van de artikelen 2:135 lid 6, 7 en 8 BW. In de eerste plaats bieden de bestaande eenzijdige wijzigingsmogelijkheden (2:8, 6:248 en 7:611 BW) kennelijk te weinig ruimte om bestuurdersbeloningen die achteraf beoordeeld te hoog zijn (voor of na uitkering) tegen te gaan. Het valt te betwijfelen of een herhaling van die bepalingen deze ruimte vergroot. De verplichting voor de vennootschap verantwoording af te leggen over het al dan niet gebruiken van deze bevoegdheden ex artikel 2:383c lid 6 BW kan er wel toe leiden dat binnen de vennootschap sneller actie wordt ondernomen, of minstgenomen bewuster wordt nagedacht over de mogelijkheden.

De tweede conclusie is dat de wetgever de bestuurdersbeloning duidelijk vanuit een contractueel kader benadert en niet vanuit het vennootschapsrechtelijke bezoldigingsbesluit. Dit onderstreept dat de direct externe werking van het bezoldigingsbesluit weinig om het lijf heeft.

Interessant is nog de vraag hoe met name lid 6 en lid 8 uitpakken als de bestuurder van de naamloze vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft met een andere concernvennootschap. Als de beloning, inclusief bonus, geregeld is in die arbeidsovereenkomst dan wordt mijns inziens aan toepassing van artikel 2:135 BW niet meer toegekomen. Voor aanpassing of terugvordering gelden dan de bestaande regels.

5.6 De Ondernemingskamer en de bestuurdersbeloning

De Ondernemingskamer kan op verschillende manieren betrokken raken bij de bestuurdersbeloning. In de eerste plaats stelt de Ondernemingskamer de beloning vast van door haar een aangestelde bestuurders (5.6.1). Als de Ondernemingskamer een bestuurder schorst of ontslaat, regelt zij ook de gevolgen daarvan. Dat kan invloed hebben op de beloning (5.6.2). Ten slotte kan de Ondernemingskamer zich uitspreken over de bestuurdersbeloning in het kader van een procedure over wanbeleid (5.6.3).

5.6.1 De Ondernemingskamer stelt de beloning vast van door haar aangestelde bestuurders

Op grond van artikel 2:357 lid 4 BW kan de Ondernemingskamer regelen dat en op welke wijze een door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurder beloond wordt. Aangezien bij een dergelijke benoeming naar mijn oordeel geen contractuele band ontstaat tussen bestuurder en vennootschap (zie hoofdstuk IV, paragraaf 4.2.1.3) behoeft dit in het kader van dit onderzoek geen verdere bespreking.

5.6.2 De Ondernemingskamer regelt de gevolgen van schorsing of ontslag

In de tweede plaats kan de Ondernemingskamer, eveneens op voet van artikel 2:357 lid 4 BW alsook op grond van artikel 2:349a BW de gevolgen van een schorsing of ontslag regelen. Bij het regelen van de gevolgen van de schorsing, beslist de Ondernemingskamer soms dat de bezoldiging moet worden stopgezet.¹⁷² Hiermee grijpt de Ondernemingskamer niet alleen in in de vennootschapsrechtelijke verhouding maar ook in de civiele verhouding tussen partijen. Lange tijd is de gedachte geweest dat dit in strijd is met het arbeidsrecht. In 2003 heeft de Hoge Raad¹⁷³ immers overwogen dat een werknemers tijdens schorsing altijd recht op loon heeft, ook als de schorsing aan hemzelf te wijten is. Dit zou alleen anders zijn indien partijen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid ex artikel 7:628 lid 5 BW. Dit artikel bepaalt dat gedurende de eerste zes maanden dat de arbeidsovereenkomst duurt, schriftelijk mag worden afgeweken van de regel dat de werknemer recht op loon behoudt indien hij niet werkt vanwege een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is duidelijk geworden dat, ondanks het arrest *Van der Gulik/Visser&Partners*, de bedoeling is van de wetgever dat in situaties van schorsing door de werkgever altijd ruimte bestaat tijdens de schorsing het loon niet betalen omdat de schorsing een omstandigheid is die redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. Of de schorsing in een concreet geval inderdaad voor risico van de werknemer komt, wordt uiteindelijk door de rechter bepaald.¹⁷⁴

Een bestuurder-werknemer die wordt geschorst *door de vennootschap* onder stopzetting van zijn loon, kan daarover in twee feitelijke instanties procederen. De bestuurder die door de Ondernemingskamer wordt geschorst onder stopzetting van de bezoldiging, kan zich slechts wenden tot de Hoge Raad. Daarbij komt nog dat de bestuurder niet altijd een volwaardige procespartij is, maar belanghebbende. Met ingang van 1 januari 2013¹⁷⁵ is artikel 2:349a BW gewijzigd. Aan lid 1 is toegevoegd dat iedere

172 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 2 maart 2001, *JAR* 2001/125 (*Baan/Pattynama*), waarover kritisch Van Slooten 2001. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 december 2002, *JOR* 2003/63 (*Aesculaap*) waarin eveneens twee bestuurders in persoon zijn geschorst onder stopzetting van hun salaris. In latere uitspraken wordt nog wel eens de vergoeding stopgezet bij schorsing van een bestuurder in persoon, maar niet steeds is duidelijk of dan sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vaak wordt verwezen naar 'vergoeding' of 'managementvergoeding'. Vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 24 mei 2013, *ARO* 2013/85 (*Casses*), Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2014, *ARO* 2014/147 (*Marketing People*) en Hof Amsterdam (OK) 17 november 2009, *ARO* 2009/180 (*GBE*) waarin de Ondernemingskamer twee bestuurders in persoon schorst en een bestuurder benoemd. De benoemde bestuurder krijgt de bevoegdheid het salaris van de geschorste bestuurders vast te stellen. Hoewel geen sprake was van een arbeidsovereenkomst maar van een opdrachtovereenkomst, is deze uitspraak toch het vermelden waard. De Ondernemingskamer kent hier bevoegdheden toe aan de benoemde bestuurder die niet tot zijn wettelijke bevoegdheden behoren (namelijk het vaststellen van de bezoldiging van een andere, geschorste, bestuurder). Het is de vraag of de Ondernemingskamer haar bevoegdheid hier niet teveel oprekt. Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 806.

173 HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (*Van der Gulik/Visser&Partners*).

174 *Kamerstukken I* 33 818, C, p. 101-102 en E, p. 14-15.

175 Inwerkingtreding Wet aanpassing enquête-recht (*Stb.* 2012, 274).

belanghebbende een verweerschrift kan indienen. Ten opzichte van de daarvoor bestaande situatie heeft de bestuurder die zich geconfronteerd ziet met een dreigende arbeidsrechtelijke consequentie van een door de Ondernemingskamer te treffen (voorlopige) voorziening, in ieder geval de mogelijkheid zich te verweren. Blijft staan dat hij daarvoor slechts één instantie heeft.

Het is ook nog maar de vraag of de Ondernemingskamer daadwerkelijk de bevoegdheid heeft de arbeidsrechtelijke gevolgen te regelen. Artikel 2:357 lid 2 BW bepaalt de Ondernemingskamer zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen regelt. Dat regelen van de gevolgen van een voorziening mag niet zover gaan dat de limitatieve opsomming van mogelijke voorzieningen in artikel 2:356 BW wordt doorbroken.¹⁷⁶ Dat betekent onder meer dat de Ondernemingskamer wel een besluit kan vernietigen maar geen door de vennootschap gesloten overeenkomst kan vernietigen of ontbinden. Voor bestuurders met hun dubbele rechtsbetrekking lijkt dit onderscheid te zijn vervaagd en grijpt de Ondernemingskamer wel in in gesloten overeenkomsten.

5.6.3 De Ondernemingskamer oordeelt over de bezoldiging in het kader van wanbeleid

In de derde plaats kan ook de bezoldiging zelf onderwerp van een enquêteprocedure zijn. Een te ruimhartige bezoldiging van bestuurders kan wanbeleid opleveren en leiden tot vernietiging van een bezoldigingsbesluit door de Ondernemingskamer. Vooral in het eerste decennium van deze eeuw heeft de Ondernemingskamer zich hierover een aantal keer uitgesproken.

Een voorbeeld hiervan is de *Rodamco*-zaak.¹⁷⁷ Het gaat in die zaak om het opwerpen van beschermingswal. Eén van de beweerdelijke beschermingsmaatregelen is het wijzigen van de arbeidsovereenkomsten met bestuurders ten gunste van de bestuurders zodat altijd een vergoeding wordt betaald, ook als geen ontslag volgt, na een change-of-control. De Ondernemingskamer oordeelt dat deze wijzigingen geen enkele rechtvaardiging vinden in de redelijkerwijze met change-of-control clauses te bereiken doelen (het behouden van belangrijke werknemers/bestuurders na een overname). De wijzigingen gaan verder dan noodzakelijk kan worden geacht voor het waarborgen van de continuïteit van de bedrijfsvoering. De Ondernemingskamer oordeelt dat sprake is van wanbeleid en vernietigt de besluiten tot de wijzigingen van de overeenkomsten met de bestuurders en laat het regelen van de gevolgen van de vernietiging over aan de raad van bestuur. De vennootschap en (onder meer) de

176 HR 1 maart 2002, *JOR* 2002/79, *NJ* 2002, 296 (*Zwagerman*). Zie ook *Losbladige Rechtspersonen*, P.G.F. A. Geerts, art. 2:357, aant. 4 en de daar aangehaalde literatuur. Aangenomen moet worden dat artikel 2:357 BW ook geldt bij voorlopige voorzieningen ex artikel 2:349a BW, *Losbladige Rechtspersonen*, P.G.F.A. Geerts, art. 2:349a, aant. 3.7.

177 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2002, *JOR* 2002/82 m.nt. Van den Ingh, *ARO* 2002/35 en HR 18 april 2003 *JOR* 2003/110 m.nt. Blanco Fernández (*Rodamco*). Zie over deze zaak en de hierna te bespreken *Ahold*-zaak ook Duk 2003.

bestuurders komen tegen deze uitspraak op in cassatie, maar de Hoge Raad laat de uitspraak van de Ondernemingskamer in stand.

De Ondernemingskamer is in deze zaak strenger voor de bestuurders dan voor de gewone werknemers die een change-of-controlbepaling hadden, nu de bestuurders de besluitvorming van de raad van commissarissen hebben voorbereid. Opvallend is ook dat de Ondernemingskamer het aan het bestuur overlaat de gevolgen te regelen van de vernietiging van de besluiten.

In de *Getronics*-zaak¹⁷⁸ houden afgesproken afvloeiingsregelingen wel stand. Het betrof een enquêteverzoek ingesteld door de VEB en een aantal aandeelhouders. Aan de orde is de vraag of in redelijkheid tot de afvloeiingsregelingen had kunnen worden besloten. De bestuurders worden door de aandeelhouders verantwoordelijk gehouden voor de slechte resultaten. De vennootschap stelt dat sprake is van eerder gemaakte afspraken. De Ondernemingskamer overweegt dat het in strijd kan zijn met beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur uitvoering te geven aan zodanige eerder gemaakte afspraken *“indien de beëindiging van de relatie met een bestuurder van een vennootschap (en het daardoor naar de letter genomen toepasselijk worden van een afvloeiingsregeling) haar grond vindt in gevoerd beleid dat de toets der kritiek niet kan doorstaan, althans daaraan uitvoering te geven zonder gedegen onderzoek – daaronder onder omstandigheden begrepen het voeren van een rechtsgeding – naar de vraag of en zo ja in hoeverre sprake is van rechtens afdwingbare gehoudenheid tot uitvoering ervan. Daarbij komt – mede – gewicht toe aan de inhoud van de getroffen regeling, zulks in samenhang met de omstandigheden waaronder en het tijdstip waarop de afspraken zijn gemaakt.”* In het onderhavige geval vindt de Ondernemingskamer dat er onvoldoende feiten en omstandigheden aannemelijk geworden zijn die leiden tot twijfel aan het beleid van Getronics om de afspraken na te komen.

Wellicht zou anders geoordeeld zijn indien deze zaak had gespeeld na de invoering van artikel 2:135 lid 6 BW. De Ondernemingskamer verwijst immers naar de vraag in hoeverre de bestuurder de gemaakte afspraken kan afdwingen. De vermeerderde aandacht voor de aanpassingsbevoegdheid door de Wet claw back zou hier een rol in kunnen spelen.

In de al eerder besproken *AHOLD*-zaak¹⁷⁹ gaat het over het beloningspakket van bestuurder Moberg, de vertrekregeling van oud-bestuurders Van der Hoeven en Meurs en het beleid ten aanzien van het terugvorderen van bonussen. De klachten van de aandeelhouders ten aanzien van Moberg zijn onder meer de volgende: de informatie over het beloningspakket is te laat aan de algemene vergadering verstrekt, het beloningspakket is exorbitant, de prestatiecriteria voor de bonus zijn niet bekendgemaakt en de arbeidsovereenkomst met Moberg had gesloten moeten worden onder de voorwaarde dat de algemene vergadering zou instemmen met diens

178 Hof Amsterdam (OK) 2 september 2004, *JOR* 2004/271 m.nt. Brink (*VEB/Getronics*).

179 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*AHOLD*).

benoeming (zonder dat bij niet benoeming de overeengekomen ontslagvergoeding niet zou gelden). De Ondernemingskamer wijst er in zijn oordeel op dat de statuten bepalen dat de beloning en verdere arbeidsvoorwaarden voor de bestuurders door de RvC worden vastgesteld. Niet gezegd kan worden dat destijds (2003) als beginsel van corporate governance gold dat informatie voorafgaand aan de algemene vergadering verstrekt zou moeten worden. Het is in beginsel aan het orgaan dat bevoegd is de voorwaarden vast te stellen, om te oordelen welke afspraken geëigend zijn. Voor twijfel aan een juist beleid ter zake is pas plaats indien sprake is van afspraken die zodanig zijn dat daartoe in redelijkheid niet had kunnen worden gekomen. Daarvan is naar het oordeel van de Ondernemingskamer in dit geval geen sprake. Hoewel de Ondernemingskamer kritisch is over de afspraak dat Moberg de ontslagvergoeding (2 jaarsalarissen en bonus) ook ontvangt als de algemene vergadering zou besluiten niet tot benoeming over te gaan een ander lot zou kunnen delen, ziet de Ondernemingskamer ook hier geen reden aan een juist beleid te twijfelen. Voor wat betreft het niet openbaar maken van de prestatiecriteria geldt dat dit in overeenstemming is met het inmiddels door de algemene vergadering vastgestelde beleid te dier zake. Daarom is er geen grond voor twijfel aan een juist beleid. De Ondernemingskamer laat uitdrukkelijk in het midden hoe hierover geoordeeld zou moeten worden indien geen overeenstemmend beleid was vastgesteld. De vertrekregelingen ten aanzien van Van der Hoeven en Meurs zijn evenmin aanleiding om te twijfelen aan een juist beleid. De gemaakte keuzes zijn verdedigbaar en dat is volgens de Ondernemingskamer de toets die moet worden aangelegd. De klachten omtrent het terugvorderen van de bonussen (als gevolg van de herziening van de cijfers) delen hetzelfde lot. Ahold heeft besloten slechts terug te vorderen over 2000 en 2001 en niet over 1999 en 1998 omdat met dat laatste relatief geringe bedragen gemoeid zijn. De aanpak, die behoort tot de beleidsvrijheid van de vennootschap geeft geen aanleiding te twijfelen aan juist beleid.

In de *PCM-zaak*¹⁸⁰ leveren de vertrekregelingen, hoewel in strijd met de corporate governance code, geen wanbeleid op. De enkele omstandigheid dat afspraken in strijd zijn met de Code is onvoldoende om die afspraken als wanbeleid aan te merken. Aan de hoogte van beloningen kan niet een argument worden ontleend voor het constateren van wanbeleid. In casu kan niet worden gezegd dat de gevolgde handelwijze in strijd was met verantwoord ondernemerschap, aldus de Ondernemingskamer. De managementparticipatieregeling kan echter niet door de beugel en draagt bij tot de conclusie dat sprake is van wanbeleid. De Ondernemingskamer vernietigt de besluiten van de algemene vergadering tot het verlenen van decharge aan het bestuur van PCM voor het gevoerde beleid en aan de raad van commissarissen voor het op dat beleid in gehouden toezicht.

180 Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 m.nt. Stevens (*PCM*). Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2005, *JOR* 2005/239, *ARO* 2005/118 (*Boogaard/Bouwbuuro*) waarin het besluit van de algemene vergadering om directiesalarissen te verhogen wordt geschorst voor de duur van het onderzoek.

De *Principal*-zaak¹⁸¹ handelt over de vraag of bij de gedane betalingen aan een bestuurder de normen voor goed vennootschapsrechtelijk gedrag zijn nageleefd. De bestuurder in kwestie was tevens prioriteitsaandeelhouder en uit dien hoofde kon hij zijn eigen beloning vaststellen. De op grond van die beslissingen gedane betalingen komen – uiteindelijk – in mindering op de voor uitkering aan de aandeelhouders beschikbare winst. De Ondernemingskamer overweegt dat bij het nemen van de beslissingen over de beloning de normen voor goed vennootschapsrechtelijk gedrag niet mogen worden veronachtzaamd. Die normen, als dus de Ondernemingskamer, worden mede bepaald door de omstandigheid dat de besluiten gevolgen hebben voor andere betrokkenen bij de onderneming (minderheidsaandeelhouders en werknemers). Er is naar het oordeel van de Ondernemingskamer aanleiding voor twijfel over de vraag of de betrokken besluiten met inachtneming van die normen zijn genomen. Dit is aanleiding om het verzoek tot het houden van een enquête toe te wijzen.

In enkele van de hierboven besproken zaken heeft de Ondernemingskamer zich uitgesproken over en zelfs ingegrepen in de afspraken die partijen hebben gemaakt over de bezoldiging. Het is de vraag of dit toelaatbaar is, zeker indien partijen een (arbeids)overeenkomst hebben gesloten. De gewone rechter is, zoals in paragraaf 5.5.2 van dit hoofdstuk beschreven, weinig toeschietelijk als het gaat om het wijzigen van beloning. Alleen al vanuit procedureel oogpunt wordt de bestuurder benadeeld indien zijn beloningspakket onderwerp van een enquêteprocedure is in plaats van onderwerp van een procedure bij de gewone rechter. Een goed voorbeeld is de zaak die in 1997 werd voorgelegd aan het Hof Arnhem.¹⁸² De zaak is vergelijkbaar met de hierboven besproken *Principal*-zaak. Het ging om de bestuurder van een stichting die zichzelf een forse onkostenvergoeding had toegekend. Het Hof overweegt dat dit besluit onredelijk is en de bestuurder dient de genoten vergoedingen terug te betalen.¹⁸³ Anders dan in de *Principal*-zaak was de bestuurder hier wel zelf partij en had hij nog de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan. In de *Principal*-zaak was de bestuurder géén partij en een enquêteprocedure kent nu eenmaal maar één feitelijke instantie.

Naar mijn oordeel wordt de contractuele kant van de relatie tussen bestuurder en vennootschap hier te zeer ondergeschikt gemaakt aan de vennootschapsrechtelijke kant.

Dat het toekennen van een bepaald beloningspakket als wanbeleid kan worden gekwalificeerd staat wat mij betreft niet ter discussie. Daar staat tegenover dat de Ondernemingskamer mijns inziens (veel) terughoudender zou moeten zijn om daaraan – geparafraseerd – de conclusie te verbinden dat de gemaakt beloningsafspraken dus niet zouden hoeven worden nageleefd.

181 Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, RO 2009/10 en ARO 2008/170 (*Principal*).

182 Hof Arnhem 2 december 1997, JOR 1998/28 (*Groenewegen/St. Volwasseneneducatie*).

183 Zie hierover ook W.J. Slagter, in zijn commentaar op art. 2:8 BW, Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2009.