

32 512 Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

De leden van de VVD-fractie vernemen graag een reactie op de brief van VNO-NCW van 2 september 2013. In de brief schrijft VNO-NCW dat zij van mening is dat de voorgestelde regeling inzake artikel 2:135 lid 7 van het Burgerlijk Wetboek in strijd is met het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), omdat hij inbreuk maakt op het eigendomsrecht van bestuurders, disproportioneel is en niet in het algemeen belang. Ik zal hieronder nader ingaan op de in de brief genoemde bezwaren van VNO-NCW.

VNO-NCW meent dat de uitzonderingspositie die Nederland inneemt met de regeling in artikel 135 lid 7 uitermate nadelig is voor de concurrentiepositie van een open economie als de Nederlandse en meent dat vermeende excessen op het bezoldigingsgebied mondiaal of in ieder geval op Europees niveau dienen te worden bestreden.

Het kabinet constateert dat VNO-NCW de stelling dat artikel 135 lid 7 nadelig is voor de concurrentiepositie van de Nederlandse economie, niet onderbouwt. Het loutere feit dat Nederland een uitzonderingspositie inneemt, is naar de mening van het kabinet op zichzelf geen reden voor concurrentienadeel. Het verdient in de optiek van het kabinet de voorkeur om excessen ten aanzien van bezoldiging van bestuurders van beursvennootschappen op internationaal en Europees niveau te bestrijden. Voor de financiële sector is reeds EU-regelgeving tot stand gekomen op dit punt (richtlijn kapitaalvereisten CRD IV).¹ Zolang er voor beursvennootschappen geen EU-regelgeving is om excessieve bezoldiging tegen te gaan, acht het kabinet het wenselijk om op nationaal niveau de voorgestelde maatregelen te nemen.

VNO-NCW meent dat de regeling afbreuk doet aan de vrijheid van ondernemingen om met hun bestuurders een bezoldiging overeen te komen binnen het kader van het door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde bezoldigingsbeleid.

In tegenstelling tot lid 6 en lid 8 van artikel 135, die op de bevoegdheid tot aanpassing respectievelijk terugvordering van bonussen zien, houdt artikel 135 lid 7 een verplichting in. Het is aan individuele ondernemingen om af te wegen of zij gebruik willen maken van de genoemde bevoegdheden. In specifieke situaties, zoals een openbaar bod, geldt de verplichting om een eventuele waardevermeerdering van de aandelen die de bestuurder als bezoldiging zijn toegekend, in te houden op de bezoldiging van de bestuurder.

¹ Richtlijn nr. 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).

VNO-NCW meent dat er sprake is van een inbreuk op de eigendomsrechten van de bestuurder, door de toelichting in de memorie van antwoord dat, in de gevallen dat de bezoldigingsaanspraken minder zijn dan de vastgestelde waardevermeerdering, de vennootschap voor het resterende bedrag een vordering op de bestuurder heeft uit onverschuldigde betaling. Door de claim op het privévermogen wordt ook een onevenredige last op de bestuurder gelegd en is er geen sprake van de door het EVRM vereiste proportionaliteit. Ook het ontbreken van een overgangsregeling waardoor de regeling tevens van toepassing is op aandelen die vóór de inwerkingtreding van de regeling zijn verkregen leidt tot het ontbreken van proportionaliteit, aldus VNO-NCW.

Op grond van artikel 135 lid 7 wordt de eventuele waardevermeerdering van de betrokken aandelen, berekend over de periode rondom het openbaar bod, in mindering gebracht op de bezoldiging die nog aan de bestuurder moet worden uitbetaald. Onder de bezoldiging van de bestuurder vallen alle componenten zoals bedoeld in artikel 383c lid 1, dus ook de uitkeringen betaalbaar op termijn en de uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband. Indien de bezoldigingsaanspraken lager zijn dan de vastgestelde waardevermeerdering, heeft de vennootschap voor het resterende bedrag een vordering uit onverschuldigde betaling op de bestuurder. De vennootschap heeft immers teveel betaald aan de bestuurder, gelet op de verplichting voortvloeiend uit artikel 135 lid 7. Het kabinet acht dit proportioneel. De verplichting uit artikel 135 lid 7 vormt een latente vordering op de bezoldiging van de bestuurder, die zich materialiseert op het moment dat de bestuurder zijn aandelen verkoopt of dat hij vertrekt als bestuurder. De bestuurder heeft dan een vordering op de vennootschap ter zake van zijn bezoldiging, de vennootschap heeft een vordering op de bestuurder ter zake van de waardevermeerdering van de aandelen. Deze vorderingen zijn voor verrekening vatbaar. Het restant komt ofwel voor rekening van de vennootschap, ofwel voor rekening van de bestuurder. Het kabinet ziet geen aanleiding om de vennootschap te verplichten tot het doen van afstand van haar vorderingsrecht, ook omdat de bestuurder een zekere vrijheid heeft om het moment te kiezen waarop hij zijn aandelen verkoopt dan wel vertrekt. Zou de vennootschap geen vordering uit onverschuldigde betaling hebben, dan zou de bestuurder het moment zo kunnen kiezen, dat hij nauwelijks bezoldigingsaanspraken meer heeft en er dus weinig ruimte voor verrekening is. Dit acht het kabinet niet wenselijk.

Het kabinet acht een overgangsregeling ten aanzien van de toepasselijkheid van de regeling op aandelen die vóór de inwerkingtreding van de regeling zijn verkregen, niet nodig. Artikel 135 lid 7 heeft onmiddellijke werking. Dat betekent dat de regeling van toepassing is in geval van een openbaar bod, artikel 107a-besluit of voorstel tot fusie of splitsing dat na inwerkingtreding van de wet wordt aangekondigd respectievelijk voorgelegd aan de algemene vergadering. De regeling strekt ertoe om oneigenlijke oordeelsvorming door bestuurders in overnamesituaties tegen te gaan. Indien de regeling zou worden beperkt tot de aandelen die de bestuurder als bezoldiging zijn toegekend vanaf het moment van inwerkingtreding, zou de regeling gedurende lange tijd haar doel niet bereiken.

VNO-NCW meent dat nieuwe wetgeving op essentiële onderdelen, zoals de bewijslast van de bestuurder ten aanzien van de aandelen die hij niet als bezoldiging heeft verkregen, duidelijk dient te zijn en dat het voor de praktijk ondoenlijk is om te werken met een regeling waarvan de wetgever zelf niet kan aangeven hoe die moet worden toegepast.

De regeling van artikel 135 lid 7 is beperkt tot aandelen die de bestuurder als bezoldiging heeft verkregen. Voor de toepassing van de regeling is van belang hoeveel aandelen de bestuurder als

bezoldiging zijn toegekend op het tweede peilmoment, te weten vier weken na de beëindiging van het openbaar bod, na beurs. Op dat aantal kan de vennootschap de inhouding van de waardevermeerdering op de bezoldiging baseren. Als de bestuurder meent dat de inhouding lager moet zijn, omdat hij een deel van deze aandelen vóór het tweede peilmoment heeft verkocht, is het aan de bestuurder om dit aan te tonen. Dit betekent dat hij bewijs moet leveren van de verkoop van (een deel van) zijn aandelen. Indien de bestuurder bijvoorbeeld ook zelf aandelen heeft gekocht, kan de vennootschap aan de bestuurder tegenwerpen dat niet duidelijk is welk deel van de verkochte aandelen bezoldigingsaandelen zijn en welk deel andere aandelen. Indien de bestuurder de zelf gekochte aandelen op dezelfde effectenrekening heeft aangehouden als zijn bezoldigingsaandelen, biedt artikel 150 Rv uitkomst: wie stelt moet bewijzen, tenzij uit eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Het is aan de rechter om in een voorkomend geval te beoordelen of de bestuurder zich genoeg moeite heeft getroost om zoveel mogelijk aan zijn bewijslast te voldoen en of er dan uit oogpunt van redelijkheid en billijkheid een andere verdeelsleutel kan worden toegepast. De regel kan dus in de praktijk worden toegepast.

VNO-NCW meent dat er ook sprake is van een inbreuk op de eigendomsrechten in de gevallen dat de waardevermeerdering wordt verrekend bij het beëindigen van de benoeming van een bestuurder die de aandelen niet verkoopt.

Voor de vraag of er sprake is van een inbreuk op de eigendomsrechten wordt verwezen naar het antwoord op een soortgelijke vraag van de leden van de fracties van het CDA en de VVD (Kamerstukken I, 32 512, C, p. 14). De inhoudingsplicht ontstaat op het moment dat de bestuurder zijn aandelen verkoopt. Er is voor gekozen om naast het moment van de verkoop van de aandelen, ook de beëindiging van de benoeming als aanknopingspunt voor de inhoudingsplicht te hanteren, om de volgende reden. Het is aan de bestuurder of hij zijn aandelen al dan niet verkoopt bij zijn vertrek. Als hij de aandelen houdt, en het vertrek zou geen aanleiding zijn voor de inhouding, zou de vennootschap in onzekerheid blijven of ze een vordering op de oud-bestuurder heeft en zou ze afhankelijk zijn van de medewerking van de oud-bestuurder om te kunnen nagaan of hij zijn aandelen op enig tijdstip heeft verkocht. Dit acht het kabinet niet wenselijk. Om deze reden acht het kabinet het toepassing van de regeling bij het vertrek van de bestuurder, ongeacht of hij zijn aandelen verkoopt, proportioneel ten opzichte van het nagestreefde doel, het tegengaan van oneigenlijke oordeelsvorming in overnamesituaties.

VNO-NCW meent dat de regeling niet in het algemeen belang is. Zij meent dat er een verkeerde invulling van het begrip 'algemeen belang' is gegeven. Voor deze invulling van het begrip 'algemeen belang' is geen plaats naast de regeling van het tegenstrijdig belang. Volgens VNO-NCW vereist het algemeen belang in geval van een openbaar bod dat sprake is van een ordelijke overnamemarkt. Die wordt al gewaarborgd door regels in de Wet financieel toezicht en het Besluit openbare biedingen en doordat bestuurders moeten handelen in het belang van de vennootschap. Op de naleving wordt toegezien door de AFM en via het enquêterecht, zo meent VNO-NCW.

De stelling van VNO-NCW komt neer op de overtuiging dat de bestaande regels voldoende zijn om goede oordeelsvorming in overnamesituaties te bevorderen. Het kabinet ziet dat anders. Het kabinet acht het in het algemeen belang dat bestuurders een zuivere beslissing nemen bij eventuele overnamebeslissingen en niet beïnvloed worden door de wetenschap dat zij een financieel persoonlijk belang bij een bepaalde uitkomst hebben. Bestaande wetgeving en de tegenstrijdig-belangregeling in artikel 2:129 lid 7 BW zijn

nodig, maar niet voldoende om de bijzondere prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming in overnamesituaties tegen te gaan. Deze financiële prikkel wordt deels weggenomen door artikel 135 lid 7. De wetenschap dat men een bepaald financieel belang heeft bij een gebeurtenis kan een rol spelen bij het bepalen van het beleid van de onderneming, dat wil zeggen al voorafgaande aan de situatie dat er sprake is van een concreet besluit over een overname. Een andere redenering zou het gevolg hebben dat een bestuurder door het melden van een tegenstrijdig belang niet onder de regeling van artikel 135 lid 7 zou behoeven te vallen. Dat zou het hebben of verwerven van een tegenstrijdig belang kunnen stimuleren. Dit acht het kabinet ongewenst.

VNO-NCW meent dat er geen enkele reden is waarom het zelfcorrigerend vermogen van bestuur en raad van commissarissen ten aanzien van een prikkel om het slagen van een openbaar bod tegen te houden niet ook zou bestaan ten aanzien van de prikkel om het slagen van een openbaar bod te bevorderen uit eigen belang.

Het kabinet onderkent dat er sprake kan zijn van zelfcorrigerend vermogen van bestuurders en commissarissen. In het verleden heeft het zelfcorrigerend vermogen van bestuurders en commissarissen ten aanzien van de prikkel om het slagen van een openbaar bod te bevorderen uit eigen belang, niet altijd gewerkt. Dat is mede de aanleiding voor de regeling in artikel 135 lid 7 geweest.

De Minister van Veiligheid en Justitie,