

De bezoldiging van de uitvoerende bestuurder, de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris bij de naamloze vennootschap: een vennootschapsrechtelijke vergelijking

De invoering van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013¹ en de Wet claw back op 1 januari 2014² heeft geleid tot een veelvoud aan regelgeving op het gebied van de bestuurdersbezoldiging. De regelgeving voor bestuurders in een one-tier board wijkt af van de regelgeving voor bestuurders en commissarissen in een two-tier board. De auteur zet uiteen welke verschillen er zijn in regelgeving voor de uitvoerende bestuurders, niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen. Zij pleit daarbij voor aanpassing van de regelgeving om de verschillen te verkleinen. Dit omdat het niet in acht nemen van de juiste bevoegdheidsregels kan leiden tot een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, waardoor de grondslag voor de bezoldiging vervalt, met alle gevolgen van dien.



1. Inleiding

De bezoldiging van bestuurders en commissarissen van naamloze vennootschappen is geregeld in Boek 2 BW. Op de bezoldiging van commissarissen is een eigen regeling van toepassing (art. 2:145 BW), die afwijkt van de regeling over bezoldiging van bestuurders (art. 2:135 BW).

Sinds 1 januari 2013 is het mogelijk in Nederland een one-tier board (monistisch bestuursstelsel) in te stellen (art. 2:129a BW). In een one-tier board vervalt de potentiële functie van commissaris en maken de bestuurders en toezichthouders deel uit van één orgaan. In art. 2:129a BW wordt een onderscheid gemaakt tussen niet-uitvoerende bestuurders en uitvoerende bestuurders. De niet-uitvoerende bestuurders zijn tot op zekere hoogte te vergelijken met toezichthouders, met dien verstande dat de taken van deze bestuurders ruimer zijn dan die van de huidige commissarissen in een two-tier board. De niet-uitvoerende bestuurders zijn immers, als medebestuurders ook actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap.³ Bij de two-tier board blijven de twee organen (het bestuur en de raad van commissarissen) onafhankelijk van elkaar bestaan.

Op 1 januari 2014 is de Wet claw back in werking getreden.⁴ Deze wet maakt mogelijk dat te hoge of onterecht uitgekeerde bonussen van bestuurders van N.V.'s (zowel beursgenoteerd als niet-beursgenoteerd) en van dagelijks-beleidsbepalers van financiële ondernemingen kunnen worden aangepast of teruggevorderd. Ook is onder bepaalde omstandigheden een inhouding van een waardestijging van aandelen en opties mogelijk. De Wet claw back is zowel op uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders van toepassing, maar niet op commissarissen.

De invoering van de verschillende regelingen nodigt uit om de verschillen tussen de regels die gelden voor de bezoldiging van uitvoerende bestuurders, niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen op een rijtje te zetten. Ik zal beginnen – alles mede in het licht van de Corporate Governance Code – met kort uiteen te zetten hoe de beloning van de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders wettelijk is geregeld (art. 2:135 BW). Daarna komt kort de toekenning van aandelen en opties aan bestuurders aan bod. Vervolgens zal ik ingaan op de beloning van de raad van commissarissen (art. 2:145 BW). Daarna bespreek ik kort de Wet claw back en de gevolgen die de invoering meebrengt voor bestuurders en commissarissen. Ik zal afsluiten met een schematische vergelijking en een conclusie.

* Mr. I. Meijer-Wagenaar is docent-onderzoeker bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht bij de Universiteit Utrecht.

1. Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb.* 2011, 275).
2. Wet van 11 december 2013 tot 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 (*Stb.* 2013, 563).
3. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 15.
4. *Stb.* 2013, 563.

Ik beperk mij in dit artikel tot een bespreking van de regeling voor de N.V. Het uitgebreide art. 2:135 BW en daarmee de Wet claw back zijn van toepassing op bestuurders van de N.V.

2. De bezoldiging van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders

Voor de beloning van bestuurders geldt art. 2:135 BW. Dit artikel is op zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders van toepassing en geldt zowel voor de 'gewone' N.V. als voor de structuur-N.V. Dit betekent dat de bezoldiging van zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders – met inachtneming van het bezoldigingsbeleid – wordt vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij bij de statuten een ander orgaan is aangewezen (lid 4). Op grond van lid 1 dient de algemene vergadering dwingendrechtelijk een bezoldigingsbeleid vast te stellen. Voorafgaande aan de vaststelling van het bezoldigingsbeleid wordt de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld een standpunt in te nemen over het beleid (art. 2:135 lid 2 BW).

Voor de beloning van uitvoerende bestuurders in een one-tier board is tevens het volgende van belang. Art. 2:129a lid 1 BW bepaalt: 'Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld.' Lid 2 luidt: 'De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.'

De achtergrond van lid 2 blijkt uit de memorie van toelichting: 'Het gaat hier om werkzaamheden die in een duaal systeem typisch zijn neergelegd bij de commissarissen en nauw aansluiten bij toezicht en advies, alsmede om taken die gelet op een mogelijk belangenconflict niet uitsluitend mogen worden toegekend aan een of meer uitvoerende bestuurders.'⁵

De wet brengt dus voor de one-tier board een beperking aan: de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan immers volgens art. 2:129a BW niet door de uitvoerende bestuurders worden vastgesteld. Voor de niet-uitvoerende bestuurders geldt deze beperking niet. Art. 2:129a BW geldt als een *lex specialis* ten opzichte van art. 2:135 BW.

Door de nieuw ingevoerde regeling wordt onderscheid gemaakt tussen uitvoerende bestuurders bij de one-tier board en bestuurders bij de two-tier board. Immers, voor de two-tier board – waarbij het bestuur uitsluitend uit 'uitvoerende' bestuurders bestaat – geldt uitsluitend art. 2:135 BW. De beloning van de bestuurders bij een two-

tier board kan dus wel worden vastgesteld door het volledige bestuur en derhalve door de uitvoerende bestuurders, wanneer het bestuur in de statuten die bevoegdheid is toegekend.

Er kan dan sprake zijn van een tegenstrijdig belang (art. 2:129 lid 6 BW).⁶ Mijns inziens wordt echter in de geschetste situatie niet toegekomen aan art. 2:129 lid 6 BW, omdat art. 2:135 BW moet worden gezien als een *lex specialis* die een bijzonder geval van tegenstrijdig belang regelt, namelijk de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders.⁷ Daar de algemene vergadering van aandeelhouders reeds betrokken is bij de vaststelling van het bezoldigingsbeleid en bij een (eventuele) statutenwijziging om een ander orgaan bevoegd te maken, is het overbodig om de weg van het tegenstrijdig belang te bewandelen op het moment dat het bestuur de bevoegdheid krijgt de bezoldiging vast te stellen. De toekenning van deze bevoegdheid aan het bestuur is dan een keuze geweest, waarbij het tegenstrijdig belang naar mijn mening geen rol meer speelt. De wetgever denkt daarover echter anders. Hij meent dat bestuurders die een tegenstrijdig belang hebben, zich op grond van art. 2:129 lid 6 BW dienen te onthouden van deelneming aan de besluitvorming.

De invoering van de nieuwe regelgeving brengt mee dat er onduidelijkheid ontstaat. Immers, hierdoor ontstaat een discrepantie tussen de bezoldiging van uitvoerende bestuurders bij de one-tier board en de bezoldiging van uitvoerende bestuurders bij de two-tier board.

De vraag is of de wetgever niet tevens duidelijkheid dient te verschaffen over de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders bij de two-tier board. Dient niet tevens een wijziging van art. 2:135 lid 4 BW te worden doorgevoerd, waarin het bestuur wordt uitgesloten van de bevoegdheid de bezoldiging van bestuurders vast te stellen in een two-tier board? Op deze wijze worden de regels voor uitvoerende bestuurders bij de two-tier board gelijkgetrokken met de regels voor uitvoerende bestuurders bij de one-tier board. Dit is van belang, omdat – zoals ik reeds eerder heb betoogd – het niet in acht nemen van de juiste bevoegdheidsregels mijns inziens leidt tot een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 2:130 lid 3 BW).⁸

Waarom ben ik van mening dat art. 2:135 BW een vertegenwoordigingsbepaling is?

De wetsgeschiedenis bij art. 2:135 BW vermeldt niets over de gevolgen van het afwijken van art. 2:135 BW.⁹ Uit die wetsgeschiedenis blijkt enkel, dat de algemene vergadering een bevoegdheid dient te hebben bij de beloning van bestuurders om een bovenmatige inkomensontwikkeling tegen te gaan. Derhalve ligt de bevoegdheid het bezoldigingsbeleid vast te stellen bij de aandeelhou-

5. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 15.

6. R. Kraakman e.a., *The Anatomy of Corporate Law, a Comparative and Functional Approach*, Oxford: University Press 2004, p. 102. Schrijvers menen dat bestuurders wel een belang hebben bij het vaststellen van de beloning, maar dat afspraken over de beloning onvermijdelijk zijn voor ondernemingen en daarom minder verdacht dan andere handelingen die tot een tegenstrijdig belang kunnen leiden.

7. Zie ook onder het oude recht (art. 2:146/256 BW): R.A. Orsel, 'Besluitvorming en vertegenwoordiging inzake vrijwaring van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2007, afl. 10/11, p. 403.

8. Zie hierover: I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', *WPNR* 2006, afl. 6682, p. 685.

9. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28179, 8, 29, 31, 35, 48 en *Kamerstukken I* 2003/04, 28179, B.

ders, al dan niet op voorstel van de raad van commissarissen (lid 1). In lid 4 is vervolgens de mogelijkheid opgenomen een ander orgaan dan de algemene vergadering de bezoldiging te laten vaststellen, waarbij de parlementaire geschiedenis vervolgens bepaalt dat bij grotere vennootschappen met een verspreid aandelenbezit het gebruikelijk is dat de raad van commissarissen de bezoldiging van individuele bestuurders bepaalt.¹⁰ Over de gevolgen van bijvoorbeeld het niet in acht nemen van het bezoldigingsbeleid of het niet in acht nemen van de juiste bevoegdheidsregels wordt niets vermeld.

Ik meen – in navolging van vele andere schrijvers¹¹ – dat art. 2:135 BW een vertegenwoordigingsbepaling is (art. 2:130 BW); het betreft hier vertegenwoordiging bij besluit. Dat vertegenwoordiging bij besluit mogelijk is, wordt in de literatuur verdedigd.¹²

Hoofddregel is art. 2:130 BW, waarin staat dat het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd is en dat deze bevoegdheid onbeperkt en onvoorwaardelijk is, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Wanneer het verkeerde orgaan de bezoldiging vaststelt, is niet aan het vereiste van art. 2:135 lid 4 BW voldaan en is dit een wettelijke beperking/voorwaarde in de zin van art. 2:130 lid 3 BW.¹³ De vennootschap kan deze wettelijke beperking/voorwaarde invoeren. Mijns inziens prevaleert in deze situatie het vertegenwoordigingsaspect boven het besluisaspect en komt de bestuurder in deze situatie geen beroep toe op art. 2:16 lid 2 BW. De vennootschap is immers niet geldig (namelijk door het niet-bevoegde orgaan) vertegenwoordigd, waardoor art. 2:130 BW de juiste bepaling is die door de vennootschap wordt ingeroepen.

Mijn opvatting dat art. 2:135 BW een vertegenwoordigingsbepaling is vindt steun in de laatste zin van het nieuwe art. 2:135 lid 5 BW. Hierin is bepaald dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering bij het aangaan van aandelen- of optieregelingen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het tot vaststelling van de bezoldiging bevoegde orgaan niet aantast. Hieraan zou een argument ontleend kunnen worden dat ook de wetgever tot de conclusie komt dat art. 2:135 BW een vertegenwoordigingsbepaling is (vergelijk art. 2:164 BW). Immers, indien het tegendeel het geval zou zijn zou de genoemde zin overbodig zijn.

Wanneer nu de beperking door de vennootschap wordt ingeroepen, heeft dit tot gevolg dat de grondslag voor de bezoldiging vervalt. Aan het vereiste uit Boek 2 is dan niet voldaan.

Ook zonder wettelijke grondslag waren er vennootschappen die (voor de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht) een one-tier board hadden ingesteld (en overigens nog steeds hebben). De statuten van Unilever NV – waar een one-tier board is ingesteld onder oud recht – bepalen bijvoorbeeld dat de bezoldiging van uitvoerende bestuurders wordt vastgesteld door de raad van bestuur (art. 19.7 statuten), hetgeen betekent dat de bezoldiging wordt vastgesteld door een combinatie van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Bijzonder is dat op het eerste gezicht lijkt dat uitvoerende bestuurders betrokken zijn bij de vaststelling van de bezoldiging van hun collega's.¹⁴

Onder de Wet bestuur en toezicht is het echter niet meer mogelijk de bezoldiging van uitvoerende bestuurders te laten vaststellen door uitvoerende bestuurders. De vraag is of een combinatie van uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders wel bevoegd kunnen zijn (zoals gebeurt bij Unilever). Op grond van art. 2:135 lid 4 jo. art. 2:129a BW zijn niet-uitvoerende bestuurders wel bevoegd de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Ook al vormen de niet-uitvoerende bestuurders niet een apart orgaan, voor de toepassing van art. 2:135 lid 4 BW kan wel een orgaan van niet-uitvoerende bestuurders worden gecreëerd dat bevoegd wordt verklaard de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Art. 2:135 BW is immers niet opgenomen in art. 2:78a BW. Voor toepassing van de artikelen die in dat artikel staan genoemd, zijn uitsluitend de in art. 2:78a BW genoemde organen bevoegd. Art. 2:135 BW staat daar niet bij.¹⁵

Bij Unilever is echter niet de bevoegdheid uitsluitend toegekend aan de niet-uitvoerende bestuurders. Daar is de bevoegdheid toegekend aan de gehele raad van bestuur. De oplossing hiervoor staat in art. 2:129a BW.

Art. 2:129a lid 2 BW bepaalt: 'De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.'

In de nota naar aanleiding van het verslag staat het volgende: 'Indien de statuten de taak van het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet uitdrukkelijk toebedelen aan een of meerdere niet-uitvoerende bestuurders maar aan het bestuur als geheel, dan geldt dat het besluit door dat orgaan moet worden genomen. In het laatste geval dient echter elke bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft bij het besluit, zich te onthouden

10. *Kamerstukken I* 2003/04, 28179, B, p. 15.

11. Huijgen/Lennarts, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, Boek 2, art. 135, aant. 4; J.M. van Slooten & I. Zaal, 'Gebrekkig loon', *Ondernemingsrecht* 2008, afl. 8, p. 298; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/428.

12. Zie bijvoorbeeld: P. van Schilfgaarde/J. Winter (bew.), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013 (zestiende druk), p. 203. Wel is van belang dat het besluit de bestuurder bereikt. Wanneer hij niet bij het nemen van het besluit aanwezig is geweest, dient de inhoud ervan nog aan hem te worden meegedeeld (wat echter geen nieuwe rechtshandeling is, maar de uitvoering van het besluit).

13. Art. 2:135 BW valt onder de categorie 'niet-dwingende wettelijke beperkingen', zie: E.E.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de uitvoering van artikel 9 eerste EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 279.

14. Volgens art. 4.1.2 van 'The Governance of Unilever' maakt de 'compensation and management resources committee' voorstellen voor de beloningspakketten van zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders.

15. Zie ook: M. van Olfen, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en Toezicht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 45.

van deelneming aan de besluitvorming op grond van art. 2:129/239 lid 6 BW.¹⁶

Deze passage negeert dat reeds in art. 2:129a lid 2 BW is geregeld dat uitvoerende bestuurders niet mogen deelnemen aan de besluitvorming. Wanneer de bevoegdheid de bezoldiging vast te stellen is toebedeeld aan het bestuur, dan dient geen enkele uitvoerende bestuurder deel te nemen aan de besluitvorming, ongeacht of de betreffende bestuurder 'besmet' is of niet. Op deze manier wordt bereikt dat wel het gehele bestuur (dat wil zeggen een combinatie van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders) bevoegd wordt verklaard de bezoldiging vast te stellen, maar de uitvoerende bestuurders de facto niet meebesluiten.

De niet-uitvoerende bestuurders maken uiteraard deel uit van het bestuur als orgaan. Hun bezoldiging wordt op grond van art. 2:135 lid 4 BW vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij een ander orgaan in de statuten bevoegd is verklaard. De beperking van art. 2:129a BW geldt niet voor hen. Dit heeft tot gevolg dat het gehele bestuur of zelfs de niet-uitvoerende bestuurders afzonderlijk de bezoldiging van niet-uitvoerende bestuurders zouden kunnen vaststellen. Dit laatste is mogelijk wanneer een apart orgaan gecreëerd zou worden, waar deze niet-uitvoerende bestuurders zitting in hebben (art. 2:135 lid 4 BW). Dit lijkt mij ook niet wenselijk. Ook hiervoor zou art. 2:135 lid 4 BW mijns inziens moeten worden aangepast en wel in die zin, dat de bezoldiging van niet-uitvoerende bestuurders dient te worden vastgesteld door de algemene vergadering (en dat derhalve niet de mogelijkheid geldt statutair een ander orgaan aan te wijzen). Op deze manier wordt de regelgeving voor de bezoldiging van niet-uitvoerende bestuurders gelijkgesteld met de regelgeving die geldt voor commissarissen (zie par. 4).

3. Aandelen en opties

De bezoldiging van zowel uitvoerende bestuurders als niet-uitvoerende bestuurders kan bestaan uit een vaste en een variabele component (waaronder begrepen aandelen en opties).

In art. 2:135 lid 5 BW is het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering voor de toekenning van aandelen of rechten tot het nemen van aandelen opgenomen in het geval een ander orgaan dan de algemene vergadering de bezoldiging vaststelt. De Groot merkt op dat onder het goedkeuringsrecht dus niet opties vallen tot het verkrijgen van aandelen die de vennootschap aan de bestuurders overdraagt uit aandelen die zij zelf in haar kapitaal houdt.¹⁷

De reden voor het opnemen van art. 2:135 lid 5 BW is dat de prijs van de aandelen gerelateerd is aan de financiële prestaties van de onderneming, waardoor bestuurders

geneigd kunnen zijn de prestaties mooier naar buiten te brengen dan ze daadwerkelijk zijn.¹⁸ Een andere reden is dat verwatering van het aandelenbezit van bestaande aandeelhouders kan plaatsvinden. Onduidelijk is of een aandelen- en optieregeling apart ter goedkeuring dient te worden voorgelegd aan de aandeelhouders of dat dit in één keer mee kan met het vaststellen van het bezoldigingsbeleid (lid 1). Met Abma ben ik eens dat een verduidelijking door de wetgever of Monitoring Commissie Corporate Governance uitkomst zou bieden.¹⁹

Het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering tast overigens de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan. Indien dus het in de statuten aangegeven bevoegde orgaan (zijnde de raad van commissarissen, het bestuur of de niet-uitvoerende bestuurders) op grond van art. 2:135 lid 4 BW aandelen of opties toekennen aan een bestuurder zonder goedkeuring van de algemene vergadering, is deze toekenning wel geldig. Intern kan dit echter wel tot aansprakelijkheid van het tot vaststelling van de bezoldiging bevoegde orgaan leiden, dus voorzichtigheid is vereist.

4. De bezoldiging van commissarissen

Voor de bezoldiging van commissarissen van een N.V. bij een two-tier board geldt art. 2:145 BW, dat bepaalt dat de algemene vergadering aan de commissarissen een bezoldiging kan toekennen. Deze bepaling is ook van toepassing op structuurvennootschappen. Art. 2:135 BW – het artikel dat de beloning van bestuurders regelt – is uitsluitend van toepassing op statutair bestuurders. De Hoge Raad hanteert een formele benadering, zoals blijkt uit het arrest van 6 januari 2012. Gedelegeerde commissarissen die voor een zekere tijd daden van bestuur verrichten, maar zonder een daartoe strekkend benoemingsbesluit van het daartoe bevoegde orgaan, maken geen deel uit van het bestuur. Hun bezoldiging kan overeenkomstig art. 2:145 BW worden vastgesteld door de algemene vergadering.²⁰ Dit is het enige bevoegde orgaan. Voor niet-uitvoerende bestuurders bij de one-tier board blijft art. 2:135 BW gelden, zodat ook een ander orgaan dan de algemene vergadering kan worden aangewezen om de bezoldiging vast te stellen.

Een niet-verklaarbare discrepantie tussen de regeling voor de bezoldiging van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders. Niet-uitvoerende bestuurders maken – in tegenstelling tot commissarissen – deel uit van het bestuur en zijn derhalve betrokken bij de besluitvorming van het bestuur.²¹ Desondanks blijft ook bij de one-tier board het houden van toezicht bij uitstek een taak van de niet-uitvoerende bestuurders (vgl. art. 2:129a BW). Het is naar mijn mening dan ook zuiver om ook de bevoegdheid tot de vaststelling van de bezoldiging van niet-uitvoerende

16. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 26.

17. C. de Groot, 'Bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 14, p. 468.

18. Commission Staff Working Document, *Report on the application by the Member States of the EU of the Commission Recommendation on directors' remuneration*, 13 juli 2007, p. 5.

19. R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2012', *Ondernemingsrecht* 2012, afl. 13.

20. HR 6 januari 2012, *RO* 2012, 21.

21. W.J.L. Calkoen, *The one tier board in the changing and converging world of corporate governance: a comparative study of the boards in the UK, the US and the Netherlands*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2011, p. 391.

bestuurders gelijk te trekken met de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging van commissarissen en deze bezoldiging uitsluitend te laten vaststellen door de algemene vergadering (zie par. 2).²²

Ook is er geen verplichting een bezoldigingsbeleid op te stellen voor de bezoldiging van commissarissen, waar dat wel geldt voor niet-uitvoerende bestuurders.

Het huidige art. 2:145 BW is ingevoerd op 1 oktober 2004 in het kader van de wijziging van de structuurregeling. Het oude art. 2:145 BW luidde: 'Tenzij de statuten anders bepalen, kan de algemene vergadering van aandeelhouders aan de commissarissen als zodanig een bezoldiging toekennen.' Dit artikel is dus in die zin gewijzigd, dat uitsluitend de algemene vergadering bevoegd is de commissarissen een beloning toe te kennen. In de wetgeschiedenis is echter niets te vinden over de reden van de wijziging. Ik neem aan dat het een codificering is van principe III.7 van de (toenmalige) Corporate Governance Code (Code), dat luidt:

'De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de bezoldiging van de commissarissen vast. De bezoldiging van een commissaris is niet afhankelijk van de resultaten van de vennootschap.'

Dit principe is opgenomen in de Code, omdat bleek dat in de praktijk weinig gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid statutair anders te bepalen. Veelal was het al de algemene vergadering die bevoegd was de bezoldiging van commissarissen vast te stellen. Dit zal ook de reden zijn waarom art. 2:145 BW is gewijzigd. Oorspronkelijk was het ook de bedoeling dat er een bezoldigingsbeleid werd opgesteld voor de raad van commissarissen door de raad zelf dat werd vastgesteld door de algemene vergadering. Dit beloningsbeleid diende bovendien ter kennisgeving aan de ondernemingsraad te worden gestuurd.²³ Maar dit is uiteindelijk niet opgenomen in het definitieve wetsartikel. Misschien is de reden hiervoor dat de algemene vergadering al de bezoldiging van de commissarissen vaststelt, terwijl hiervan bij de bezoldiging van de bestuurders kan worden afgeweken. In het laatste geval kan de algemene vergadering nog een indirecte toets aanleggen bij de vaststelling van de bezoldiging van bestuurders door het vaststellen van het bezoldigingsbeleid.

Principe III.7 van de Code bepaalt dat de beloning van commissarissen niet afhankelijk dient te zijn van de resultaten van de vennootschap. Best practice-bepaling III.7.1

van de Code luidt: 'Aan een commissaris worden geen aandelen en/of rechten op aandelen bij wijze van bezoldiging toegekend.'

De achtergrond van deze bepaling is dat commissarissen geen eigen belang mogen hebben bij de uitoefening van hun toezichthoudende taak.²⁴ In de wet staat echter geen bepaling waarin staat dat geen aandelen of opties mogen worden toegekend. In de praktijk worden deze dan ook – in afwijking van de Code – wel toegekend. Bovendien houdt de wet zelf rekening met de toekenning van aandelen en opties aan commissarissen. Zo bepaalt art. 2:383d lid 2 BW dat een vennootschap die commissarissen rechten toekent om aandelen in het kapitaal van de vennootschap of een dochtermaatschappij te verkrijgen, voor iedere commissaris opgave doet van deze rechten, alsmede van de redenen die ten grondslag liggen aan het besluit tot het toekennen van deze rechten. De Code vindt dit echter niet getuigen van goede corporate governance. Wanneer wel bezoldiging in de vorm van aandelen en opties wordt toegekend aan een commissaris in strijd met de Code, dient de vennootschap dit uit te leggen in het jaarverslag (de Code werkt immers op basis van het principe 'comply or explain'). Daar de algemene vergadering al het bevoegde orgaan is om de bezoldiging van commissarissen vast te stellen en daarmee ook de toekenning van aandelen en opties, is indirect aan het uitlegprincipe voldaan.²⁵

Daarnaast bepaalt de Code dat een eventueel aandelenbezit van de commissaris ter belegging op de lange termijn is (best practice-bepaling III.7.2). Deze aandelen kunnen echter ook op andere wijze verkregen zijn dan als beloning.²⁶

Voor commissarissen is het dus duidelijk: enkel de algemene vergadering kan hun beloning vaststellen. Vanwege de gewenste onafhankelijkheid van commissarissen is het – alhoewel wettelijk mogelijk – op basis van de Corporate Governance Code (indien die van toepassing is) niet wenselijk dat zij een beloning krijgen in de vorm van aandelen of opties.²⁷

5. De Wet claw back

Op 1 januari 2014 is de Wet claw back in werking getreden.²⁸ Met de invoering van deze wet zijn enkele leden

22. Een ondersteunend argument voor dit standpunt is te vinden in het Monitoring Rapport van de Commissie Corporate Governance van 2012, waarin staat dat de Commissie vindt dat de bepalingen die zien op de raad van commissarissen direct dienen te worden toegepast op de non-executive directors (Monitoring Rapport, december 2012, p. 12).

23. *Kamerstukken II 2002/03*, 28179, 49.

24. C.W. de Monchy (eindred.), F.K. Buijn, H.J. de Kluiver, M. van Olffen & J. Winter, *Corporate Governance in Nederland, een praktische handleiding van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 (tweede druk), p. 136.

25. C.W. de Monchy (eindred.), F.K. Buijn, H.J. de Kluiver, M. van Olffen & J. Winter, *Corporate Governance in Nederland, een praktische handleiding van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 (tweede druk), p. 137.

26. In Duitsland, dat (voor grote ondernemingen verplicht; zie het Mitbestimmungsgesetz) eveneens een two-tier board hanteert, is het gebruikelijk aan de 'Aufsichtsrat' aandelen en opties toe te kennen. Par. 5.4.6 van de Duitse Corporate Governance Code (gewijzigd in 2013) bepaalt dat wanneer aan de leden van de 'Aufsichtsrat' een prestatiegerichte beloning wordt toegekend, deze op een duurzame groei van de vennootschap gericht moet zijn gericht. Dit is vergelijkbaar met de Nederlandse bepaling.

27. Zie ook: G.T.M.J. Raaijmakers, 'De commissaris beloond', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en Integriteit* (serie Onderneming en Recht), Deventer: Kluwer 2007, p. 39.

28. *Stb.* 2013, 563.

aan art. 2:135 BW toegevoegd. De Wet claw back is van toepassing op bestuurders van N.V.'s (zowel beursgenoteerd als niet-beursgenoteerd) alsmede op dagelijksbeleidsbepalers van financiële ondernemingen (waarop de Wft van toepassing is). Ik beperk mij tot de wijzigingen van art. 2:135 BW. De mogelijkheid om bonussen aan te passen of terug te vorderen bestaat ook al in de Code. Bij de Code is het echter mogelijk af te wijken, indien deze afwijking wordt uitgelegd ('comply or explain'). Ten aanzien van het aanpassen en terugvorderen van bonussen acht het kabinet zelfregulering echter niet voldoende. Het kabinet meent dat deze bevoegdheden altijd dienen te bestaan. Vandaar de invoering van de Wet claw back.²⁹

Art. 2:135 lid 6 BW bepaalt dat het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging van de bestuurders vast te stellen ook bevoegd is de hoogte van een bonus aan te passen tot een passende hoogte indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (de 'aanpassingsbevoegdheid'). Onder bonus wordt verstaan het niet-vaste deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden.

Deze aanpassingsbevoegdheid geldt zowel voor een vennootschap met een one-tier als voor een vennootschap met een two-tier board. Dit betekent dat wanneer de raad van commissarissen bij de two-tier board bevoegd is de bezoldiging van de bestuurders vast te stellen, hij ook de bevoegdheid heeft de bonus aan te passen.

Wanneer bij de one-tier board is bepaald dat de bezoldiging wordt vastgesteld door het bestuur, dan zijn – vanwege de beperking van art. 2:129a BW – enkel de niet-uitvoerende bestuurders bevoegd de bonus aan te passen. Wanneer de statuten niets bepalen over de vaststelling van de bezoldiging, dan is in alle gevallen de algemene vergadering bevoegd.

De bezoldiging van commissarissen kan niet worden aangepast op grond van de Wet claw back, simpelweg omdat art. 2:135 BW uitsluitend van toepassing is op bestuurders. Bovendien is het niet de bedoeling (maar wel mogelijk) – zoals eerder opgemerkt – dat commissarissen een variabele beloning (met name in de vorm van aandelen en opties) ontvangen.

Art. 2:135 lid 7 BW geeft een verplichting om de waardevermeerdering van (certificaten van) aandelen en rechten tot het nemen of verkrijgen van aandelen die aan een bestuurder zijn toegekend, in mindering te brengen op zijn bezoldiging als sprake is van een bepaald corporate event, zoals de aankondiging van een openbaar bod of een besluit tot juridische fusie of splitsing.

Deze verplichting geldt alleen voor het bestuur van een beursvennootschap. De bepaling is in de literatuur bekritiseerd, omdat de bepaling inbreuk zou maken op het eigendomsrecht van art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.³⁰ Ik ga hier verder niet op in, omdat dit het

bestek van dit artikel te buiten gaat. Het enige wat ik hier nog toevoeg is dat de bepaling – behalve op uitvoerende bestuurders – ook van toepassing is op aandelen en opties die een niet-uitvoerende bestuurder in een one-tier board heeft verkregen.

Art. 2:135 lid 8 BW regelt de 'claw back'. De vennootschap is bevoegd een bonus geheel of gedeeltelijk terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. De vordering kan namens de vennootschap ook worden ingesteld door de raad van commissarissen, de niet-uitvoerende bestuurders indien toepassing is gegeven aan art. 129a, of door een bijzondere vertegenwoordiger die is aangewezen door de algemene vergadering.

Ook deze bevoegdheid ziet zowel op uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders.

Wanneer een two-tier board is ingesteld, dan komt de terugvorderingsbevoegdheid toe aan het bestuur, de raad van commissarissen of een bijzondere door de algemene vergadering aangewezen vertegenwoordiger. Is daarentegen een one-tier board ingesteld, dan komt de terugvorderingsbevoegdheid toe aan het bestuur, de niet-uitvoerende bestuurders en de bijzondere door de algemene vergadering aangewezen vertegenwoordiger.

Dat de vennootschap bevoegd is de vordering in te stellen, is logisch. De bonus is uitgekeerd door de vennootschap en dient ook weer in haar vermogen te komen.³¹ Dit terugvorderen is een vertegenwoordigingshandeling, die in beginsel toekomt aan het bestuur (art. 2:130 BW). Daar echter bij het terugvorderen van de bonus wel een tegenstrijdig belang kan ontstaan bij de bestuurder van wie de bonus wordt teruggevorderd (art. 2:129 lid 6 BW), dient deze bestuurder zich te onthouden van de besluitvorming. De vertegenwoordigingshandeling wordt echter niet aangetast. De wetgever wil, vanwege een mogelijk belangenconflict, dat buiten kijf staat dat ook de raad van commissarissen bij de two-tier board of de niet-uitvoerende bestuurders bij de one-tier board tot vertegenwoordiging van de vennootschap over kunnen gaan. Derhalve zijn ook zij bevoegd verklaard in art. 2:135 lid 8 BW. Wanneer een raad van commissarissen ontbreekt of geen sprake is van een one-tier board, is de algemene vergadering bevoegd een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen.³²

6. Vergelijking

Het naast elkaar zetten van de bezoldigingsregels voor uitvoerende, niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen levert het volgende beeld op.

29. *Kamerstukken I* 2012/13, 32512, C, p. 11.

30. Zie onder andere: M.L. Lennarts & I. Meijer-Wagenaar, 'Het wetsvoorstel aanpassing en claw back bestuurdersbeloning: dempen van de put nadat het kalf verdrongen is', *WPNR* 2011, afl. 6911, p. 1031-1042.

31. *Kamerstukken II* 2009/10, 32512, 3, p. 23.

32. *Kamerstukken II* 2009/10, 32512, 3, p. 23.

Bezoldiging	One-tier board		Two-tier board	
	Uitvoerende bestuurder	Niet-uitvoerende bestuurder	Bestuurder	Commissaris
Artikel	2:135 jo. 129a	2:135	2:135	2:145
Bevoegde orgaan tot vaststelling bezoldiging	AV of ander in statuten aangewezen orgaan Maar: niet het uitvoerende bestuur	AV of ander in statuten aangewezen orgaan	AV of ander in statuten aangewezen orgaan	AV
Bezoldigingsbeleid (en toezending bezoldigingsbeleid aan OR)	Ja	Ja	Ja	Nee
Variabele beloning	Ja (art. 2:135 lid 5)	Ja (art. 2:135 lid 5)	Ja (art. 2:135 lid 5)	Nee, liever niet (best practice-bepaling III.7.1 Corporate Governance Code)
Kan bonus worden aangepast o.g.v. art. 2:135 lid 6?	Ja, door orgaan dat bevoegd is tot vaststelling van de bezoldiging. Maar: niet door het uitvoerende bestuur	Ja, door orgaan dat bevoegd is tot vaststelling van de bezoldiging.	Ja, door orgaan dat bevoegd is tot vaststelling van de bezoldiging.	Nee
Bij beursvennootschap 'afroming' op grond van art. 2:135 lid 7?	Ja	Ja	Ja	Nee
Kan bonus worden aangepast op grond van art. 2:135 lid 8?	Ja, door vennootschap (bestuur), niet-uitvoerende bestuurder of door AV aangewezen bijzondere vertegenwoordiger	Ja, door vennootschap (bestuur), niet-uitvoerende bestuurder of door AV aangewezen bijzondere vertegenwoordiger	Ja, door vennootschap (bestuur), RvC of door AV aangewezen bijzondere vertegenwoordiger	Nee

7. Conclusie

Door invoering van de Wet bestuur en toezicht en de Wet claw back lopen de bezoldigingsregels voor uitvoerende bestuurders, niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen door elkaar, maar zij wijken ook af.

Voor de commissaris zijn de regels duidelijk. Art. 2:145 BW is het enige artikel dat op de bezoldiging van commissarissen van toepassing is. Ook gedelegeerde commissarissen die daden van bestuur verrichten, vallen nog steeds onder art. 2:145 BW. De bezoldiging van commissarissen wordt dwingendrechtelijk vastgesteld door de algemene vergadering. Commissarissen ontvangen bij voorkeur geen bezoldiging in de vorm van aandelen en opties, maar de wet verbiedt het niet.

Voor de bestuurder ligt dit anders. Voor bestuurders in de two-tier board geldt enkel art. 2:135 BW. Op grond van lid 1 dient de algemene vergadering dwingendrechtelijk een bezoldigingsbeleid vast te stellen. Voorafgaande aan de vaststelling van het bezoldigingsbeleid wordt de

ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld een standpunt in te nemen over het beleid (art. 2:135 lid 2 BW). Vervolgens dient de bezoldiging voor bestuurders vastgesteld te worden door de algemene vergadering of een ander in de statuten aangewezen orgaan (lid 4). Zelfs het bestuur kan in de statuten worden aangewezen om de bezoldiging vast te stellen.

Voor de one-tier board geldt een afwijkende regeling. Voor niet-uitvoerende bestuurders bij de one-tier board is ook art. 2:135 BW van toepassing, terwijl voor uitvoerende bestuurders bij de one-tier board de beperking van art. 2:129a BW geldt (uitvoerende bestuurders mogen niet hun eigen bezoldiging vaststellen en ook niet betrokken zijn bij de besluitvorming).

Deze discrepantie tussen bestuurders van de two-tier board en uitvoerende bestuurders van de one-tier board is niet wenselijk. Ook is het mogelijk dat niet-uitvoerende bestuurders bij de one-tier board hun eigen bezoldiging vaststellen, wanneer een orgaan wordt gecreëerd waar uitsluitend niet-uitvoerende bestuurders zitting in hebben. Ook dit is naar mijn mening niet wenselijk. Ik pleit

voor een aanpassing van art. 2:135 lid 4 BW. Wenselijk is dat bestuurders in een two-tier board niet hun eigen bezoldiging kunnen vaststellen en dat de bezoldiging van niet-uitvoerende bestuurders bij de one-tier board uitsluitend wordt vastgesteld door de algemene vergadering (zoals ook geldt bij de raad van commissarissen).

Bestuurders kunnen wel een variabele beloning in de vorm van aandelen en opties ontvangen, zij het dat de regelingen waarop deze aandelen en opties zijn gebaseerd ter goedkeuring aan de algemene vergadering dienen te worden voorgelegd (art. 2:135 lid 5 BW).

Voor alle bestuurders gelden de regels uit de Wet claw back, maar de bevoegdheidsverdeling is ook hier verschillend. Voor commissarissen geldt deze wet niet.

Het blijft dus goed opletten bij het vaststellen van de bezoldiging. Hebben we te maken met een uitvoerende bestuurder, een niet-uitvoerende bestuurder of een commissaris? En is er sprake van een one-tier board of een two-tier board? In dat geval is het belangrijk dat de juiste regels in acht worden genomen. Het vaststellen van de bezoldiging door het verkeerde orgaan leidt namelijk tot een wettelijke beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid die door de vennootschap kan worden ingeroepen (art. 2:130 lid 3 BW). Wanneer deze beperking door de vennootschap wordt ingeroepen, heeft dit tot gevolg dat de grondslag voor de bezoldiging vervalst. Aan het vereiste uit Boek 2 BW is dan niet voldaan met alle gevolgen van dien.