

# Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscodes

MR. J.H. BENNAARS EN MR. P.G. VESTERING

Het thema bestuurder en beloning leidt sinds de kredietcrisis tot, soms felle, maatschappelijke discussies. Hoe veel mag een bestuurder verdienen, in de financiële sector maar ook daarbuiten? Deze discussie kwam niet alleen tot uiting in de media, maar ook in een parlementair onderzoek, nieuwe regels van toezichthouders zoals de AFM en DNB, nieuwe gedragscodes en inmiddels in aangekondigde wetsvoorstellen. Over beloning en bonussen 'aan de top' is het laatste woord duidelijk nog niet gesproken.

De juridische positie van de bestuurder verdient hierbij bijzondere aandacht. Voor hem gelden niet alleen de regels uit het arbeidsrecht (als de bestuurder ook werknemer is), maar ook de vennootschapsrechtelijke regels én verschillende gedragscodes die bestuurdersbeloningen trachten te normeren. Dit artikel zet eerst deze verschillende normen over bestuurdersbeloning op een rij. Daarna stellen wij ons de vraag of deze normen voldoende basis bieden voor inperking van bestuurdersbeloningen, met name indien een ruimshartige bonus of ontslagvergoeding al is toegezegd of afgesproken. Deze vraag zullen wij mede aan de hand van de 'ABN AMRO-zaken' beantwoorden. Juist in die zaken moest een aantal kantonrechters immers beoordelen of ABN AMRO Bank N.V. ('AA') als werkgever mocht terugkomen op afspraken over bonussen en de ontslagvergoeding van een aantal bestuurders en leden van het senior management<sup>1</sup>.

## De bestuurdersbeloning en gedragscodes

De wetgever tracht bestuurdersbeloningen binnen de perken te houden via (oproepen tot) zelfnormering – om niet te zeggen: zelfbeheersing – gestimuleerd door openbaarmakingsverplichtingen. Voorbeelden hiervan zijn de Wet Harrewijn, waarmee de ondernemingsraad informatie over de beloningen in de onderneming verkrijgt, en voor de semi-publieke sector de Wet openbaarmaking uit publieke mid-

delen gefinancierde topinkomens ('Wopt').

Daarnaast zijn er diverse gedragscodes opgesteld.<sup>2</sup> Elke zichzelf respecterende sector lijkt inmiddels een eigen 'governance code' ontwikkeld te hebben, wellicht ook om eventuele wetgeving op dit gebied voor te zijn. Zo zijn er governance codes voor de zorgsector, woningcorporaties, welzijn en maatschappelijke ontwikkeling en het onderwijs. Voor beursgenoteerde ondernemingen is er de corporate governance code<sup>3</sup> en – sinds de kredietcrisis – voor financiële instellingen de Code Banken, aangevuld met principes voor beheerst beloningsbeleid van de toezichthouders AFM en DNB.

De codes bevatten over de beloning in de kern meestal regels ter zake van: (i) de interne bevoegheidsverdeling voor de vaststelling van beloning, bijvoorbeeld welk orgaan deze vaststelt en hierover verantwoording aflegt, (ii) openbaarmaking van de beloning, bijvoorbeeld achteraf via de jaarrekening of directe openbaarmaking via de website van de onderneming en (iii) de structuur van de beloning: hoe zou de vaste beloning van de bestuurder zich tot zijn variabele beloning behoren te verhouden en welke voorwaarden die-

<sup>1</sup> Ktr. Amsterdam 29 december 2008, «JAR» 2009/26 (ABN AMRO/Schmittmann), Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, «JAR» 2009/261 (ABN AMRO/De Jong), Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, «JAR» 2009/264; «JAR» 2009/265. Deze zaken zijn aan de zijde van ABN AMRO behandeld door het kantoor van de auteurs, die hierbij zelf echter niet betrokken zijn geweest.

<sup>2</sup> Aan deze codes is in verschillende publicaties aandacht besteed. Zie bijvoorbeeld R.P.J. ter Haseborg, 'De Corporate Governance Code 2008 en grip op het bestuurdersinkomen', *TRA* 2009, nr. 3, p. 16 e.v., S.B. Buijn, 'De Code Banken in vogelvlucht', *V&O* 2009, nr. 12, p. 257 e.v., H. Uhlenbroek, 'De Balkenendenorm; normering van topinkomens in de (semi) publieke sector', *ArbeidsRecht* 2009, 54, J.J. Trap, 'Corporate Governance in de praktijk: perikelen rond benoeming en ontslag(vergoeding) van de bestuurder', *TAP* 2009, nr. 7, p. 271 e.v. en N. Veldhoven en M.F. Landkroon, 'Principes voor beheerst beloningsbeleid: mooi in theorie én in de praktijk?', *V&O* 2009, nr. 6, p. 126 e.v.

<sup>3</sup> Aanvankelijk aangeduid als de Code Tabaksblad, inmiddels na aanpassing in 2008 als de Code Frijns.

nen aan de variabele beloning (bonussen in geld, of optie- en aandelenrechten) verbonden te worden om deze in lijn te brengen met de belangen van de onderneming en haar 'stakeholders'? De meeste codes bevatten geen voorschriften die rechtstreeks de hoogte van de bestuurdersbeloning bepalen, zij het dat bijvoorbeeld de corporate governance code al vanaf 2003 een maximum ontslagvergoeding van in beginsel één vast jaarsalaris kende.

Inmiddels is sprake van een verschuiving van open normen naar gedetailleerdere beloningsregels (zeker in de semipublieke sector) en van aanbevelingen in gedragscodes naar afdwingbare wetgeving. Zo is voor de zorgsector inmiddels de Beloningscode Bestuurders in de zorg<sup>4</sup> opgesteld, die een gedetailleerd puntensysteem kent om de zwaarte van de bestuursfunctie en bijbehorende salarisschaal vast te stellen, gerelateerd aan het (maximum)salaris van een minister. Voor de private sector bevat de Code Frijns geen absolute grensbedragen, maar zijn de voorwaarden voor toekenning van variabele beloning sinds 2009 wel aangescherpt. Ook stelt bijvoorbeeld de Code Banken, sinds 1 januari 2010 van kracht, dat het totale inkomen van de bankbestuurder 'iets beneden de mediaan van vergelijkbare functies binnen en buiten de financiële sector' moet liggen en mag de variabele beloning maximaal 100% van het vaste inkomen bedragen. Dit laat nog wel behoorlijk wat ruimte, ook al omdat rekening gehouden mag worden met de voor sommige banken relevante 'internationale context' (wat verdient de buitenlandse bankbestuurder?). De Code Frijns beveelt voorts extra bevoegdheden voor de RvC aan om bonussen bij bijzondere omstandigheden te matigen ('ultimum remedium'-bevoegdheid) en om bonussen uitbetaald op basis van onjuiste gegevens terug te vorderen (*claw back*); daarover hierna meer.

De codes ontberen wettelijke status, het gaat om aanbevelingen.<sup>5</sup> Afwijking van de beschreven gedragscodes blijft mogelijk, zij het dat dit dan gemotiveerd dient te worden, meestal in het jaarverslag ('pas toe of leg uit'-principe). De codes tasten bestaande contractuele afspraken niet aan. De vraag is dan ook of deze codes voldoende normerende werking hebben. Kan de ondernemer zich beroepen op de code om aldus 'code conforme' aanpassing van eerder gemaakte afspraken af te dwingen, eventueel zonder instemming van de betrokken bestuurder? Indien dergelijke openbreekmogelijkheden niet met de bestuurder overeengekomen zijn (zoals de Code Frijns aanbeveelt), bieden de codes op zichzelf geen 'harde' openbreekmogelijkheid. Betoogd kan wel worden dat de codes de in Nederland geldende rechtsovertuiging in de zin van art. 3:12 BW (onder meer) met be-

trekking tot beloning van bestuurders vastgelegd hebben. Daardoor kunnen de normen in de codes via de band van de redelijkheid en billijkheid doorwerken in de individuele rechtsverhouding tussen de onderneming/werkgever en de bestuurder/werknemer. Deze (dubbele) rechtsverhouding wordt immers ook beheerst door de redelijkheid en billijkheid via de artt. 2:8 BW, 7:611 BW en 6:248 BW.<sup>6</sup> De contractuele afspraak kan aldus bij toepassing aangevuld of beperkt worden door de redelijkheid en billijkheid.

Naast de geschetste codes vindt de wetgever aanvullende wetgeving wenselijk. Nieuwe wetgeving 'in de pijplijn' betreft het voorontwerp Wet normering uit publieke middelen gefinancierde beloning voor topfunctionarissen. Wezenlijk verschil ten opzichte van gedragscodes is dat in deze wet beloningsafspraken die boven het gestelde maximum uitgaan van rechtswege teruggebracht worden tot het maximumniveau; het meerdere is onverschuldigd betaald en kan, indien de betreffende instelling dit nalaat, door de Staat ingevorderd worden.

Voor de private sector is op 9 april 2010 een ambtelijk voorontwerp verschenen voor een wettelijke regeling die het orgaan dat in een NV de bezoldiging van bestuurders vaststelt (meestal: de RvC) extra bevoegdheden geeft. Het gaat om aanpassing van de hoogte van bonussen, indien betaling daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het voorontwerp sluit daarmee – net als de code Frijns – ook aanpassingen naar boven niet uit, hoewel dat niet de bedoeling lijkt. Het gaat verder om terugvordering van bonussen die op basis van onjuiste informatie betaald zijn (*claw back*). Verschil met de Code Frijns (die het *contractueel* vastleggen van deze bevoegdheden voorschrijft) is dat deze bevoegdheden in art. 2:135 BW worden opgenomen, zodat de RvC deze bevoegdheden altijd heeft, ook als de bestuurder hiermee (nog) niet had ingestemd. Dat versterkt de positie van de RvC enigszins. Ook biedt het voorontwerp een nieuwe aanpassingsbevoegdheid ten aanzien van de bonusbetaling indien de hoogte daarvan door een 'change of control' na een openbaar bod naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geworden (waarschijnlijk is hierbij gedacht aan 'Rijkman Groenink-achtige situaties'). Inhoudelijk lijkt de wettelijke regeling echter niet meer mogelijkheden te gaan bieden dan de bestaande wettelijke regels, nu de wettelijke regeling kennelijk zal aansluiten bij de (strengere) norm van art. 6:248 lid 2 BW en de regeling omtrent onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW). Pas in buitengewone omstandigheden zal de RvC zijn bevoegdheden kunnen invoeren, net als thans het geval is. Uit de nog te bespreken AA-zaken blijkt dat rechters niet snel oordelen dat sprake is van dergelijke buitengewone omstandigheden.

Ten slotte wijzen wij er op dat enige wetgeving ter zake de hoogte van afvloeiingsregelingen die zich niet specifiek op bestuurders richt al is ingevoerd of mogelijk nog ingevoerd kan worden: de Wet Excessieve Beloningen (kort ge-

4 Opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen en de Nederlandse Vereniging van Bestuurders in de Zorg; deze code trad per 1 september 2009 in werking.

5 Wel is een enkele code, zoals de Code Frijns, aangewezen als gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW (*Staatsblad* 2009, 545), zodat de normen uit de Code Frijns in de jaarrekening behandeld moeten worden. Het kabinet is voornemens ook de Code Banken op deze wijze als gedragscode aan te wijzen, aldus minister van Justitie Hirsch Ballin bij brief aan de Tweede Kamer van 31 maart 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 29.

6 Zie aldus ook R.P.J. ter Haseborg, 'De Corporate Governance Code 2008 en grip op het bestuurdersinkomen', *TRA* 2009/24.

zegd: een extra fiscale heffing op afvloeiingsregelingen voor werknemers met een jaarinkomen van meer dan € 500.000 bruto) en het Wetsvoorstel tot limitering van ontbindingsvergoedingen voor personen met een jaarsalaris van € 75.000 bruto of hoger. Ook verscheen op 9 april 2010 een concept Besluit Beheerst beloningsbeleid Wft, dat de Principes voor beheerst beloningsbeleid in de financiële sector van DNB en AFM van 6 mei 2009 een wettelijke grondslag geeft.<sup>7</sup> Het conceptbesluit schrijft in de kern voor dat de betrokken financiële ondernemingen een beloningsbeleid hanteren (zowel voor bestuurders als andere werknemers) dat niet aanmoedigt tot het nemen van meer risico's dan voor hen aanvaardbaar is en onzorgvuldige behandeling van klanten voorkomt.

### De bestuurdersbeloning en het vennootschapsrecht

De bestuurdersbeloning is niet een zuiver contractuele gelegenheid. De bezoldiging wordt, net als de benoeming en het ontslag, geregeld via een besluit. Deze paragraaf bevat een korte toelichting op de vennootschapsrechtelijke regels over bezoldiging. Boek 2 BW geeft geen normering over de inhoud van de bezoldiging, anders dan dat deze in een NV moet worden vastgesteld met inachtneming van het bezoldigingsbeleid.

#### Bevoegd orgaan

Zowel in een BV als in een NV is het bevoegde orgaan voor het nemen van het bezoldigingsbesluit de AvA, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen, bijvoorbeeld de RvC (artt. 2:135 lid 3<sup>8</sup> en 245 BW). Dit geldt ook als sprake is van een, al dan niet vrijwillig, structuurregime. Is de bevoegdheid om bezoldiging vast te stellen statutair bij de RvC neergelegd, dan is in de NV<sup>9</sup> nog wel een rol weggelegd voor de AvA. Die stelt het bezoldigingsbeleid vast (art. 2:135 lid 1 BW) en heeft een goedkeuringsrecht (art. 2:135 lid 4<sup>10</sup> BW). Voor de beursgenoteerde NV geldt dat de Code Frijns als uitgangspunt neemt dat ook daadwerkelijk de RvC is aangewezen in de statuten om de bezoldiging vast te stellen. Tevens is in die Code opgenomen dat de RvC het bezoldigingsbeleid voorbereidt.

#### Besluit

Het bevoegd orgaan stelt de bezoldiging vast door een besluit. Een besluit is een rechtshandeling van (een orgaan

van) een vennootschap. Een besluit heeft primair interne werking en vestigt, wijzigt of doet teniet een rechtsbetrekking binnen de vennootschap.<sup>11</sup> Dit is anders voor direct extern werkende besluiten. Deze besluiten kunnen worden gezien als een rechtstreeks tot een wederpartij gerichte rechtshandeling van de rechtspersoon.<sup>12</sup> Een direct extern werkend besluit kent dus zowel een 'besluitaspect' als een 'vertegenwoordigingsaspect'.<sup>13</sup> Voor de bestuurder is het direct extern werkend besluit van belang omdat de besluiten van de vennootschap over zijn rechtspositie eigenlijk altijd direct externe werking hebben. Dit geldt ook voor het bezoldigingsbesluit. De bestuurder moet als een 'derde' worden gezien, omdat het gaat om zijn relatie tot de vennootschap en niet om zijn positie als orgaan van de vennootschap.<sup>14</sup>

Inmiddels is sprake van een verschuiving van open normen naar gedetailleerdere beloningsregels en van aanbevelingen in gedragscodes naar afdwingbare wetgeving

Door het nemen van het bezoldigingsbesluit bindt het bevoegde orgaan dus de vennootschap. Hier kan het eerste knelpunt gesignaleerd worden van de dubbele rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap. Het bevoegde orgaan voor het besluit hoeft niet ook het bevoegd orgaan te zijn om de (arbeids)overeenkomst met de bestuurder te sluiten. De vertegenwoordigingsregels van Boek 2 BW (de artt. 2:130 en 240 BW) bepalen dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, en dus bevoegd is om contracten af te sluiten.<sup>15</sup> Het kan heel goed zijn dat in een vennoot-

7 Door aanpassingen in het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.  
8 Na invoering van wetsvoorstel 31 877 (standpuntsbepaling ondernemingsraad bij belangrijke besluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en het bezoldigingsbeleid) wordt dit lid vernummerd naar lid 4.  
9 Indien het ambtelijk voorontwerp 'Wijziging van Boek 2 van het BW in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bezoldiging van bestuurders' wet wordt, zal art. 2:135 BW ook gaan gelden voor de BV die een financiële onderneming drijft.  
10 Ook dit lid wordt vernummerd bij de invoering van wetsvoorstel 31 877 en wel naar lid 5.

11 P. van Schilfgaarde, J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307.  
12 De wederpartij moet daarvan wel in kennis gesteld worden, art. 3:37 lid 3 BW; de mededeling is geen rechtshandeling, vlg. Asser-Maeijer 2-II (1997), nr. 149.  
13 P. van Schilfgaarde, J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J.W. Winter, Deventer: Kluwer 2009, p. 307.  
14 Dat het bezoldigingsbesluit direct externe werking heeft, volgt niet met zoveel woorden uit de wet. Wel volgt uit de tekst van art. 2:135 BW dat de bepaling omtrent de vaststelling van de bezoldiging een vertegenwoordigingsbepaling is (lid 4 laatste volzin). Deze bepaling ziet op de naamloze vennootschap; niet valt in te zien dat voor art. 2:245 BW, dat geen vergelijkbaar lid 4 kent, iets anders zou gelden. Hiermee lijkt de externe werking gegeven, hoewel het bezoldigingsbesluit in de literatuur niet vaak wordt genoemd als voorbeeld van een direct extern werkend besluit. Meijer-Wagenaar neemt de direct externe werking aan, I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht' *WPNR* 2006, p. 679, p. 682 r.k. Zaal en Van Slooten stellen ook dat het bezoldigingsbesluit direct externe werking heeft, I. Zaal & J.M. van Slooten, 'Gebrek aan loon', *Ondernemingsrecht* 2008-8, p. 296-301, p. 299, i.k., maar spreken ook over het 'aangaan van de overeenkomst als uitvoering van het bezoldigingsbesluit', p. 298, i.k.  
15 Is sprake van een tegenstrijdig belang (bijvoorbeeld als het gaat om het vaststellen van de bezoldiging), dan wordt de vennootschap vertegenwoordigd door de commissarissen of bij gebreke daarvan door een door de AvA aangewezen persoon. De tegenstrijdige belangenregeling kan overigens worden weggeschreven in de statuten; de bestuurder kan de vennootschap dan ook in geval van een tegenstrijdig belang (blijven)

schap de AvA bevoegd is om een bestuurder te benoemen, de RvC om de bezoldiging vast te stellen en de zittende bestuurder de vennootschap rechtsgeldig kan vertegenwoordigen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Dat dit kan leiden tot onwenselijke situaties blijkt bijvoorbeeld uit de AHOLD-zaak,<sup>16</sup> waarin de RvC een dermate ruime afvloeiingsregeling bij voorbaat met de beoogd bestuurder was overeengekomen dat de AvA zich voor het blok gezet voelde bij de benoeming. Niet-benoeming zou immers leiden tot beëindiging van de al gesloten arbeidsovereenkomst en uitkering van de (riante) ontslagvergoeding. Hetzelfde probleem kan overigens spelen bij ontslag. Het orgaan dat bevoegd is te ontslaan, hoeft niet ook bevoegd te zijn de bezoldiging vast te stellen, waaronder blijkens art. 2:383c BW ook de ontslagvergoeding valt.

### De bestuurdersbeloning is niet een zuiver contractuele aangelegenheid

#### Formele vereisten

Boek 2 geeft regels over de wijze waarop besluitvorming dient plaats te vinden en over de gevolgen van het schenden van die regels (nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit, art. 2:14, 15 en 16 BW). Binnen een NV gelden extra eisen voor het bezoldigingsbesluit: dat moet zijn vastgesteld met inachtneming van het bezoldigingsbeleid en indien de RvC bevoegd is heeft de AvA een goedkeuringsrecht. Ontbreekt die goedkeuring, dan tast dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de RvC niet aan (art. 2:135 lid 4 BW).

Het is mogelijk dat aan het bezoldigingsbesluit gebreken kleven: het is genomen door een onbevoegd orgaan, de totstandkomingsvereisten zijn niet in acht genomen of het besluit is niet in overeenstemming met het geldende bezoldigingsbeleid. Het is ook mogelijk dat het besluit zelf, of het aanspraak maken op naleving daarvan in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Hierna gaan we aan de hand van de AA-zaken in op de mogelijkheden die de vennootschap heeft om in verband met deze gebreken het bezoldigingsbesluit aan te tasten en op de gevolgen daarvan voor de contractuele afspraken.

#### Specifieke normen voor beloning in het arbeidsrecht

Welke arbeidsrechtelijke normen gelden voor de beloning van de bestuurder die ook werknemer is? Hoewel titel 10 van Boek 7 BW in afdeling 2 regels over (uitbetaling van) loon bevat, normeren deze regels niet de hoogte daarvan. Evenmin bevat Boek 7 BW regels ter zake de hoogte van ontslagvergoedingen. De bestuurder valt ook meestal buiten de werkingssfeer van een cao. Kortom, uitgangspunt voor de beloning en ontslagvergoeding van werknemers, en zeker voor de bestuurder, is de contractsvrijheid tussen

partijen; de algemene regels van het overeenkomstenrecht en de Haviltex-uitlegnorm staan voorop.

De eerste vraag die bij geschillen over een bonus vaak speelt, is of sprake is van een afdwingbare toezegging of afspraak, of van een discretionaire bevoegdheid of algemene uitlating van de werkgever die zich ten opzichte van de werknemer(s) nergens toe heeft verplicht. Uiteraard zal op basis van de feiten en omstandigheden beoordeeld moeten worden of de werkgever een toezegging heeft gedaan waarmee rechtsgevolgen in het leven geroepen zijn, of dat tussen partijen door aanbod en aanvaarding een overeenkomst tot stand gekomen is. Het verschil in afdwingbaarheid met een overeenkomst is onzes inziens verwaarloosbaar, zodra sprake is van een toezegging met een bindend karakter, dat wil zeggen een eenzijdige rechtshandeling waarmee de werkgever zich heeft willen binden, althans het vertrouwen daarop bij de werknemer heeft opgewekt (vgl. artt. 3:33 en 35 BW).

Is slechts sprake van een gewoonte of algemeen beleid ter zake van het toekennen van bonussen zonder specifieke afspraken of toezeggingen, dan zal de werkgever in beginsel vrij zijn tot aanpassing hiervan. De normen van het goed werkgeverschap kunnen deze vrijheid beperken.<sup>17</sup> Zo oordeelde de Kantonrechter Amsterdam in 1998 dat het de werkgever in zijn algemeenheid vrij staat om jaarlijks te bepalen of, aan wie en welke bonussen uitgekeerd worden, maar bij voorkeur wel aan de hand van een toetsbaar beleid.<sup>18</sup> Het goed werkgeverschap brengt, aldus deze kantonrechter, namelijk mee dat een werkgever ter zake niet naar willekeur handelt. Het jarenlang uitkeren van een bonus doet geen recht op een dergelijke uitkering ontstaan, maar verzwart wel de plicht van de werkgever om wijzigingen in dat patroon op weloverwogen, goede gronden aan te brengen 'in redelijkheid'.

Ook het Hof Amsterdam paste in twee verschillende zaken over de al dan niet uitbetaling van bonussen aan bankmedewerkers het goed werkgeverschap als toets toe. Soms leidt dat tot de conclusie dat het de werkgever toegestaan was geen bonus (meer) te betalen. Zo oordeelde het hof dat ingeval al drie jaar een bonus jaarlijks uitgekeerd is, waarbij de werkgever deze afhankelijk maakte van de prestaties van de werknemer en het voorbehoud maakte dat het een discretionaire toekenning was, de werkgever in redelijkheid mocht besluiten de bonus in het vierde jaar niet te betalen vanwege schending van gedragsregels door de werknemer.<sup>19</sup> Het herhaaldelijk uitbetalen van een bonus leidt dus niet direct tot een 'verkregen recht'.<sup>20</sup> Anderzijds oordeelde het hof in een andere zaak dat ingeval de werkgever bij de toekenning van bonussen een bepaalde systematiek hanteert op basis van functiegroepen, performance-eisen

vertegenwoordigen.

16 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, «JOR» 2005,6 m.nt. Josephus Jitta.

17 Aldus ook W.L. Roozendaal en W.H.A.C.M. Bouwens, 'De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis', *ArbeidsRecht* 2010, nr. 12, p. 7.

18 Ktr. Amsterdam 30 juli 1998, «JAR» 1998/231.

19 Hof Amsterdam 24 november 2005, *RAR* 2006, 39 (ABN AMRO/Le Belle).

20 Zie over 'verkregen rechten' en de (lagere) rechtspraak op dit gebied ook S.F.H. Jellinghaus en W.A. Zondag, 'Wijziging van de arbeidsovereenkomst', hoofdstuk 7 *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2009.

en bonus-ranges, niet langer sprake is van een werkelijk discretionair systeem. De werknemer die aan de performance-eisen voldeed, maar geen bonus kreeg omdat hij in het betreffende jaar wegens reorganisatie ontslagen werd, kon toch aanspraak maken op een (pro rata) bonus, ook al was hem hierover geen expliciete toezegging (bijvoorbeeld in zijn aanstellingsbrief) gedaan.<sup>21</sup> Ook de omstandigheid dat de bank in dit geval jaarlijks een voorbehoud voor uitbetaling in komende jaren maakte, deed daar niet aan af. Ondanks het ontbreken van een rechtstreekse toezegging of afspraak en een algemeen, jaarlijks voorbehoud kan het goed werkgeverschap (in dit geval met name opgewekt vertrouwen, ook door toepassing van een bepaald systeem) dus een zelfstandige grond voor verschuldigdheid van een bonus opleveren.

In de praktijk proberen werkgevers het beste van twee werelden te combineren, door enerzijds duidelijk te maken wanneer een werknemer bepaalde bonussen kan verdienen (de in het vooruitzicht gestelde bonus beoogt immers bepaald gedrag of bepaalde resultaten te stimuleren), maar anderzijds voorwaarden voor uitbetaling van de bonus in te bouwen. Daarmee tracht de werkgever 'de handen vrij te houden' om de bonus toch (deels) niet uit te betalen, of een volgend jaar niet meer te betalen. De werkgever in de laatstgenoemde hofzaak had zijn positie kunnen versterken door bonusbetalingen expliciet te koppelen aan de voorwaarde dat de werknemer aan het einde van het betreffende jaar nog in dienst moet zijn (dan heeft de bonus ook een retentiekarakter). Dat komt in de praktijk regelmatig voor en wordt ook in de rechtspraak valide bevonden (zie hierna). Ook stelt de werkgever wel eens minimumeisen met betrekking tot het algehele bedrijfsresultaat of functieneren van de werknemer, of een algemene 'discretionaire' bevoegdheid voor de werkgever.

De rechtspraak laat zien dat een duidelijk voorbehoud vooraf – in een algemene regeling als onderdeel van het beleid, of in de individuele bonusafspraken of bonustoezegging – in beginsel effectief is.<sup>22</sup> De rechter acht dergelijke voorbehouden op zichzelf geldig. Pas indien toepassing daarvan in een concreet geval tot een (evident?) onbillijke uitkomst leidt, zou de voorwaarde wegens strijd met het goed werkgeverschap buiten toepassing gelaten moeten worden; dit lijkt dus op een marginale toetsing. Het Hof Amsterdam verwoordde het in 2004 als volgt:

'Ook overigens zijn er geen redenen die zich ertegen verzetten dat een werkgever een systeem van beloningen hanteert waarbij bepaalde werknemers een bonus ontvangen die eenzijdig door de werkgever wordt vastgesteld en waaraan de voorwaarde is verbonden dat de werknemer ten tijde van de uitbetaling nog in dienst van de werkgever is.'

In dit geval betekende dit dat de werknemer 75% van de

reeds in 1998 'verdiende' bonus misliep, omdat dit deel pas in maart 2000 uitbetaald zou worden en hij toen niet langer in dienst was.

Ook ter zake van ontslagvergoedingen die bij voorbaat overeengekomen zijn, gelden in beginsel de normale regels van het vermogens- en overeenkomstenrecht. De werknemer kan dus zo nodig in rechte nakoming vragen van gemaakte afspraken of bindende toezeggingen. Anders dan bij bonussen zijn ontslagvergoedingen vaak individueel overeengekomen en maken zij meestal geen deel uit van een beleid. In de hierna te bespreken AA-zaken was overigens wel sprake van een beleid, maar de discussie spitste zich toe op de individuele toezeggingen gebaseerd op het beleid. De arbeidsrechtelijke rechtspraak over ontslagvergoedingen ziet vooral op de eventuele samenloop tussen contractuele ontslagvergoedingen en de vergoeding die de rechter in een ontbindingsprocedure of kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan de werknemer kan toekennen. Uitgangspunt hierbij is dat de rechter zelf de hoogte van de (schade)vergoeding bepaalt. Hierbij oordeelde de Hoge Raad dat de rechter in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure wel rekening kan houden met hetgeen partijen zelf overeengekomen zijn<sup>23</sup> en dat de ontbindingsrechter rekening moet houden met de contractuele ontslagvergoeding, indien hij hiermee bekend is.<sup>24</sup>

### Gebondenheid werkgever of vennootschap aan bonussen of ontslagvergoedingen

De werkgever of vennootschap die, achteraf, niet langer gebonden wil zijn aan afspraken of toezeggingen ter zake van bonussen of ontslagvergoedingen dient eerst vast te stellen in welk stadium partijen verkeren. 'Ingrijpen in de beloning' kan immers (i) door toepassing van de regeling, (ii) door aanpassing van de regeling, of (iii) door terugvordering van reeds betaalde bedragen. In fase (i) kan de werkgever soms gebruikmaken van discretionaire bevoegdheden die, bijvoorbeeld, in de bonusregeling ingebouwd zijn. In fase (ii) kan het (a) gaan om aanpassing van de afspraken voor de toekomst. In dat geval is vennootschapsrechtelijk nieuwe besluitvorming aan de orde en arbeidsrechtelijk het vraagstuk van eenzijdige aanpassing van arbeidsvoorwaarden. In deze fase kan het (b) ook gaan om aantasting van afspraken die reeds zijn opgebouwd (of: 'verdiend'), maar nog niet uitbetaald. Fase (iii) ziet ten slotte op het terugvorderen van betaalde bedragen. Tegen deze achtergrond lijkt het ons nuttig een uitstapje te maken naar de AA-zaken.

### De ABN AMRO-zaken

In de door ons geschetste indeling verkeerden partijen in de AA-zaken in fase (ii)(b). Waar ging het om in deze zaken? De eerste zaak betrof de heer Schmittmann. Schmittmann was werknemer van AA en werd na de overname van deze bank door het bankenconsortium RBS, Santander en Fortis

21 HR 22 juni 2007, «JAR» 2007/214 (Van Jaarsveld/ING Bank); omdat de Hoge Raad de zaak ex art. 81 RO afdeed, zijn met name het arrest van het Hof Amsterdam en de conclusie van A-G Keus interessant.

22 Zie Ktr. Haarlem 24 november 1999, PRG 2000, 5399, Hof Amsterdam 19 februari 2004, «JAR» 2004/81 en Hof Amsterdam 24 november 2005, RAR 2006/39.

23 HR 7 april 1995, «JAR» 1995/98 (Staten Bank Holland/Fiet).

24 HR 2 april 2004, «JAR» 2004/112 (Drankencentrale Waterland/Blakborn).

benoemd tot lid van de Raad van Bestuur ('RvB') van AA voor vier jaar. Het was de bedoeling dat een benoeming in de RvB van Fortis zou volgen. Zou dat niet gebeuren en zou zijn dienstverband met AA (niet verwijtbaar) voortijdig eindigen, dan zou Schmittmann een ontslagvergoeding ontvangen conform het beleid voor leden van de Top Executive Group ('TEG') van AA, te weten toepassing van de (oude) kantonrechttersformule met een c-factor van 1,4. Verder werden enkele bonus- en retentieafspraken gemaakt. Zijn bestaande arbeidsovereenkomst als Senior Executive Vice President werd 'bevoren' en daarnaast kreeg Schmittmann in het kader van zijn benoeming tot de directie een nieuwe arbeidsovereenkomst met AA, getekend door een lid van de Raad van Commissarissen ('RvC'). De ontslagvergoeding en bonusafspraken werden op verzoek van Schmittmann door twee leden van de RvB van AA namens Fortis bevestigd, waarbij een ander lid van AA's RvB Schmittmann bevestigde dat ook AA deze afspraken zou respecteren.

Nadat de Staat in oktober 2008 (indirect) aandeelhouder werd van AA, wijzigde het bezoldigingsbeleid en bleek er geen positie meer voor Schmittmann beschikbaar in het bestuur. De totale aanspraken op basis van de gedane toezeggingen bedroegen circa € 18 miljoen. AA vroeg een verklaring voor recht dat Schmittmann's aanspraken ter zake van de ontslagvergoeding, bonus 2008 en retentiebonus beperkt zouden worden tot één jaarsalaris inclusief gemiddelde bonus (€ 2,4 miljoen), omdat (i) toepassing van de kantonrechttersformule in absolute zin tot een te hoog bedrag leidde, (ii) in neutrale omstandigheden een factor  $c=1$  gebruikelijk is en de versobering van de kantonrechttersformule per 2009 een matigende invloed zou moeten hebben, (iii) diverse bestuurders in de financiële sector al afgezien hadden van afvloeiingsregelingen boven een jaarsalaris, (iv) de resultaten van AA door de kredietcrisis ernstig onder druk waren komen te staan, en (v) bij de vaststelling van de ontslagvergoeding rekening gehouden moet worden met de algemene rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen in dit geval (art. 3:12 BW), die zouden meebrengen dat de hoge ontslagvergoeding waarop Schmittmann aanspraak maakte niet langer als redelijk wordt ervaren. De bonustoezeggingen zouden jegens AA niet afdwingbaar zijn, omdat deze niet door AA's RvC ondertekend waren, welke bij uitsluiting bevoegd was dit soort bezoldigingsafspraken te maken.

Schmittmann bestreed de door AA aangevoerde argumenten, maar matigde wel vrijwillig zijn totale aanspraak van circa € 18 miljoen tot € 8 miljoen.

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat de afspraak over de ontslagvergoeding rechtsgeldig tot stand gekomen was, gezien de toezeggingen van de leden van de RvB van AA en de nog bestaande, onderliggende arbeidsovereenkomst als SEVP die zou herleven bij ontslag als bestuurder. De hoogte van het betrokken bedrag maakte dat niet anders. De bonussen waren ook rechtsgeldig toegekend door de toezeggingen van de directieleden en de nieuwe arbeidsovereenkomst getekend door een van de commissarissen. Daarbij is interessant dat de kantonrechter meent

dat Schmittmann er op mocht vertrouwen dat AA en Fortis zouden zorg dragen voor het juridisch juist vastleggen van gemaakte afspraken; eventuele onjuistheden daarbij zouden Schmittmann niet tegengeworpen kunnen worden. De andere argumenten van AA werden een voor een afgedaan en voor een verdergaande beperking van de aanspraken van Schmittmann dan € 8 miljoen achtte de kantonrechter geen gronden aanwezig. Voor rechterlijke toepassing van de Code Tabaksblat bestaat volgens de kantonrechter geen grond, omdat deze zich tot partijen richt en wettelijke vastlegging daarvan achterwege gebleven is. Al met al waren de afspraken met Schmittmann welbewust door AA aangegaan en was er geen grond voor verdergaande matiging van zijn aanspraken.

De andere zaken kenden een vergelijkbare achtergrond, maar hierin kwamen ook weer andere juridische vragen aan de orde. De basisvraag was wel opnieuw of de werknemers aanspraak konden maken op een ontslagvergoeding gebaseerd op het oude AA-beleid ter zake van ontslagvergoedingen voor TEG-leden, dat AA nadat de Staat aandeelhouder geworden was niet langer wilde volgen. In de De Jong-zaak was de grondslag voor toepassing van dit beleid niet een tot stand gekomen overeenkomst, maar opgewekt vertrouwen bij de bestuurder (door AA en RBS) dat dit beleid op hem toegepast zou worden. Dat alleen de RvC van AA statutair bevoegd was om een afvloeiingsregeling te bepalen, deed hieraan volgens de kantonrechter niet af omdat RBS voor deze bestuurder-werknemer materieel als werkgever optrad en in de fase waarin AA verkeerde AA's RvC zich niet meer actief met dit soort zaken bezighield. Een beroep op de artt. 7:613 en 611 BW wees de kantonrechter af, omdat geen sprake was van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst zelf (hooguit in de algemene arbeidsvoorwaardenregeling), een ontslagvergoeding geen arbeidsvoorwaarde zou zijn en geen sprake was van overleg over wijziging van de arbeidsrelatie. Opvallend was dat de kantonrechter enerzijds wel constateerde dat de bestuurder vanwege opgewekt vertrouwen een beroep op het oude ontslagvergoedingenbeleid toekwam, maar omdat geen volledige overeenkomst op dit punt tot stand was gekomen zich vrij achtte een vrije belangenafweging toe te passen. Aldus geen terughoudende toetsing of de afspraken tussen partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar waren (art. 6:248 lid 2 BW), maar een belangenafweging. Hierbij telden de veranderde opvattingen over beloning in de financiële sector mee, alsmede het ontbreken van een voldoende concrete onderbouwing door de bestuurder waarom hij ter compensatie van door hem eventueel geleden schade een vergoeding nodig had gelijk aan het oude beleid van AA. Het beroep van de bestuurder op de Schmittmann-zaak ging niet op omdat Schmittmann zijn totale vordering wel voor meer dan de helft had gematigd. De Jong's vordering werd aldus afgevoerd en AA hoefde de gedane toezeggingen niet onverkort na te komen.

In de Utrechtse zaken ging het niet om bestuurders, maar om negen hooggeplaatste managers van AA. Zij ontvingen een persoonlijke brief met garanties over bonussen en de

bevestiging dat het oude ontslagvergoedingenbeleid voor hen gedurende een retentieperiode zou gelden, waardoor volgens de kantonrechters in Utrecht sprake was van een AA bindende, eenzijdige rechtshandeling die niet expliciet door de werknemer geaccepteerd hoefde te worden. Ook in deze zaken werd toepassing van de artt. 7:611 en 613 BW afgewezen. Vervolgens werd getoetst aan art. 6:258 BW, het beroep van AA op onvoorziene omstandigheden. Dit beroep werd afgewezen, omdat naar het oordeel van de kantonrechters in Utrecht de veranderde positie van AA en de veranderde opvattingen over ontslagvergoedingen door de kredietcrisis minder zwaar wegen dan het algemene rechtsbeginsel dat het (door AA) 'gegeven woord' bindt. De negen managers ontvingen aldus wel de hun toegezegde bonussen en ontslagvergoeding.

Wij stellen vast dat de kantonrechters in de AA-zaken hun beslissing vooral op de normen van het arbeidsrecht en verbintenissenrecht gebaseerd hebben. Aan de eventuele gebreken in de vennootschapsrechtelijke besluitvorming binnen AA werd niet zwaar getild. Evenmin kenden de kantonrechters veel gewicht toe aan de corporate governance code met betrekking tot ontslagvergoedingen en bonussen; in de Schmittmann-zaak werd deze zelfs expliciet niet van toepassing verklaard. Hebben de kantonrechters hiermee de verschillende normen, met name uit het vennootschapsrecht en de algemene gedragsregels (in dit geval met name de Code Frijns) nu wel goed toegepast? Bieden die normen niet meer steun voor de aanpassingswensen van AA dan door de kantonrechters is onderkend? En zou de aangekondigde nieuwe wetgeving verschil gemaakt hebben? Op deze vragen gaan wij hierna in.

### Vennootschapsrechtelijke besluitvorming / normen boek 2 BW

#### *Onbevoegd genomen besluit*

Zowel in de Schmittmann-zaak als in de De Jong-zaak heeft AA zich beroepen op de onbevoegdheid van het orgaan dat de toezegging had gedaan. In beide gevallen was de RvC van AA het bevoegde orgaan om te beslissen over bezoldiging, maar waren de toezeggingen gedaan door (leden van) de RvB. De Hoge Raad heeft bepaald dat een onbevoegd genomen bezoldigingsbesluit *nietig* is (en niet vernietigbaar).<sup>25</sup> Op grond van art. 2:16 lid 2 BW kan de nietigheid niet aan een derde (in dit geval de bestuurder) worden tegengeworpen, tenzij de derde het gebrek kende of behoorde te kennen. Het besluit bindt dus in beginsel de vennootschap. De uitzondering (de derde kent het gebrek) lijkt mogelijkheden te bieden voor de vennootschap. Van Slooten en Zaal alsmede Meijer-Wagenaar stellen dat van iemand die de functie van statutair bestuurder aanvaardt, mag worden verwacht dat hij de regels omtrent bezoldiging kent, dan wel daar enig onderzoek naar doet.<sup>26</sup> Wij zijn

van mening dat dit iets genuanceerder ligt. Van 'professionele' bestuurders die van beursvennootschap naar beursvennootschap trekken, mag die kennis inderdaad worden verwacht. Hetzelfde geldt voor zittende bestuurders. Die mogen geacht worden van de geldende regels op de hoogte te zijn. Voor de bedrijfsleider in een middelgroot bedrijf die gevraagd wordt het bestuurderschap 'erbij te doen' of voor bestuurders van (kleinere) besloten (dochter)vennootschappen kan dat anders liggen.

Uitgangspunt voor de beloning en ontslagvergoeding van werknemers, en zeker ook voor de bestuurder, is de contractsvrijheid tussen partijen

Uit de AA-uitspraken blijkt echter niet dat de kantonrechters aandacht hebben besteed aan art. 2:16 BW. In de Schmittmann-zaak overwoog de kantonrechter in r.o. 25 dat van AA mag worden verwacht dat zij afspraken op correcte wijze juridisch vormgeeft. Onjuistheden kunnen niet aan Schmittmann worden tegengeworpen. In de De Jong-zaak overweegt de (andere Amsterdamse) kantonrechter dat het verweer van AA op dit punt onvoldoende relevant is omdat de verschillende leden van het consortium als materieel werkgever optraden. De kantonrechter oordeelt het aannemelijk dat de leden van het consortium een grote vrijheid hadden hun eigen personeelsbeleid te bepalen. Ten slotte overweegt de kantonrechter dat niet gebleken is dat het bevoegd orgaan zich actief bezighield met de beloning op individueel niveau en dat zij haar bevoegdheid dus feitelijk gebruikte in de relevante periode, daargelaten de vraag of De Jong niet gewoon af mocht gaan op uitingen van de voorzitter van de RvB. Slechts de laatste overweging zou kunnen passen binnen art. 2:16 BW. De kantonrechter zegt eigenlijk dat de bestuurder de onbevoegdheid niet hoefde te kennen zodat het besluit gewoon werking heeft. De overige overwegingen passen in het geheel niet in de vennootschapsrechtelijke toets.

Naar ons oordeel had de kantonrechter naar aanleiding van het beroep van AA op de nietigheid van het bezoldigingsbeleid art. 2:16 BW moeten toepassen. In de zaak Schmittmann is het beroep op de nietigheid gedaan ten aanzien van de bonus 2008 en de retentiebonus, beide neergelegd in een (eenzijdige) brief en niet (ook) in een overeenkomst. Een geslaagd beroep op de nietigheid van het besluit had er toe geleid dat er dus geen contractuele basis overblijft waar Schmittmann zijn aanspraken op kon baseren. In de De Jong-zaak, deed De Jong een beroep op toezeggingen van het consortium dat het beleid op het gebied van ontslagvergoedingen gehandhaafd zou blijven. Deze toezeggingen waren echter niet gedaan door de RvC. Hiermee is de toezegging nietig en blijft slechts een algemeen beroep op een beleid over dat toch gemakkelijker lijkt te passeren dan toezeggingen. Het beroep van De Jong op de toezeggingen

<sup>25</sup> HR 15 september 1995, NJ 1996, 139 m.nt. Ma.

<sup>26</sup> I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', *WPNR* 2006, p. 679 en I. Zaal & J.M. van Slooten, 'Gebrek loon', *Ondernemingsrecht* 2008-8, p. 296-301. Ik merk

op dat de artikelen van beide auteurs gaan over bestuurders van NV's.

heeft het uiteindelijk ook niet gehaald, maar desalniettemin hadden vennootschapsrechtelijke argumenten daaraan bij kunnen dragen.

Hoewel het onaannemelijk lijkt dat leden van de RvB zoals Schmittmann en De Jong niet wisten hoe de bevoegdheden verdeeld waren, is wel enigszins begrijpelijk dat de kantonrechters in de AA-zaken, gelet op de turbulente opsplitsingsfase waarin AA zich bevond, bij toepassing van art. 2:16 BW tot het oordeel zouden zijn gekomen dat de bestuurders niet wisten of hadden moeten weten welk orgaan precies bevoegd was hun arbeidsvoorwaarden vast te stellen, dan wel afdwingbare toezeggingen te doen. Waar het ons om gaat is dat de vennootschapsrechtelijke kant ten onrechte onderbelicht is gebleven. De formele regels van Boek 2 BW zijn er niet voor niets, zij dienen er onder meer toe dat de verhouding tussen de verschillende organen evenwichtig is. In de Schmittmann-zaak ging het uiteindelijk om leden van de RvB die de bezoldiging van hun collega-bestuurder vaststelden. Betoogd kan worden dat over het algemeen in dat soort gevallen sprake is van een tegenstrijdig belang.

### Aan de eventuele gebreken in de vennootschapsrechtelijke besluitvorming binnen AA werd niet zwaar getild

Is sprake van een nietig bezoldigingsbesluit (omdat het genomen is door een onbevoegd orgaan, of vanwege een ander gebrek), dan is de volgende vraag hoe dit eventuele contractuele afspraken beïnvloedt. In de AA-zaken was als gezegd met name sprake van eenzijdige toezeggingen. Zouden die wegvallen, dan blijven er geen contractuele afspraken over.

Is sprake van een 'los' bezoldigingsbesluit en een bepaling over loon, bonus of afvloeiingsregeling in de arbeidsovereenkomst, dan kan die botsing wel ontstaan. Een voorbeeld van die situatie is een uitspraak van de Rechtbank Zutphen uit 2008.<sup>27</sup> De rechtbank verbindt aan de – in dat geval wel aangenomen – nietigheid van het bezoldigingsbesluit de conclusie dat ook het besluit om de arbeidsovereenkomst aan te gaan nietig is. De rechtbank trekt vervolgens de conclusie aan dat de vennootschap niet aan de arbeidsovereenkomst is gebonden. Dit lijkt ons niet juist. Wel was het zo dat de vennootschap niet juist was vertegenwoordigd bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Deze was, in strijd met de statuten, slechts door één bestuurder ondertekend. Ervan uitgaande dat deze beperking kenbaar was uit het handelsregister, is de vennootschap niet gebonden. Langs die lijnen heeft de rechter echter – ten onrechte – niet geredeneerd.

Uit de AA-uitspraken en de Zutphense zaak kan worden afgeleid dat bij de toetsing van beloningsaanpakken het vennootschapsrecht er bekaaid vanaf komt. Het lijkt alsof de (kanton)rechter genegen is de beschermingsgedachte

van het arbeidsrecht te laten prevaleren boven de regels van Boek 2. Naar ons oordeel zouden vennootschappen vaker de route van Boek 2 kunnen bewandelen als het gaat om hun gebondenheid aan (bezoldigings)besluiten. Uiteraard geldt dat de vennootschap niet te kwader trouw moet zijn: onbevoegde besluiten (laten) nemen om er later onderuit te kunnen is niet de bedoeling. Is de AvA echter gepasseerd door de RvC of het bestuur, dan zou de vennootschap met een beroep op de nietigheid van het besluit en art. 2:16 lid 2 BW moeten kunnen betogen dat zij niet gehouden is aan het bezoldigingsbesluit.

Als gezegd leidt dit er niet per definitie toe dat ook de contractuele afspraken vervallen. Ontbreken contractuele afspraken (zoals in de Schmittmann-zaak) waarop kan worden teruggevalen, dan is het voor de werknemer/bestuurder moeilijk om nog iets af te dwingen. Zijn die afspraken er wel, dan menen wij met Zaal en Van Slooten<sup>28</sup> dat nietigheid van het bezoldigingsbesluit op zichzelf niet snel mee zal brengen dat bezoldigingsafspraken niet meer afdwingbaar zijn. Wij menen dat gebreken in de vennootschapsrechtelijke besluitvorming wel, meer dan in de AA-zaken is gebeurd, zouden moeten meewegen in de contractuele toetsing of aanpassing mogelijk is. Ook de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW (zie hierna) brengt dit met zich mee. De formele vereisten die aan besluitvorming worden gesteld, horen immers ook bij de vennootschapsrechtelijke normen die betrokkenen tegenover elkaar in acht moeten nemen. De door de Rechtbank Zutphen gevolgde redenering die gebaseerd is op het artikel van Meijer-Wagenaar<sup>29</sup> lijkt ons als gezegd niet juist. Meijer-Wagenaar stelt dat bij een nietig bezoldigingsbesluit de arbeidsovereenkomst niet bestaat omdat er – kennelijk – geen overeenstemming bestaat over het loon, één van de twee kernverbintenissen van de arbeidsovereenkomst. Deze conclusie is te vergaand en miskent dat het er om gaat dat enige betaling is overeengekomen. Dat over de hoogte daarvan een verschil van mening bestaat, doet daaraan niet af. Meijer-Wagenaar houdt voorts ten onrechte geen rekening met art. 7:618 BW waarin is bepaald dat als geen loon is vastgesteld, de werknemer recht heeft op loon dat gebruikelijk is, of dat naar billijkheid wordt bepaald met inachtneming van de omstandigheden van het geval.

#### Art. 2:8 BW

In de AA-zaken met betrekking tot de bestuurders (De Jong en Schmittmann) is geen beroep gedaan op art. 2:8 BW. Dit artikel is de rechtspersonenrechtelijke pendant van art. 6:248 BW. Op grond van 2:8 BW lid 1 dienen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert. In lid 2 is de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid opgenomen. Een regel geldend tussen de vennootschap en (bijvoorbeeld) de bestuurder op

27 Rb. Zutphen 10 december 2008, *Rechtspraak Ondernemingsrecht* 2009/22.

28 I. Zaal & J.M. van Slooten, 'Gebrekkelijk loon', *Ondernemingsrecht* 2008-8, p. 296-301.

29 I. Meijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: Art. 2.135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', *WPNR* 2006, p. 679.

grond van een besluit is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarnaast bepaalt art. 2:15 lid 2 BW dat een besluit dat in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW vernietigbaar is. Het is interessant om te bezien of de derogerende werking van art. 2:8 lid 2 BW tot een ander resultaat had geleid dan de derogerende werking van art. 6:248 lid 2 BW. Hierna wordt beschreven hoe de toets aan art. 6:248 BW heeft uitgepakt in de AA-zaken. Aan de ene kant staan de Utrechtse zaken waar sprake is van 'gewone' werknemers, aan de andere kant de Amsterdamse zaken waarin het ging om statutair bestuurders. Er blijkt uit de uitspraken niet dat de afweging ex art. 6:248 BW in beide gevallen principieel anders wordt gemaakt. Wij menen dat een beroep op art. 2:8 BW in de Amsterdamse zaken wellicht meer mogelijkheden had gegeven om het vennootschapsrechtelijk belang sterker te betrekken in de afweging of van de toezegging mocht worden afgeweken. Bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW behoren alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen, dus ook het feit dat de werknemer bestuurder is. Toch kan art. 2:8 BW iets extra's bieden. In twee uitspraken van lagere rechters heeft een beroep op art. 2:8 BW de rechtspersoon geholpen. In een zaak die in 1997 werd voorgelegd aan het Hof Arnhem<sup>30</sup> ging het om de bestuurder van een stichting. Deze had zichzelf een forse onkostenvergoeding toegekend. Het hof overweegt dat dit besluit onredelijk was en de bestuurder dient de genoten vergoedingen terug te betalen.<sup>31</sup> In 2008 heeft de Ondernemingskamer zich uitgesproken over de vraag of bij de betalingen aan een bestuurder de normen voor goed vennootschapsrechtelijk gedrag zijn nageleefd.<sup>32</sup> Het ging hier om een bestuurder die tevens prioriteitsaandeelhouder was en uit die hoofde zijn eigen beloning kon 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, aldus 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.

Deze zaken zijn niet een-op-een te vergelijken met de AA-zaken. Daar ging het immers niet om bestuurders die (indirect) hun eigen beloning hadden vastgesteld. Toch is met name de uitspraak van de Ondernemingskamer interessant. Bij de toetsing of (bezoldigings)besluiten in overeenstem-

ming met de vennootschapsrechtelijke normen zijn, worden uitdrukkelijk de belangen van andere bij de onderneming betrokkenen meegewogen (vgl. art. 2:8 lid 1). Wellicht hadden de Amsterdamse kantonrechters via toepassing van art. 2:8 BW de belangen van bijvoorbeeld de Staat als aandeelhouder bij aanpassing van de afspraken zwaarder kunnen laten meewegen. Onzorgvuldige besluitvorming leidt immers tot het risico dat de belangen van andere bij de vennootschap betrokkenen onvoldoende aandacht krijgen of zelfs worden verwaarloosd. Hetzelfde kan worden gezegd van de schending van de gedragscodes, die bij uitstek goed vennootschapsrechtelijk gedrag beogen vast te leggen. Ook het naleven van deze gedragscodes hoort dus bij goed vennootschapsrechtelijk gedrag.<sup>33</sup>

Uiteraard zijn er nog meer gebreken dan alleen bevoegdheidsgebreken. Zo kan een bezoldigingsbesluit in strijd zijn met het bezoldigingsbeleid. Ook kan het zo zijn dat het bezoldigingsbesluit geen enkel, formeel of inhoudelijk, gebrek heeft, maar er een contractuele afspraak is, eveneens geldig, die anders luidt. Wat gaat er dan voor? Deze situaties waren niet aan de orde in de AA-zaken en gaan daarom het bestek van dit artikel te buiten. Verwezen zij naar de al eerdergenoemde bijdragen van Meijer-Wagenaar en Zaal en Van Slooten.

#### Arbeidsrechtelijke toetsing

De specifieke, arbeidsrechtelijke wijzigingsmogelijkheden voortvloeiend uit de artt. 7:611 en 613 BW kwamen in de Schmittmann-zaak niet, maar in de andere AA-zaken wel aan bod. Hierbij past de kanttekening dat het voor de kantonrechters in Utrecht om negen werknemers ging, voor de Kantonrechter Amsterdam in de De Jong-zaak om een bestuurder.

De algemene arbeidsvoorwaardenregeling voor topmanagement van AA bevatte een wijzigingsbeding. De toegezegde ontslagvergoeding stond niet in dit arbeidsvoorwaardenbeleid, de bonusregeling wel. Enigszins merkwaardig is dan ook dat de kantonrechters de vraag of AA gerechtigd was eerder toegezegde ontslagvergoedingen te matigen, (onder meer) toetsten aan de vraag of AA met het wijzigingsbeding in de algemene regeling een beroep op art. 7:613 BW toekwam. De grondslag voor de aanspraak op de (hoge) ontslagvergoeding was een individuele brief aan de manager. Het ging om een aanspraak op een vergoeding bij ontslag gedurende de retentieperiode met een gegarandeerde hoogte, zonder wijzigingsvoorbehoud. Art. 7:613 BW lijkt bij de ontslagvergoedingen dus eigenlijk helemaal niet aan de orde. Hoe dit ook zij, de kantonrechters oordeelden dat een wijzigingsbevoegdheid ex art. 7:613 BW in de arbeidsovereenkomst zelf opgenomen behoort te zijn. Deze voorwaarde volgt niet uit de tekst van art. 7:613 BW zelf, maar wel uit de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.<sup>34</sup> Los daarvan is

30 Hof Arnhem 2 december 1997, «JOR» 1998/28.

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

32 Hof Amsterdam (OK) 7 november 2008, *ROR* 2009, 10.

33 Vgl. HR 13 juli 2007, «JOR» 2007/178 (ABN AMRO/La Salle) en ook R.P.J. ter Haseborg, 'De Corporate Governance Code 2008 en grip op het bestuurdersinkomen', *TRA* 2009/24.

34 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 15, waarnaar bijvoorbeeld ook wordt verwezen in E. Verhulst 2008 (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:613 BW, aant. 3.

de vraag waarom, ingeval een bepaalde (bonus)aanspraak gebaseerd is op een algemene regeling die niet onderdeel is van de arbeidsovereenkomst, een wijzigingsbevoegdheid in diezelfde regeling tussen werkgever en werknemer niet geldig en inroepbaar zou zijn. Het gaat dan om een (bonus) aanspraak onder bepaalde voorwaarden, hetgeen blijkens de hiervoor beschreven rechtspraak mogelijk is.<sup>35</sup> Hier hadden de kantonrechters dus wel degelijk rekening mee moeten houden.

AA betoogde ook dat het goed werknemerschap, uitgewerkt in de 'Stoof/Mammoet'-rechtspraak,<sup>36</sup> in de gegeven omstandigheden meebracht dat de betrokken managers medewerking dienden te verlenen aan aanpassing van hun aanspraken op ontslagvergoeding en bonussen. De Kantonrechters Utrecht wezen dit af omdat geen sprake was van een wijziging van omstandigheden in een *individuele* arbeidsrelatie (het ging om negen vrijwel gelijke gevallen). Dat sluit wel aan bij de formulering van de Hoge Raad in het Stoof/Mammoet-arrest dat art. 7:611 BW 'veeleer' voor individuele aanpassingsgevallen bedoeld is, niet voor gevallen waar het om verscheidene werknemers gaat. Van Slooten heeft wel verdedigd dat van de laatstgenoemde categorie sprake is zodra het gaat om een wijzigingsvoorstel dat geen verband houdt met een per individu verschillende situatie, maar met aan een groep verbonden gemeenschappelijke kenmerken;<sup>37</sup> het lijkt erop dat de groep van negen AA-managers inderdaad een groep 'vergelijkbare gevallen' betrof. Ook oordeelden de Kantonrechters Utrecht én Amsterdam dat ontslagvergoedingen geen arbeidsvoorwaarden zijn. Op dit argument valt behoorlijk wat af te dingen.<sup>38</sup> Indien 'arbeidsvoorwaarden' opgevat wordt als de voorwaarden waaronder de werknemer bereid is zijn arbeid te verrichten,<sup>39</sup> valt de toezegging ter zake van de ontslagvergoeding er naar onze mening in dit geval wel onder. De ontslagvergoeding werd direct gekoppeld aan doorwerken door de managers gedurende de retentieperiode en lijkt aldus een behoorlijk essentiële voorwaarde daarvoor te zijn geweest.

Los van deze kritische kanttekeningen is het wel begrijpelijk dat de kantonrechters terugvielen op de toetsingsgronden vervat in artt. 6:248 lid 2 en 258 BW. Partijen hadden de kredietcrisis en de ernstige gevolgen daarvan voor AA en de samenleving niet voorzien. Cruciaal bij de toepassing hiervan in de Utrechtse zaken lijkt toch wel te zijn geweest dat AA de managers toezeggingen deed over ontslagvergoedingen en bonussen gedurende de retentieperiode die toch moeilijk anders dan als garanties gekwalificeerd kunnen worden. Vervolgens trachtte AA achteraf, tegen het einde

van die periode, deze toezeggingen te wijzigen, terwijl de betrokken manager wel bij de bank gebleven was. Het ging dus niet om 'gewone', doorlopende afspraken die door veranderde omstandigheden voor de toekomst gewijzigd moesten worden, maar garanties (deze term werd ter zake van de bonustoezegging ook met zoveel woorden door AA gebruikt), waarmee de contractuele risicoverdeling tussen partijen nader bepaald was. Met het geven van een garantie neemt een contractspartij bewust, contractueel meer risico op zich en dan past een terughoudende toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of de *imprévision*.<sup>40</sup> Dat geldt zeker ook in het arbeidsrecht in geval van een door de werkgever, zonder enig voorbehoud verstrekte garantie.<sup>41</sup> Blijft de vraag of de kredietcrisis en de gevolgen daarvan voor AA niet zodanig uitzonderlijk waren dat een beroep op art. 6:248 of 6:258 BW zelfs na de gedane toezegging gehonoreerd had moeten worden.

De Kantonrechter Amsterdam komt in de De Jong-zaak wel tot een andere slotsom dan de Kantonrechters Utrecht. Hij erkent ook dat toepassing van art. 6:248 lid 2 BW in het algemeen zeer terughoudend plaatsvindt. Hoe deze toepassing in de De Jong-zaak uitgepakt zou hebben, blijft in het midden omdat de kantonrechter deze norm niet strikt toepast maar overgaat tot een volle redelijkheidsafweging. Het voornaamste argument hiervoor is dat de betrokken bestuurder volgens de kantonrechter Amsterdam minder mocht vertrouwen op de gedane toezegging. Deze argumentatie van de Amsterdamse kantonrechter lijkt enigszins tegenstrijdig, omdat hij eerst concludeert dat sprake is van een toezegging waarop de bestuurder mocht vertrouwen, maar daarna daaraan afbreuk doet. Toch past bij de uitleg van een toezegging, die op zichzelf even bindend kan zijn als een overeenkomst, wel dat de omstandigheden waarin deze gedaan werd ook meegewogen worden. In dit geval was er volgens de kantonrechter nog geen sprake van een onwrikbare overeenkomst, stond ten tijde van de gedane toezegging het bestaande beloningsbeleid reeds ter discussie (hetgeen de bestuurder gelet op zijn positie moet hebben geweten), wilde de RvC van AA destijds al geen steun meer geven aan de toegezegde afvloeiingsregeling en hadden partijen al de intentie een arbeidsovereenkomst naar Engels recht te sluiten om discussies over de beloningshoogte in Nederland te voorkomen. Indien we dit uitleggen als: een toezegging kan ook bindend zijn, maar de genoemde omstandigheden maakten dat de bestuurder – anders dan in de Utrechtse gevallen – minder kon vertrouwen op een garantie voor de toekomst, valt deze redenering wel te billijken. Ook verwijst de Amsterdamse kantonrechter explicieter naar art. 3:12 BW, ofwel de (veranderde) maatschappelijke rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen in het gegeven geval. In deze belangenafweging werd ook relevant geacht dat de hoogte van de toegezegde ontslagvergoeding geen relatie meer had met de verwachte schade voor de werknemer door ontslag (de werknemer

35 Zie op dit punt ook kritisch W.L. Roozendaal en W.H.A.C.M. Bouwens, 'De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis', *ArbeidsRecht* 2010, nr. 12.

36 HR 11 juli 2008, «JAR» 2008/204.

37 J.M. Van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *Ara* 2008, 3, p. 53 e.v.

38 Aldus ook W.L. Roozendaal en W.H.A.C.M. Bouwens, 'De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis', *ArbeidsRecht* 2010, nr. 12.

39 Zie aldus J.M. Van Slooten, 'Arbeid en loon', Deventer: Kluwer, 1999, p. 110.

40 Zie hierover ook G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2005-3, p. 124 e.v.

41 Vgl. HR 19 november 1993, *NJ* 1994/156 (Campina/Van Jole).

kon niet rechtvaardigen waarom deze vergoeding redelijk was voor zijn situatie).

De uitkomst van de Amsterdamse zaak spreekt ons meer aan dan die van de Utrechtse kantonrechters. Het 'garantiekarakter' van de toezeggingen in de Utrechtse zaken maakten het echter lastiger (maar op zichzelf wat ons betreft niet onmogelijk) om de ingrijpende gevolgen van de kredietcrisis voor rekening van de betrokken managers te laten komen. De Amsterdamse kantonrechter had meer aanknopingspunten om aan de 'hardheid' van de gedane toezeggingen af te doen. Los van deze verschillen in de verkregen aanspraken (althans het vertrouwen dat in dit verband opgewekt was), had hij wat ons betreft bovendien meer gewicht kunnen toekennen aan het feit dat het ging om een bestuurder, die (i) meer dan een gewone werknemer ook rekening behoort te houden met de belangen van de onderneming op basis van art. 2:8 BW en (ii) wist of kon weten dat de formele besluitvorming van de toezeggingen niet deugde.

### Relevantie gedragscodes

Ook zijn voor de bankbestuurder de normen uit de Code Frijns en Code Banken relevant. De Amsterdamse kantonrechter in de De Jong-zaak verwijst daar terecht naar. Het oordeel van de Kantonrechter Amsterdam in de eerdere Schmittmann-zaak, waar het ook om een bestuurder ging, dat voor rechterlijke toepassing van de Code Tabaksblat geen grond bestaat, omdat deze zich tot partijen richt en niet wettelijk is vastgelegd, achten wij in dit opzicht te kort door de bocht. Zoals eerder opgemerkt dienen de gedragscodes naar onze mening mee te wegen bij toetsing van eerder gemaakte afspraken aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, die voor bestuurders terugkomt in verschillende normen (de artt. 3:12 BW, 2:8 BW, 7:611 BW en 6:248 lid 2 BW).

### Ter afsluiting: voldoende houvast of nieuwe wetgeving biedt uitkomst?

De vraag of het bestaande 'regelwoud' voor de bestuurdersbeloning voldoende houvast biedt voor inperking van al verleende beloningsaanspraken beantwoorden wij met een voorzichtig: ja, mits deze normen iets ruimer (en naar onze mening dan ook juister) worden toegepast dan in de AA-zaken het geval was. Vooropgesteld moet worden dat in de twee bestuurderszaken (Schmittmann en De Jong) de uitkomst voor AA niet onbevredigend was: de aanspraken van Schmittmann mochten niet verder worden gematigd, maar vrijwillig had hij al afstand gedaan van meer dan de helft. De toezegging aan De Jong hoefde AA niet onverkort na te komen, op basis van een volle redelijkheidstoets. Toch menen wij dat meer aandacht had moeten worden besteed aan de bijzondere positie van de bestuurder en de daarmee samenhangende toepasselijke codes en vennootschapsrechtelijke regels.

Voorop staat uiteraard dat de vennootschap/werkgever er goed aan doet beloningsafspraken of -toezeggingen te clausuleren. Een contractuele aanpassingsbevoegdheid bij

bijzondere omstandigheden, opgenomen in de arbeidsovereenkomst of anderszins voorbehouden bij de gedane toezeggingen, kan in beginsel ingeroepen worden. Voor zover de toets van art. 7:613 BW hierop toepasselijk is, zouden omstandigheden zoals die in de AA-zaken aan de orde waren (kredietcrisis en effecten daarvan op AA) een voldoende zwaarwichtig belang voor wijziging opgeleverd hebben.

De Stoof/Mammoet-leer blijkt in dit soort gevallen zijn beperkingen te kennen, vooral vanwege de gedachte dat deze in collectieve gevallen niet toepasbaar zou zijn en (uitgebreid) overleg tussen werkgever en werknemer vergt. Hier had wat ons betreft in de AA-zaken nog wel enige ruimte in gezeten. De Hoge Raad heeft in het Stoof/Mammoet-arrest immers ook weer niet uitgesloten dat een werkgever ten aanzien van een aantal werknemers een beroep doet op het goed werknemerschap. Daarbij komt dat de omstandigheden bij AA na de kredietcrisis ernstig en bijzonder waren. Daarmee was het naar onze mening niet een vaststaand gegeven dat aan de strenge norm van art. 6:248 lid 2 BW of 6:258 BW getoetst moest worden. Een extra invalshoek in de Schmittmann- en de De Jong-zaak is dat voor de bestuurder via art. 2:8 lid 2 BW meer aanpassingsruimte voorhanden was. Enerzijds omdat de vennootschapsrechtelijke besluitvorming niet geheel juist was verlopen en anderzijds omdat de normen uit de Code Frijns via deze vennootschapsrechtelijke toetsingsnorm behoren door te werken.

Interessant is de vraag of de aangekondigde wijziging van

Uit de AA-uitspraken en de Zutphense zaak kan worden afgeleid dat bij de toetsing van beloningsaanspraken het vennootschapsrecht er bekaaid vanaf komt

art. 2:135 (zie hiervoor) extra aanpassingsmogelijkheden biedt. De nieuwe regeling behelst alleen een wettelijke aanpassingsbevoegdheid ten opzichte van bestuurders van de NV.<sup>42</sup> Daarbij gaat het over aanpassing van variabele beloning, afhankelijk van het behalen van bepaalde doelstellingen, in de vorm van geld, aandelen, opties of bijvoorbeeld ook (extra) pensioenbijdragen. Het gaat dus niet om ontslagvergoedingen. Belangrijk is dat deze nieuwe aanpassingsbevoegdheid blijkens de toelichting expliciet aansluit bij de norm van art. 6:248 lid 2 BW, ofwel: aanpassing van de bonus is mogelijk indien betaling daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat is, opmerkelijk genoeg, precies de norm die altijd al geldt, ook zonder een toevoeging aan art. 2:135 BW: op art. 6:248 lid 2 BW kan immers steeds een beroep gedaan worden, of hier in een afspraak nu wel of niet naar verwezen is. Hooguit zou een expliciete verwijzing in afspraken met de bestuurder of de nieuwe wettelijke bevoegdheid (iets) duidelijker maken dat een bestuurder niet te snel mag vertrouwen op onaantastbaarheid van een gedane toezeg-

42 En voor de BV die een financiële onderneming drijft.

ging of gemaakte afspraak (dergelijke afspraken zouden minder snel als harde garantie uitgelegd kunnen worden?). De wetgever zou de beoogde wetwijziging ook kunnen aangrijpen om een volle redelijkheidstoets te introduceren, in plaats van de strenge art. 6:248 lid 2 BW-toets. Een andere optie is dat in de toelichting op het nieuwe artikel door de wetgever duidelijk(er) wordt gemaakt wanneer zich nu een situatie voordoet die maakt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bestuurder onverkort zijn aanspraken handhaaft. Zeker in het licht van de AA-zaken kan men zich afvragen wanneer een dergelijke situatie zich voordoet. De kredietcrisis en staatssteun zijn toch zeker niet alledaagse omstandigheden en daaraan werd nauwelijks gewicht toegekend. Het zou in de rede liggen dat de wetgever meer handvatten geeft voor de uitleg van het nieuwe artikel. De toelichting geeft nu slechts één 'clou' door te verwijzen naar de economische situatie van de vennootschap (ernstige verliezen). Opmerkelijk is verder dat de toelichting wel verwijst naar

art. 6:248 lid 2 BW, maar niet naar art. 2:8 lid 2 BW. In de toelichting wordt evenmin onderscheid gemaakt tussen enerzijds het bezoldigingsbesluit en anderzijds de contractuele afspraken (vaak een arbeidsovereenkomst, maar na inwerkingtreding van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht zullen bestuurders van een beursvennootschap niet meer werken op basis van een arbeidsovereenkomst). Zelfs in een vennootschapsrechtelijk voorstel wordt dus uitsluitend de contractuele kant benadrukt. De wetgever had deze wijziging kunnen aangrijpen om zich uit te spreken over de samenloop tussen bezoldigingsbesluit en contractuele afspraken en de doorwerking van normen uit de gedragscodes zoals de Code Frijns.

Zonder een dergelijke uitwerking of nadere toelichting van de wetgever zou in de AA-zaken de nieuwe wetgeving geen verschil hebben gemaakt. De Utrechtse kantonrechters

(hoewel het daar niet om bestuurders ging) oordeelden dat toepassing van art. 6:248 lid 2 geen afbreuk kon doen aan de gedane toezeggingen. De Amsterdamse kantonrechter achtte een beperking van de aanspraken van de betrokken bestuurder juist gerechtvaardigd door af te wijken van strikte toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Kortom, om effectief te zijn, zou de wetgever in nieuwe wetgeving moeten kiezen voor een redelijkheidsnorm die ruimer is dan de strenge toetsingsgrond van art. 6:248 of 2:8 lid 2 BW.

De 'strijd' van de wetgever tegen (te) hoge bestuurdersbeloningen is nog niet uitgewoed en zal ongetwijfeld vervolgd worden. Wij hebben ons niet willen mengen in de vraag wat passende beloning is. Wel menen wij dat tot op heden, bijvoorbeeld in de AA-zaken, onvoldoende aandacht besteed is aan de specifieke juridische positie van deze werknemers in hun hoedanigheid van bestuurder. De bestaande vennootschapsrechtelijke normen bieden nu dus al meer mogelijkheden om eerder afgesproken beloningen aan te passen dan is onderkend. Ook gedragscodes zouden zwaarder moeten wegen. In ieder geval levert het bespreken, recente voorontwerp dat aanpassing van bestuurdersbonussen mogelijk wil maken inhoudelijk vreemd genoeg niets nieuws op, tenzij de wetgever dit in een toelichting of aanpassing van het voorontwerp bijstuurt. Het blijft vooralsnog aan partijen zelf en, uiteindelijk, de rechter om maat te houden.



**Over de auteur**

mr. J.H. Bennaars is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.



**Over de auteur**

mr. P.G. Vestering is advocaat en partner bij Stibbe te Amsterdam en redactielid van dit tijdschrift.