

Ter Visie – De visie van de bestuurder op zijn eigen beloning

mr. E.C.H.J. Lokin¹

Op 8 december 2016 was het zover. Acht jaar na de laatste herziening werd de nieuwe Corporate Governance Code ('Code 2016') gepresenteerd. Werpt men een blik op de Code 2016, dan valt de keuze op voor een thematische indeling waardoor het onderwerp beloningen een eigen hoofdstuk heeft gekregen. De beloningsprincipes en best practice-bepalingen die in dat hoofdstuk te vinden zijn, lijken op het eerste gezicht weinig nieuws te bieden.² Er is echter één beloningsbepaling die direct in het oog springt vanwege haar noviteit: best practice-bepaling 3.2.2 Visie bestuurders eigen beloning ('bpb 3.2.2'). Het is deze bepaling die ik hier centraal wil stellen.

Volgens deze beloningsbepaling dient de remuneratiecommissie, bij het formuleren van het voorstel voor de individuele beloning van bestuurders dat aan de raad van commissarissen ter vaststelling wordt voorgelegd, kennis te nemen van de visie van de individuele bestuurder met betrekking tot de hoogte en structuur van zijn eigen beloning. Van de bestuurder wordt verwacht dat hij vanuit een breed perspectief kritisch en met inachtneming van het belang van de vennootschap naar zijn eigen beloning kijkt, onder meer door daarbij aandacht te besteden aan diverse aspecten als de strategie en prestaties van de vennootschap, de beloningsverhoudingen binnen de vennootschap en wat een passende verhouding is tussen de vaste en variabele beloning.³ De introductie van deze bepaling is gelegen in de wens een groter bewustzijn te creëren bij bestuurders over hun bezoldiging.⁴ Daarbij zij opgemerkt, dat de informatie over de visie van de individuele bestuurders enkel dient ter oordeelsvorming van de remuneratiecommissie. Het is dus

geenszins de bedoeling dat deze visie openbaar wordt gemaakt. In de toelichting bij de Code 2016 is daarom ter verduidelijking opgenomen dat de visie van de bestuurder op zijn beloning geen onderdeel uitmaakt van de verantwoording over de uitvoering van het beloningsbeleid.⁵

Beloningsbepaling 3.2.2 oogt door deze toelichting onschuldig, maar is in werkelijkheid een wolf in schaapskleren. Het is immers de vraag in hoeverre de afwezigheid van een plicht tot het openbaar maken van deze visie de bestuurder tot dienst zal zijn, nu bekend is dat de bestuurder verplicht is zijn eigen beloning te wegen in het licht van het vennootschappelijk belang.⁶ Deze visie dient gevormd te worden en dat brengt consequenties mee. Zo stelt de wetenschap van het bestaan van deze visie stakeholders in de gelegenheid de bestuurder te vragen naar zijn visie, bijvoorbeeld tijdens de jaarlijkse algemene vergadering of het overleg met de ondernemingsraad. Een verwijzing door de bestuurder naar het feit dat hij volgens de Code 2016 formeel niet verplicht is zijn visie te openbaren, zal dan veelal niet opportuun zijn. De bestuurder dient dus voorbereid te zijn op deze vraag.⁷

De onderhavige beloningsbepaling roept daarnaast enige weerstand op omdat de (feitelijke) verantwoordelijkheid voor de vastgestelde bezoldiging zich impliciet lijkt uit te breiden van alleen de raad van commissarissen naar ook de bestuurder.⁸ De

1. Manuel Lokin is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
2. Bekijkt men de beloningsbepalingen in de Code 2016 nauwkeuriger, dan zijn toch zeker enkele ingrijpende wijzigingen op het gebied van beloningen van bestuurders te ontwaren. Zie voor een overzicht van deze wijzigingen een artikel van mijn hand: E.C.H.J. Lokin, 'Beloningen en de Corporate Governance Code 2016', *MvO* 2017, nr. 2.
3. De bestuurder dient bij het formuleren van zijn visie aandacht te besteden aan de aspecten zoals opgenomen in best practice-bepaling 3.1.2 Code 2016. Monitoring Commissie, Herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code, De belangrijkste wijzigingen in vogelvlucht, 8 december 2016, p. 5.
4. Monitoring Commissie, Verantwoording, p. 21-22.

5. Toelichting, p. 47, Code Van Manen; Monitoring Commissie, Verantwoording, p. 21-22.
6. In de praktijk zal de bestuurder tijdens de onderhandelingen het niet nalaten zijn mening over zijn bezoldiging aan de remuneratiecommissie mee te delen. Deze situatie verschilt echter van de verplichting ex bpb 3.2.2 omdat de bestuurder op grond daarvan het vennootschappelijk belang bij het vormen van zijn visie dient te betrekken.
7. Een dergelijke uitwerking in de praktijk is overigens in lijn met de reden die de monitoringcommissie gaf voor het invoeren van deze bepaling. Bij de aankondiging van het voorstel tot herziening kwam namelijk naar voren dat de monitoringcommissie vindt dat de bestuurders zich bij de publieke verantwoording voor hun beloning regelmatig verschuilen achter de beslissingen die de raad van commissarissen over hun beloning neemt. Zie Erik van de Loo & Jaap Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/72, p. 344.
8. Het benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid

angel zit daarbij verscholen in de afwezigheid van enig onderscheid tussen de bestuurder als privépersoon en als functionaris van de vennootschap. Hierdoor lijkt deze nieuwe beloningsbepaling een kentering te markeren in de wijze waarop wordt aangekeken tegen de positie van de (beoogde) bestuurder tijdens beloningsonderhandelingen. Ook in zijn hoedanigheid van privépersoon dient de bestuurder zich nu immers rekenschap te geven van het vennootschappelijk belang. Bpb 3.2.2 lijkt aldus een eerste aanzet te geven tot het uitbreiden van de fiduciaire verplichtingen die op de bestuurder rusten.

Gewaakt moet worden voor de aanname dat bpb 3.2.2 impliciet betekent dat de bestuurder gehouden is tijdens de onderhandelingen het vennootschappelijk belang leidend te laten zijn. Een gedachte die in de Verenigde Staten nog wel eens geopperd is. Zo is door ene Moriarty het standpunt ingenomen dat de bestuurder handelt in strijd met zijn fiduciaire verplichtingen wanneer hij een bezoldiging accepteert die hoger is dan het laagste bedrag waarvoor hij de functie zou vervullen.⁹ Dat een dergelijke verstrekkende fiduciaire verplichting als grondslag kan dienen voor een vordering jegens een bestuurder is niet geheel ondenkbaar. In de befaamde rechtszaak tegen Michael Ovitiz (Walt Disney) werd aangevoerd dat hij zijn fiduciaire verplichting geschonden had door akkoord te gaan met zijn ontslagvergoeding van ongeveer \$130 miljoen na een ongelukkig verlopen bestuursperiode van 14 maanden. Door de Amerikaanse rechter werd deze grondslag overigens ontoereikend geacht.¹⁰

‘Ovitiz did not breach his fiduciary duty of loyalty by receiving the [...] payment because he played no part in the decisions (1) to be terminated and (2) that the termination would not be for cause [...]. Ovitiz did possess fiduciary duties as a director and officer while these decisions were made, but by not improperly interjecting himself into the corporation’s decisionmaking process nor manipulating that process, he did not breach the fiduciary duties he possessed in the unique circumstance.’¹¹

Eenzelfde redenering geldt in het Nederlandse vennootschapsrecht waar de oplossing wordt ge-

vonden in de tegenstrijdigbelangregeling. De reden dat de raad van commissarissen (althans de remuneratiecommissie) met de bestuurder onderhandelt over zijn bezoldiging, is dat de bestuurder een inherent tegenstrijdig belang heeft.¹² Vorenstaande laat echter onverlet dat een bestuurder een persoonlijk belang mag hebben dat strijdig is met het vennootschapsbelang, en dit belang ook mag behartigen, zolang hij dat doet als privépersoon en zich onthoudt van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming namens de vennootschap over de desbetreffende kwestie. De regel dat de bestuurder zijn fiduciaire verplichtingen schendt wanneer hij tijdens de onderhandelingen die hij voert als privépersoon probeert het voor hem beste resultaat te bereiken, kent ons vennootschapsrecht niet.¹³ Mijns inziens beoogt bpb 3.2.2 daar ook geenszins verandering in te brengen.

De (juridische) verantwoordelijkheid voor het optimaal behartigen van het vennootschappelijk belang tijdens de beloningsonderhandeling ligt aldus nog steeds geheel bij de raad van commissarissen en niet bij de bestuurder. Met deze verdeling van verantwoordelijkheden houdt bpb 3.2.2 echter weinig rekening. Hierdoor komt de bestuurder terecht in een lastige spagaat. Naarmate de bestuurder immers meer vanuit het belang van de vennootschap naar zijn bezoldiging kijkt, slinkt de ruimte om vanuit zijn eigen belang met de vennootschap te onderhandelen. Hoe moet de bestuurder hier nu mee omgaan?

Een oplossing kan mijns inziens gezocht worden in twee aspecten die het onderhandelingsproces ‘overstijgen’. Het eerste aspect ziet op de structuur van de bezoldiging. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is een verandering opgetreden in de functie van bezoldiging, van het toekennen van een beloning achteraf naar het geven van een prikkel vooraf.¹⁴ Tegenwoordig is (het variabele gedeelte van) de bezoldiging nadrukkelijk ontworpen om de bestuurder richting te geven in de uitoefening van zijn bestuurstaak. De invloed die de bezoldiging heeft op het handelen van de bestuurder nadat deze bezoldiging is vastgesteld, overstijgt derhalve het onderhandelingsproces en zorgt er zodoende voor dat op dit gebied het onderscheid tussen de bestuurder als privépersoon en als functionaris enigszins vervaagt. Het ligt mijns inziens daarom voor de hand dat de bestuurder zich een visie vormt van

van bestuurders zorgt overigens voor een ongewenste verwatering van de feitelijke verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen. Zie Erik van de Loo & Jaap Winter, *Ondernemingsrecht* 2016/72, p. 344-345.

9. Jeffrey Moriarty, ‘How Much Compensation Can CEOs Permissibly Accept?’, *Business Ethics Quarterly*, 19:2, 2009.
10. Zie voor de uitspraak van de Delaware Chancery Court: re Walt Disney Co. Derivative Litigation, No. 15452 (Del. Ch. Aug. 9, 2005), p. 129-131; voor de uitspraak van de Delaware Supreme Court: re Walt Disney Co. Derivative Litigation, Del. No. 411, 2005 (June 8, 2006), p. 35.
11. re Walt Disney Co. Derivative Litigation, No. 15452 (Del. Ch. Aug. 9, 2005), p. 472 e.v.

12. Dit tegenstrijdige belang is wettelijk verankerd in art. 2:135 BW waarin, in afwijking van art. 2:130 BW, is bepaald dat de algemene vergadering bevoegd is tot het vaststellen van de individuele bezoldiging van bestuurders, tenzij bij de statuten een ander orgaan is aangewezen.

13. Hiermee wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat de koper een bovengrens heeft en de verkoper een ondergrens. De juiste prijs ligt ergens tussen deze beide grenzen in en is een resultante van onderhandelingen gevoerd op armlengte afstand.

14. Zie hiervoor onder meer Michael C. Jensen & Kevin J. Murphy, ‘CEO Incentives – It’s Not How Much You Pay, But How’, *Harvard Business Review* 1990, nr. 3.

de mate waarin de prikkels, die de structuur van zijn bezoldiging creëert, aanzetten tot handelen dat conflicteert met bijvoorbeeld de doelstellingen en strategie van de vennootschap. De hoogte van het variabele gedeelte ten opzichte van de vaste bezoldiging kan daar eveneens onderdeel van uitmaken. Het tweede aspect ziet op het bezoldigingsbeleid. Ook in dit geval dient te worden opgemerkt dat de verantwoordelijkheid voor het opstellen en vaststellen daarvan niet bij de bestuurder ligt.¹⁵ Vorenstaande laat echter onverlet dat een bestuurder na zijn benoeming aan dit beleid gebonden is.¹⁶ Het bezoldigingsbeleid overstijgt in die zin het onderhandelingsproces. Bij het vormen van zijn visie zou de bestuurder zichzelf derhalve de vraag kunnen stellen in hoeverre hij van mening is dat zijn bezoldiging in overeenstemming is met het bezoldigingsbeleid.¹⁷ In deze sleutel kunnen bijvoorbeeld de beloningsverhoudingen binnen de vennootschap worden geplaatst.

Resumerend introduceert de Code 2016 een beloningsbepaling die de twee petten van de bestuurder op scherp zet. Hierdoor komt de bestuurder in een spagaat terecht. Hij doet er goed aan duidelijke lijnen te bepalen waarlangs de bestuurder een visie vormt op zijn eigen bezoldiging. Daarbij zal hij bedacht moeten zijn op vragen naar deze visie. Al met al kan er dus gesproken worden van de introductie van een beloningsbepaling met vergaande gevolgen, ook al oogt deze op het eerste gezicht zo onschuldig.

15. Het is de raad van commissarissen die het bezoldigingsbeleid opstelt en de algemene vergadering die het beleid vaststelt, zie art. 2:135 lid 1 BW en bpb 3.1.1 Code 2016.

16. Onder meer omdat een bezoldiging die in strijd is met het bezoldigingsbeleid mijns inziens nietig is.

17. Indien de bezoldiging strijdig is met het beleid, dan kan uiteraard goedkeuring worden gevraagd aan de algemene vergadering.