

**Corporate governance in Nederland:
De wijze en mate van naleving en toepassing van de principes
en best practices van de Nederlandse corporate governance
code door de Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen
in het boekjaar 2010, alsmede de redengeving van eventuele
afwijkingen**

**Onderdeel: Kwaliteit van uitleg
(geanonimiseerde versie)**

4 november 2011

**Uitgevoerd door:
Instituut voor Ondernemingsrecht
Rijksuniversiteit Groningen**

**Onderzoekers:
Mr. dr. H.E. Boschma
Mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra**

Inhoudsopgave

| | |
|--|----|
| 1. Inleiding | 3 |
| 2. Onderzoeksplan | 4 |
| 3. Analyse van kwaliteit van uitleg | 6 |
| 3.1. Algemene opmerkingen | 6 |
| 3.2. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.1.1 Maximale benoemingstermijn bestuurders | 8 |
| 3.2.1. Inleidende opmerkingen | 8 |
| 3.2.2. Bevindingen | 10 |
| 3.2.3. Specificatie | 11 |
| 3.2.4. Aandachtspunten | 13 |
| 3.3. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.2.5 Aanhoudperiode van minimaal vijf jaar bij aandelen zonder financiële tegenprestatie | 14 |
| 3.3.1. Inleidende opmerkingen | 14 |
| 3.3.2. Bevindingen | 14 |
| 3.3.3. Specificatie | 15 |
| 3.3.4. Aandachtspunten | 16 |
| 3.4. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.2.8 Maximale ontslagvergoeding bestuurders | 17 |
| 3.4.1. Inleidende opmerkingen | 17 |
| 3.4.2. Bevindingen | 19 |
| 3.4.3. Specificatie | 20 |
| 3.4.4. Aandachtspunten | 26 |
| 3.5. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb III.3.5 Maximale zittingstermijn commissarissen | 27 |
| 3.5.1. Inleidende opmerkingen | 27 |
| 3.5.2. Bevindingen | 27 |
| 3.5.3. Specificatie | 27 |
| 3.6. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb IV.1.1 Ontnemen bindend karakter aan voordracht tot benoeming bestuurder/commissaris | 30 |
| 3.6.1. Inleidende opmerkingen | 30 |
| 3.6.2. Bevindingen | 31 |
| 3.6.3. Specificatie | 32 |

1. Inleiding

De corporate governance code is bij AMvB van 30 december 2004 aangewezen als gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW. Dit houdt in dat beursvennootschappen verplicht zijn in hun jaarverslag mededeling te doen over de naleving van de code en daarbij gemotiveerd opgave dienen te doen over de tot het bestuur en de raad van commissarissen gerichte principes en best practice bepalingen die niet worden toegepast.

Onderhavig onderdeel van het onderzoek van het Corporate Governance Insights Centre (RUG) in samenwerking met het Instituut voor Ondernemingsrecht heeft als doelstelling: “Het verkrijgen van inzicht in de uitleg door Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen betreffende het niet toepassen van best practice bepalingen naar aard, strekking en kwaliteit – waaronder juridische kwaliteit – van de motivering.”

Uitgangspunt bij de beoordeling van de kwaliteit van uitleg van een afwijking van een codebepaling is wat de Nederlandse corporate governance code 2008 daarover bepaalt.

Principe I bepaalt: “Het bestuur en de raad van commissarissen zijn verantwoordelijk voor de corporate governance structuur van de vennootschap en voor de naleving van deze code. Zij leggen hierover verantwoording af aan de algemene vergadering en voorzien eventuele afwijkingen van de bepalingen van een deugdelijke motivering. [...] Uitgangspunt is de erkenning dat corporate governance een kwestie van maatwerk is en dat afwijkingen van individuele bepalingen door een vennootschap gerechtvaardigd kunnen zijn.”

Verder is in de preambule bij de code het volgende te lezen over de kwaliteit van de uitleg:

“De principes kunnen worden opgevat als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. De principes zijn uitgewerkt in concrete best practice bepalingen. Deze bepalingen creëren een zekere normstelling voor het gedrag van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Zij geven de nationale en internationale ‘best practice’ weer en kunnen worden opgevat als een nadere invulling van de algemene beginselen van goede corporate governance. Beursvennootschappen kunnen hiervan afwijken. Afwijkingen kunnen onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. [...] De vennootschap vermeldt elk jaar in haar jaarverslag op welke wijze zij de principes en best practice bepalingen van de Code in het afgelopen jaar heeft toegepast en zet, indien van toepassing, zorgvuldig gemotiveerd uiteen waarom een bepaling niet is toegepast. [...]”

Uit het voorgaande kunnen twee conclusies worden getrokken:

- Afwijking door een vennootschap van een individuele best practice bepaling kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn;

- De vennootschap dient zorgvuldig (deugdelijk) gemotiveerd uiteen te zetten waarom een bepaling niet is toegepast.

De aard van de uitleg voor afwijking van een bepaling van de code varieert van geen uitleg of een nietszeggende uitleg tot een volledig gerechtvaardigde uitleg.¹ Tussen deze beide uitersten bestaat een grijs gebied aan typen van uitleg. Deze typen van uitleg zijn in kaart gebracht en vervolgens – waar mogelijk – gekwalificeerd.

2. Onderzoeksplan

Het onderzoek naar de kwaliteit van uitleg van niet-toepassing van best practice bepalingen valt in vier delen uiteen.

Het eerste deel van het onderzoek bestond uit het samenstellen van een top vijf van best practice bepalingen waarbij het vaakst uitleg voor niet-toepassing wordt gegeven. Mede gelet op de uitkomsten van het onderzoek hiernaar in voorgaande jaren en na overleg met de Monitoring Commissie ziet deze top vijf er als volgt uit:

1. Bpb II.1.1 Maximale benoemingstermijn bestuurders
2. Bpb II.2.5 Aanhoudperiode van minimaal vijf jaar bij aandelen zonder financiële tegenprestatie
3. Bpb II.2.8 Maximale ontslagvergoeding bestuurders
4. Bpb III.3.5 Maximale zittingstermijn commissarissen
5. Bpb IV.1.1 Ontnemen bindend karakter aan voordracht tot benoeming bestuurder/commissaris

In het tweede deel van het onderzoek is nagegaan welke typen van uitleg door vennootschappen worden gegeven voor niet-toepassing van een best practice bepaling. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen een generieke uitleg en een (ondernemings)specifieke uitleg.²

Tot de categorie generieke uitleg – uitleg die niet (ondernemings)specifiek gerelateerd is, maar algemeen van aard is – behoren de volgende typen van uitleg:

¹ Zie over het comply-or-explain-beginsel: Arcot SR, Bruno VG (2006) *In letter but not in spirit: An analysis of corporate governance in the UK*; te vinden via <http://www2.lse.ac.uk/fmg/research/RICAFE/pdf/RICAFE2-WP31-Arcot.pdf>; Seidl D, Sanderson P, Roberts J (2009) *Applying 'comply-or-explain': Conformance with codes of corporate governance in the UK and Germany*. Centre for Business Research working paper no. 389, University of Cambridge; te vinden via: <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP389.pdf>.

² Wij brengen onder de aandacht dat de Engelse Combined Code afwijking van bepalingen van de Code slechts toestaat onder verwijzing naar (ondernemings)specifieke omstandigheden (vgl. Arcot SR, Bruno VG (2006) *In letter but not in spirit: An analysis of corporate governance in the UK*, p. 18-19). In de Nederlandse corporate governance code is een dergelijke beperking niet aangebracht, zodat onder omstandigheden ook een generieke uitleg als een gerechtvaardigde afwijking kan worden gekwalificeerd.

- a. Wet- en regelgeving en/of jurisprudentie staan toepassing van de betrokken codebepaling in de weg
- b. Er is sprake van een tijdelijke afwijking van de codebepaling, vanwege een overgangssituatie gelet op recente invoering of wijziging van de codebepaling
- c. Overige typen van generieke uitleg

Tot de categorie (ondernemings)specifieke uitleg behoren de volgende typen van uitleg:

- Omvang van de vennootschap en/of het bestuurs- of toezichthoudend orgaan staat naleving van de codebepaling in de weg
- (Eigendoms- of internationale)structuur van de vennootschap staat naleving van de codebepaling in de weg
- Bestaande contracten/afspraken staan naleving van de codebepaling in de weg
- Vennootschap kent een eigen (al dan niet afwijkende) regeling
- Er is sprake van een tijdelijke afwijking van de codebepaling, vanwege een overgangssituatie welke zich bij de vennootschap voordoet (bijvoorbeeld recente beursnotering vennootschap)
- Internationale praktijk waarin de vennootschap opereert (bijvoorbeeld vereisten buitenlandse kapitaalmarkten) staat naleving van de codebepaling in de weg
- Aan naleving van de codebepaling zijn voor de vennootschap te hoge (administratieve en/of financiële) kosten verbonden
- Overige typen van (ondernemings)specifieke uitleg

In het derde deel van het onderzoek wordt vervolgens nagegaan of deze typen van uitleg kunnen leiden tot een gerechtvaardigde afwijking van de codebepaling.

Van de categorie *generieke uitleg* kan bij uitlegtype a. de juridische juistheid van de uitleg worden getoetst. Nagegaan wordt of er inderdaad sprake is van wet- en regelgeving en/of jurisprudentie die toepassing van de betrokken codebepaling in de weg staat. Bij een bevestigende beantwoording van deze vraag is sprake van een gerechtvaardigde afwijking door de vennootschap van de codebepaling. Aanpassing van deze codebepaling ligt dan mogelijk in de rede. Bij een ontkennende beantwoording van voormelde vraag luidt de conclusie dat de vennootschap de code niet heeft nageleefd.

Bij uitlegtype b., waarin de niet-naleving van de codebepaling wordt gemotiveerd door te wijzen op de recente invoering of wijziging ervan, dient te worden aangenomen dat er in beginsel sprake is van een niet gerechtvaardigde afwijking door de vennootschap, tenzij de desbetreffende vennootschap gemotiveerd aangeeft waarom toepassing van de nieuwe codebepaling nog niet haalbaar is. Uitlegtype c. betreft een restcategorie van overige typen van generieke uitleg. Deze zijn voor zover mogelijk nader gecategoriseerd en op (juridische) juistheid getoetst.

Van de typen van uitleg die behoren tot de categorie *(ondernemings)specifieke uitleg* is, voor zover mogelijk, nagegaan in hoeverre de gegeven uitleg inhoudelijk juist is. Verder is, voor zover mogelijk, eveneens de juridische juistheid getoetst.

Ten slotte heeft een analyse van de kwaliteit van uitleg plaatsgevonden voor wat betreft de vijf gekozen best practice bepalingen. De vraag komt aan de orde of een bepaalde uitleg voor niet-toepassing kan leiden tot een gerechtvaardigde afwijking van de betrokken codebepaling. De uitleg moet inhoudelijk en juridisch juist zijn en in de gegeven omstandigheden voldoende rechtvaardiging opleveren voor een afwijking van de codebepaling. Het is daarbij aan de vennootschap de afwijking zorgvuldig te motiveren.

Deze analyse per best practice bepaling wordt voorafgegaan door enkele algemene opmerkingen. De analyse per afzonderlijke best practice bepaling bestaat uit drie onderdelen. Eerst worden enkele inleidende opmerkingen gemaakt over de betekenis van de codebepaling en de verhouding van deze bepaling tot een of meer relevante rechtsgebieden. Daarna volgen de bevindingen. Ten slotte volgen waar mogelijk enkele aandachtspunten.

3. Analyse kwaliteit van uitleg

3.1. Algemene opmerkingen

Afwijking door een vennootschap van een individuele best practice bepaling kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. De vennootschap dient dan zorgvuldig (deugdelijk) gemotiveerd uiteen te zetten waarom een bepaling niet is toegepast. Uit art. 2:391 lid 5 BW in combinatie met de corporate governance code volgt dat deze motivering in het jaarverslag moet worden opgenomen.

Uit het onderzoek blijkt dat het hier nogal eens aan schort. Soms ontbreekt een motivering in het jaarverslag; soms is deze nogal summier en niet te begrijpen zonder acht te slaan op wat daarover in een op de website van de desbetreffende vennootschap geplaatste corporate governance verklaring is opgenomen. Bij de analyse van bpb IV.1.1 over het ontnemen van het bindende karakter aan een voordracht tot benoeming van een bestuurder moest in een aantal gevallen worden teruggegrepen naar de statuten om duidelijk te krijgen welke voorwaarden worden gesteld aan de doorbreking van een dergelijke voordracht.

Een tweede algemene opmerking is dat het soms niet eenvoudig is uit te maken of een bepaalde situatie dient te worden gekwalificeerd als toepassing of als niet-toepassing van een best practice bepaling. In het bijzonder doet dit zich voor wanneer de vennootschap het belang van de best practice bepaling in beginsel onderstreept, maar zich het recht voorbehoudt in bepaalde omstandigheden van deze bepaling af te wijken. Dit voorbehoud kan in algemene bewoordingen zijn geformuleerd, maar ook kan het voorkomen dat de vennootschap specifieke situaties aangeeft waarin van het voorbehoud gebruik kan worden gemaakt. De

vraag is of het enkele feit dat een vennootschap zich het recht van afwijking voorbehoudt voldoende is om tot niet-toepassing te concluderen. Of dat in een dergelijke situatie moet worden geconcludeerd dat de vennootschap de codebepaling toepast en dat vervolgens per concreet geval – de vennootschap maakt daadwerkelijk gebruik van het voorbehoud – dient te worden beoordeeld of er sprake is van een gerechtvaardigde afwijking van de codebepaling.

3.2. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.1.1 Maximale benoemingstermijn bestuurders

Bpb II.1.1: Een bestuurder wordt benoemd voor een periode van maximaal vier jaar. Herbenoeming kan telkens voor een periode van maximaal vier jaar plaatsvinden.

3.2.1. Inleidende opmerkingen

Boek 2 BW bevat bepalingen over de benoeming van bestuurders van een NV. Deze bepalingen hebben vooral betrekking op het orgaan dat tot deze benoeming bevoegd is. De benoeming van bestuurders van een NV na oprichting geschiedt door de algemene vergadering; art. 2:132 BW. Een uitzondering op deze regel betreft NV's waarop het structuurregime van toepassing is. In dat geval geschiedt de benoeming door de raad van commissarissen; art. 2:132 lid 1 BW. Verder bepaalt Boek 2 BW dat de statuten eisen kunnen stellen waaraan te benoemen personen moeten voldoen (art. 2:132 lid 2 BW) en dat de benoeming door de algemene vergadering zal geschieden uit een voordracht (art. 2:133 lid 1 BW). Over de duur van de benoeming van een bestuurder bevat Boek 2 BW geen bepalingen.

Naast het vennootschapsrecht is voor het onderwerp van de benoemingstermijn van bestuurders ook het arbeidsovereenkomstenrecht van belang. De wet gaat ervan uit dat in beginsel bij de benoeming van bestuurders van een NV sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vergelijk het bepaalde in art. 2:134 lid 3 BW: indien een bestuurder van een NV is ontslagen kan de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen NV en bestuurder niet uitspreken. Het uitgangspunt dat bestuurders behalve een vennootschapsrechtelijke relatie een arbeidsovereenkomst hebben met de NV waar zij werkzaam zijn, wordt bevestigd in rechtspraak van de Hoge Raad.³ De vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke relatie tussen bestuurder en NV zijn zo met elkaar verweven dat bij een vennootschapsrechtelijk ontslag van een bestuurder in beginsel ook de arbeidsrechtelijke relatie wordt beëindigd.⁴

Een arbeidsovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde of onbepaalde tijd. In geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt niets bepaald over de duur van de arbeidsovereenkomst. Voor beëindiging is nodig dat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd of door een rechterlijke uitspraak wordt ontbonden. Een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege bij het verstrijken van die bepaalde tijd (art. 7:667 lid 1 BW). Een bijzondere handeling is hiervoor niet nodig.

Indien de benoemingstermijn van de bestuurder synchroon loopt met de duur van de arbeidsovereenkomst – bijvoorbeeld een periode van vier jaar zoals voorgeschreven

³ Vgl. HR 15 april 2005, JAR 2005/117; Unidek en HR 15 april 2005, JAR 2005/153; Ciris Bartelink.

⁴ Deze regel lijdt uitzondering indien er sprake is van een opzegverbod of een andersluidende afspraak.

in bpb II.1.1 – eindigen de benoeming als bestuurder en de arbeidsovereenkomst gelijktijdig door het verstrijken van de afgesproken termijn. Voor het beëindigen van de arbeidsrechtelijke relatie tussen bestuurder en NV is geen opzegging nodig.⁵ Bij een tussentijds vennootschapsrechtelijk ontslag is dit anders. Een bestuurder van een NV kan vennootschapsrechtelijk – op grond van art. 2:134 lid 1 BW – te allen tijde worden ontslagen door het tot benoeming bevoegde orgaan, zolang de toepasselijke regels maar worden nageleefd. Wanneer met de bestuurder een arbeidsovereenkomst voor de duur van de benoeming is gesloten, is onder dergelijke omstandigheden voor het beëindigen van de arbeidsrechtelijke relatie tussen bestuurder en NV een tussentijdse opzegging nodig. Daarom bevat de arbeidsovereenkomst met de bestuurder veelal een beding van tussentijdse opzegging ex art. 7:667 lid 3 BW. De opzeggende NV moet niet alleen de overeengekomen opzegtermijn respecteren, maar ook het aan de bestuurder toekomende loon over de wettelijke of contractuele opzegtermijn betalen. Om zowel opzegging als betaling van het loon te vermijden kan een NV ervoor kiezen met de bestuurder een arbeidsovereenkomst af te sluiten voor een kortere duur (bijvoorbeeld een periode van twee jaar) dan de duur van de vennootschapsrechtelijke benoeming (een periode van vier jaar). Een tussentijds vennootschapsrechtelijk ontslag na twee jaar valt dan samen met het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst. Nadeel hiervan is wel dat bij een kortere duur van de arbeidsovereenkomst – vooropgesteld dat de bestuurder goed functioneert – sneller een nieuwe arbeidsovereenkomst moet worden gesloten. De problematiek van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten komt in het navolgende aan de orde.

Is geen beding van tussentijdse opzegging overeengekomen, dan kan de NV de met de bestuurder voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst toch (tussentijds) opzeggen; dit ondanks het bepaalde in art. 7:667 lid 3 BW.⁶ De arbeidsovereenkomst is hiermee beëindigd, maar de opzegging is onregelmatig, waardoor de NV schadeplichtig is jegens de voormalige bestuurder; art. 7:677 BW.

De maximale benoemingsduur van vier jaar voor een bestuurder geldt, aldus het bepaalde in bpb II.1.1, niet alleen voor een eerste benoeming, maar ook bij een eventuele herbenoeming. Er wordt in de code alleen gesproken over de (vennootschapsrechtelijke) benoeming van een bestuurder; de arbeidsrechtelijke relatie tussen NV en bestuurder blijft buiten beeld. Dit wringt bij een herbenoeming van een bestuurder. In de toelichting bij de code wordt aangegeven dat bij goed functioneren van bestuurders herbenoeming de gebruikelijke situatie is. De herbenoeming voor maximaal vier jaar zal veelal gepaard gaan met het afsluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor (maximaal) vier jaar. Gelet op het bepaalde in

⁵ Evenmin is aan deze beëindiging een ontslagvergoeding verbonden, aldus bpb II.2.8 Code 2008. Deze bepaling gebruikt het woord ontslag wat doet veronderstellen dat slechts een vergoeding verschuldigd is bij een tussentijdse opzegging. Zie hierover nader de analyse van de kwaliteit van uitleg betreffende deze bepaling in par. 3.4.

⁶ Vgl. A.M. Luttmer-Kat, in: T&C Arbeidsrecht, aant. 5 bij art. 7:667 lid 3 BW.

art. 7:668a BW is bij deze tweede arbeidsovereenkomst echter sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁷ Na ommekomst van de overeengekomen periode van vier jaar eindigt deze tweede arbeidsovereenkomst daarom niet van rechtswege; voor beëindiging is een tussentijdse opzegging (of ontbinding) nodig. Laat de NV dit na, dan kan de bestuurder aanspraak maken op loondoorbetaling⁸ tot het moment dat alsnog een rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst plaats heeft.

Ten slotte wordt nog opgemerkt dat met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht⁹ – waarschijnlijk per 1 januari 2012 – aan art. 2:132 BW een derde lid wordt toegevoegd met als gevolg dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursvennootschap niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De regeling geldt echter niet voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van de wet. De regeling kan overigens eenvoudig worden ontgaan, wanneer de bestuurder de arbeidsovereenkomst niet met de beursvennootschap sluit, maar met een subholding of een werkmaatschappij.¹⁰

3.2.2. Bevindingen

Bij 51 van de onderzochte vennootschappen is afgeweken van bpb II.1.1. Bij drie vennootschappen worden bestuurders weliswaar (her-)benoemd voor een periode van vier jaar – en is in die zin sprake van naleving van bpb II.1.1 – maar worden de arbeidsovereenkomsten aangegaan voor onbepaalde tijd.

Bij 49 vennootschappen¹¹ is sprake van een onbeperkte benoemingsduur bij een of meer bestuurders van de desbetreffende vennootschap. Bij twee van de 49 vennootschappen wordt slechts in algemene zin opgemerkt dat er sprake is van een onbeperkte benoemingsduur bij een of meer bestuurders van de desbetreffende vennootschap, en wordt geen reden gegeven voor de afwijking van bpb II.1.1.

Bij de overige 47 vennootschappen wordt de afwijking van bpb II.1.1 wel gemotiveerd. Bij twaalf vennootschappen is sprake van een min of meer principiële afwijzing van een beperkte benoemingsduur bij bestuurders. Verder wordt er bij 36¹²

⁷ Dit geldt ingevolge art. 6:667 BW ook voor de situatie dat een bestuurder voor onbepaalde tijd is benoemd en met hem een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten en de NV en deze bestuurder vervolgens afspreken dat hij voor vier jaar wordt herbenoemd en een arbeidsovereenkomst met een gelijke duur wordt gesloten.

⁸ Mits de bestuurder zich beschikbaar houdt voor de bedongen arbeid.

⁹ Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275.

¹⁰ Vgl. P.J. Dortmond, M.J. Kroeze en R.G.J. Nowak, 'De aangenomen amendementen bij de wetsvoorstellen bestuur en toezicht, flexibilisering bv-recht, spreekrecht OR, uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn en invoeringswet titel 7.13 BW', *Ondernemingsrecht 2010-1*, nr. 9, p. 58.

¹¹ Bij één vennootschap is sprake van zowel een vóór 2004 gedane benoeming van een bestuurder voor onbepaalde tijd als een benoeming van nieuwe bestuurders voor bepaalde tijd met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

¹² Bij één vennootschap wordt de keuze voor een onbeperkte benoemingsduur van bestuurders gemotiveerd door te wijzen op zowel een min of meer principiële afwijzing van een beperkte

vennootschappen op gewezen dat de benoeming van de desbetreffende bestuurder(s) dateert van vóór 2004, het moment van introductie van de corporate governance code.

Deze bevindingen worden in de hiernavolgende paragraaf gespecificeerd.

3.2.3. Specificatie

A. Bij twee vennootschappen wordt slechts in algemene zin opgemerkt dat er sprake is van een onbeperkte benoemingsduur bij een of meer bestuurders van de desbetreffende vennootschap. Er wordt geen reden gegeven voor niet-toepassing van bpb II.1.1. Er is daarom sprake van niet-naleving.

B. Bij 47 vennootschappen is sprake van een onbeperkte benoemingsduur bij een of meer bestuurders van de desbetreffende vennootschap, waarbij de niet-toepassing van bpb II.1.1 wordt gemotiveerd. Deze motivering kan als volgt worden gecategoriseerd.

B.a. Bij twaalf vennootschappen is sprake van een min of meer principiële afwijzing van een beperkte benoemingsduur van bestuurders.

B.a.a. Loopbaan binnen concern

Vier vennootschappen wijzen er op dat bestuurders veelal voortkomen uit de eigen gelederen en dat een wijziging in de arbeidsvoorwaarden, in die zin dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor maximaal vier jaar, niet opportuun wordt geacht. Eén vennootschap wijst er daarnaast op dat zij van mening is dat een beperking van de benoemingstermijn zich zou moeten vertalen in een afwijkende beloning, wat als ongewenst wordt ervaren.

B.a.b. Langetermijnperspectief

Twee vennootschappen wijzen er op dat bestuurders acteren vanuit een strategisch langetermijnperspectief en dat het limiteren van de benoemingsduur daarbij niet past. Enigszins vergelijkbaar wijzen twee andere vennootschappen op het langetermijnkarakter van het beleid van de vennootschap en dat daarbij een benoeming van bestuurders voor onbepaalde tijd hoort.

B.a.c. Diversen: omvang, continuïteit, ervaring

Ten slotte wijzen vennootschappen er op dat een benoeming van bestuurders voor onbepaalde tijd beter past bij hun omvang, dat een benoeming van bestuurders voor vier jaar gezien de omvang van de

benoemingsduur bij bestuurders als een benoeming die dateert van vóór het moment van introductie van de corporate governance code.

vennootschap een te groot risico is voor wat betreft de continuïteit van de vennootschap, dat met een benoeming van bestuurders voor onbepaalde tijd ervaring behouden blijft en dat een benoeming van bestuurders voor onbepaalde tijd beter past bij de aard en omvang van de activiteiten van de vennootschap en de vennootschap een zwaarwegend belang heeft bij continuïteit en stabiliteit. Daarnaast wordt als reden voor een onbeperkte benoemingsduur van bestuurders vermeld dat het niet zo eenvoudig is om telkens geschikte opvolgers te vinden.

B.b. Bij 36 vennootschappen wordt de onbeperkte benoemingsduur van een of meer bestuurder(s) gemotiveerd door erop te wijzen dat deze benoemingen dateren van vóór 2004, het moment van introductie van de corporate governance code.¹³ Deze uitleg is gerechtvaardigd.

B.b.a. Geen nadere toelichting

Elf vennootschappen laten het hierbij en verstrekken geen nadere toelichting.

B.b.b. Respect voor bestaande contracten

De overige vijftientig vennootschappen geven een nadere toelichting.

Tweeëntwintig vennootschappen geven als reden aan dat bestaande afspraken en/of contracten worden gerespecteerd dan wel dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan. Een tweetal vennootschappen merkt hierbij op dat dit conform de preambule van Code 2004 is.¹⁴

Twee vennootschappen achten het niet wenselijk of passend de arbeidsovereenkomsten op dit punt aan te passen.

Eén vennootschap is van opvatting dat opnieuw onderhandelen niet in het belang van de vennootschap is.

¹³ De Commissie Streppel heeft bij herhaling te kennen gegeven dat zij deze uitleg voor de niet-toepassing van bpb II.1.1 alleen niet accepteert voor benoemingen die na 1 januari 2004 hebben plaatsgevonden en als niet-naleving van Code 2008 beschouwt. Zie hierover laatstelijk *Kamerstukken 2010-2011*, 31 083, nr. 38, p. 2.

¹⁴ Vgl. preambule Code 2004, punt 12: “Vennootschappen doen al het nodige om zo spoedig mogelijk aan de bepalingen van deze code te voldoen. Daarbij kunnen zich twee knelpunten voordoen. Ten eerste kunnen bestaande contractuele afspraken tussen vennootschap en bestuurders veelal niet worden opgebroken. De opvolging van de best practice bepalingen II.2.1, II.2.2, II.2.3 en II.2.7 kan daarbij problemen opleveren. Ten tweede kunnen bestaande benoemingen en lopende benoemingstermijnen een probleem opleveren bij de opvolging van een aantal bepalingen (II.1.1, II.1.7, III.3.2, III.3.4, III.3.5, III.4.2, III.8.1, IV.2.2 en IV.2.3). De commissie gaat er bij dit tweede knelpunt van uit dat niet later dan bij nieuwe benoemingen en bij herbenoemingen de codebepalingen in acht worden genomen.”

C. Bij drie vennootschappen worden bestuurders weliswaar in overeenstemming met bpb II.1.1 (her-)benoemd voor een periode van vier jaar, maar worden hun arbeidsovereenkomsten aangegaan voor onbepaalde tijd. Bij twee vennootschappen wordt hiervoor geen nadere reden aangegeven. Bij één vennootschap wordt als reden aangegeven dat door de benoeming voor vier jaar wordt bereikt dat het functioneren als bestuurder periodiek aan de orde wordt gesteld zonder dat daarbij ook de arbeidsovereenkomst onderwerp van de beoordeling moet zijn.

3.2.4. Aandachtspunten

- In de code dient niet alleen aandacht te zijn voor de vennootschapsrechtelijke benoeming van een bestuurder, maar ook voor de arbeidsrechtelijke evenknie: de arbeidsovereenkomst. Door het ontbreken hiervan heeft de bepaling niet in alle gevallen het gewenste effect. Dit doet zich vooral voor ingeval een bestuurder voor vier jaar is herbenoemd en een arbeidsovereenkomst voor eenzelfde termijn heeft gesloten. De periodieke beoordeling van zijn functioneren vindt aan het einde van de vierjaarstermijn plaats. Een negatief oordeel heeft echter niet tot gevolg dat de arbeidsrechtelijke relatie met de bestuurder wordt verbroken. Hier speelt de problematiek van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten, waardoor er in weerwil van de afgesproken beperkte tijdsduur sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor beëindiging daarvan is een opzegging dan wel een ontbinding met inachtneming van de daarvoor geldende regels nodig.

- In de toekomst gaat gelden dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursNV niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De regeling geldt echter alleen voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten na de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving. Maar ook dan biedt deze bepaling veelal niet de gewenste oplossing, doordat de bepaling op eenvoudige wijze kan worden ontgaan.

3.3. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.2.5 Aanhoudperiode van minimaal vijf jaar bij aandelen zonder financiële tegenprestatie

Bpb II.2.5: Aandelen die zonder financiële tegenprestaties aan bestuurders worden toegekend, worden aangehouden voor telkens een periode van ten minste vijf jaar of tot ten minste het einde van het dienstverband indien deze periode korter is. Het aantal toe te kennen aandelen wordt afhankelijk gesteld van de realisatie van vooraf aangegeven en uitdagende doelen.

3.3.1. Inleidende opmerkingen

Bpb II.2.5 bevat een blokkaderegeling voor aandelen die zonder financiële tegenprestaties aan bestuurders worden toegekend. De bestuurders moeten deze aandelen aanhouden voor telkens een periode van ten minste vijf jaar. Een kortere periode dan vijf jaar is slechts toegestaan, indien het dienstverband tussen de beursNV en de bestuurder voordien wordt beëindigd. Het aantal toe te kennen aandelen wordt afhankelijk gesteld van de realisatie van vooraf aangegeven en uitdagende doelen.

Boek 2 BW bevat geen (blokkade)regeling voor aandelenbonussen.

Vennootschappen die een dergelijke vorm van beloning van bestuurders kennen, dienen daarom ingevolge bpb II.2.5 zelf te voorzien in een blokkaderegeling ten aanzien van toegekende aandelen aan bestuurders alsmede in de toekenningscriteria voor de aandelenbonussen.

3.3.2. Bevindingen

Bij dertien van de onderzochte vennootschappen is afgeweken van bpb II.2.5.¹⁵ Het betreft in alle gevallen afwijkingen van de blokkaderegeling.

Aantekening verdient dat één vennootschap per 1 januari 2010 een nieuw bezoldigingsbeleid heeft geïntroduceerd waarbij de aandelenbeloning is komen te vervallen. De afwijking van de code betreft dan nog slechts de aandelen die in het verleden (vóór 1 januari 2010) aan bestuurders van deze vennootschap zijn toegekend.

De aard van de afwijking van bpb II.2.5 varieert: bij vier vennootschappen is in het geheel geen blokkaderegeling opgenomen, bij zeven vennootschappen is weliswaar een blokkaderegeling opgenomen maar is de duur van de blokkade op een kortere termijn dan vijf jaar gesteld (twee of drie jaar) en bij vier vennootschappen wordt onder bepaalde omstandigheden een uitzondering op de blokkaderegeling gemaakt

¹⁵ Een bijzonder geval welke wij niet onder afwijking van bpb II.2.5 hebben geschaard betreft een vennootschap die zogenoemde “performance share units” (hierna: “PSUs”) als onderdeel van het beloningsbeleid kent. Deze leiden niet tot toekenning van aandelen aan bestuurders, maar tot een betaling in geld aan bestuurders drie jaar na toekenning van deze PSUs, indien en voor zover vooraf aangegeven doelen zijn gerealiseerd. Deze constructie valt buiten de reikwijdte van bpb II.2.5, omdat er geen aandelen aan bestuurders worden toegekend.

en wordt toegestaan dat bestuurders de toegekende aandelen binnen de vijfjaarstermijn vervreemden.

Eén vennootschap hanteert een strengere regeling dan opgenomen in Code 2008: de blokkaderegeling loopt ook door na het einde van het dienstverband, tenzij sprake is van het overlijden van de bestuurder of van een wijziging van de zeggenschap over de vennootschap. Dit kan worden gekwalificeerd als naleving van bpb II.2.5.

De tussenconclusie luidt dat twaalf van de onderzochte vennootschappen bpb II.2.5 niet toepassen. De bevindingen worden in de hiernavolgende paragraaf gespecificeerd.

3.3.3. Specificatie

A. Vier vennootschappen kennen in het geheel geen blokkaderegeling.

Bij één vennootschap is sprake van een min of meer principiële afwijzing van de blokkaderegeling. Volgens de vennootschap heeft de verplichting voor bestuurders om de aandelen vijf jaar te houden geen toegevoegde waarde, omdat er sprake is van een voorwaardelijke toekenning van de aandelen door de raad van commissarissen op jaarlijkse basis, en de bestuurders daarom altijd een sterke stimulans hebben om de lange termijn belangen van de vennootschap na te streven. Eén vennootschap ziet aandelen die worden gehouden door bestuurders als lange termijn investeringen, maar geeft geen nadere verklaring voor het ontbreken van een blokkaderegeling.

Een andere vennootschap beroept zich erop dat aandelen pas na een periode van drie jaar definitief worden toegekend aan bestuurders. Hiermee wordt beoogd de belangen van de bestuurders en die van de aandeelhouders op één lijn te brengen. De vierde vennootschap wijst erop dat het beloningsbeleid van de vennootschap vereist dat bestuurders een persoonlijk aandelenbelang opbouwen en houden en dat zulks in lijn is met de geest van de code.

Deze vier gevallen kwalificeren wij als niet-naleving vanwege het ontbreken van een gerechtvaardigde uitleg.

B. Bij zeven vennootschappen is weliswaar een blokkaderegeling opgenomen, maar is de duur van de blokkade op een kortere termijn dan vijf jaar gesteld (twee of drie jaar).

Bij één vennootschap is de duur van de blokkade drie jaar, zonder dat een nadere motivering wordt gegeven voor deze afwijking van bpb II.2.5. Er is daarom sprake van niet-naleving.

De zes overige vennootschappen beroepen zich erop dat zij naar de letter wellicht niet voldoen aan de codebepaling, maar wel naar de geest. Bij deze vennootschappen houdt de blokkaderegeling in dat de aandelen gedurende een

periode van drie jaar eerst voorwaardelijk aan de bestuurders worden toegekend en dat na deze referentieperiode van drie jaar - indien en voor zover aan bepaalde prestatiecriteria is voldaan - definitieve toekenning van de aandelen aan de bestuurders plaatsheeft. Na de onvoorwaardelijke verkrijging van de aandelen moeten de bestuurders de toegekende aandelen nog twee of drie jaar behouden.

Wij menen dat deze zes vennootschappen bij de huidige formulering van de codebepaling niet aan bpb II.2.5 voldoen, omdat de bepaling ervan uitgaat dat de vijfjaarstermijn begint te lopen nadat de aandelen zijn toegekend aan de bestuurders. Het tijdstip van voorwaardelijke toekenning is niet relevant. Het voorwaardelijk toekennen van aandelen en het hanteren van een referentieperiode, lijken eerder een rol te spelen bij de invulling van de tweede zin van bpb II.2.5: "Het aantal toe te kennen aandelen wordt afhankelijk gesteld van de realisatie van vooraf aangegeven en uitdagende doelen." Met andere woorden, om te bepalen of en zo ja hoeveel aandelen aan bestuurders dienen te worden toegekend. De codebepaling geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat de duur van de referentieperiode in mindering zou kunnen worden gebracht op de duur van de blokkadetermijn van vijf jaar, waarmee juist wordt beoogd om een lange termijn perspectief van bestuurders te bewerkstelligen.

C. Bij vier vennootschappen wordt onder bepaalde omstandigheden een uitzondering op de blokkaderegeling gemaakt en wordt toegestaan dat bestuurders de toegekende aandelen binnen de vijfjaarstermijn vervreemden, indien en voor zover dat nodig is voor het betalen van de belasting die verschuldigd wordt ten gevolge van de verkrijging van de aandelen.

3.3.4. Aandachtspunten

- In de code zou kunnen worden verduidelijkt dat de in de blokkaderegeling genoemde termijn van vijf jaar al dan niet een aanvang neemt nadat de aandelen onvoorwaardelijk zijn toegekend aan bestuurders.

- Verder zou in de code duidelijkheid kunnen worden geboden over het antwoord op de vraag of het voldoen van belasting die verschuldigd wordt ten gevolge van de verkrijging van de aandelen, een omstandigheid is die een uitzondering op de blokkaderegeling rechtvaardigt.

3.4. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb II.2.8 Maximale ontslagvergoeding bestuurders

Bpb II.2.8: De vergoeding bij ontslag bedraagt maximaal eenmaal het jaarsalaris (het “vaste” deel van de bezoldiging). Indien het maximum van eenmaal het jaarsalaris voor een bestuurder die in zijn eerste benoemingstermijn wordt ontslagen kennelijk onredelijk is, komt deze bestuurder in dat geval in aanmerking voor een ontslagvergoeding van maximaal tweemaal het jaarsalaris.

3.4.1. Inleidende opmerkingen

Bpb II.2.8. betreft de maximale ontslagvergoeding van bestuurders bij beursNV's. In Boek 2 BW zijn geen bepalingen opgenomen over een maximering van een ontslagvergoeding voor bestuurders van beursNV's. Boek 2 BW kent slechts publicatieverplichtingen over de ontslagvergoeding. Een NV dient in de toelichting van haar jaarrekening het bedrag van de bezoldigingen en van de andere uitkeringen voor de gezamenlijke bestuurders en gewezen bestuurders op te nemen; art. 2:383 BW. Verder bepaalt art. 2:383c BW dat een NV opgave doet van het bedrag van de bezoldiging van iedere bestuurder. Dit bedrag wordt uitgesplitst naar onder andere periodiek betaalde beloningen en uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband. De bestuurder heeft veelal echter ook een arbeidsrechtelijke relatie met de beursNV, zodat rekening dient te worden gehouden met de in Boek 7 BW neergelegde bepalingen betreffende het arbeidsovereenkomstenrecht. Indien de beursNV de met de bestuurder voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst – hiervan is ook sprake bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd; art. 7:668a BW¹⁶ – opzegt, staat voor de bestuurder de weg open van art. 7:681 BW. Hij kan een schadeloosstelling conform de toepasselijke regels vorderen indien hij kan aantonen dat herbenoeming ondanks goed functioneren is uitgebleven en de opzegging deswege kennelijk onredelijk is. Verder kan de bestuurder naast de door bpb II.2.8 gemaximeerde ontslagvergoeding bij een tussentijdse opzegging recht doen gelden op het salaris over de wettelijke of contractuele opzegtermijn. Is echter in de arbeidsovereenkomst van de bestuurder geen beding van tussentijdse opzegging opgenomen, dan is deze opzegging onregelmatig en is de beursNV deswege schadeplichtig; art. 7:677 lid 4 jo. art. 7:680 lid 1 BW. Een matiging van de schadevergoeding ligt in de rede indien eveneens een ontslagvergoeding aan de bestuurder wordt toegekend; art. 7:680 lid 5 BW.

Principe II.2, laatste zin Code 2008 bepaalt dat de hoogte van een ontslagvergoeding voor een bestuurder niet meer bedraagt dan eenmaal het jaarsalaris, tenzij dit in de omstandigheden van het geval kennelijk onredelijk is. Deze hoofdregel wordt herhaald in bpb II.2.8: de vergoeding bij ontslag bedraagt maximaal eenmaal het jaarsalaris. Volgens de toelichting bij de Code 2008 wordt onder het vaste deel van de bezoldiging verstaan de periodieke beloningen in de zin van art. 2:383c lid 1,

¹⁶ Zie hiervóór par. 3.2.1.

onderdeel a BW. Met jaarsalaris wordt bedoeld op het “vaste” deel van de bezoldiging; tantièmes en andere variabele beloningsbestanddelen vallen hier niet onder.

Anders dan in principe II.2, laatste zin wordt alleen voor de bestuurder die in zijn eerste benoemingstermijn wordt ontslagen een uitzondering gemaakt, indien het maximum van eenmaal het jaarsalaris kennelijk onredelijk is. In dat geval komt deze bestuurder in aanmerking voor een ontslagvergoeding van maximaal tweemaal het jaarsalaris. In de toelichting bij de Code 2008 wordt hierover opgemerkt dat een afvloeiingsregeling van maximaal één jaarsalaris “kennelijk onredelijk” kan zijn, wanneer een bestuurder gedurende zijn eerste benoemingstermijn wordt ontslagen en hij voorafgaande aan zijn functie een lange arbeidsrelatie met de vennootschap heeft gehad. In vergelijking met de hoogte van de ontslagvergoeding waarop een ‘gewone’ werknemer recht zou hebben, zou een ontslagvergoeding van één jaarsalaris mogelijk te laag uitvallen.

De vraag rijst of deze motivering van voldoende gewicht is. Enerzijds kan er op worden gewezen dat een bestuurder die een lange arbeidsrelatie met de beursNV heeft gehad als ‘gewone’ werknemer alvorens hij bestuurder werd, en die tussentijds wordt ontslagen in zijn tweede, derde of latere benoemingstermijn, en daarom slechts recht kan doen gelden op maximaal één jaarsalaris zich in vergelijking met een ‘gewone’ werknemer in een schrijnender positie bevindt dan het in de toelichting genoemde geval. Anderzijds is sprake van het zogenoemde ‘inverdieneffect’ van een bestuurder van een beursNV. Hij heeft in vergelijking met een gewone werknemer in de jaren als bestuurder veelal een aanmerkelijk hoger salaris genoten.

Door het gebruik van het woord ‘ontslag’ in bpb II.2.8. mag worden aangenomen dat de regeling alleen geldt bij een tussentijds ontslag van een bestuurder en niet indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Dit is het geval bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, bijvoorbeeld vier jaar in overeenstemming met bpb II.1.1. Voor beëindiging van een dergelijke arbeidsovereenkomst is geen opzegging of ontbinding nodig; de arbeidsovereenkomst eindigt door het verstrijken van de overeengekomen periode van vier jaar; art. 7:667 lid 1 BW. Indien een bestuurder na ommekomst van deze periode van vier jaar niet wordt herbenoemd, valt deze situatie buiten het toepassingsgebied van bpb II.2.8.

Verder mag door het gebruik van het woord ‘ontslag’ in bpb II.2.8. worden aangenomen dat wanneer de bestuurder vrijwillig (voortijdig) vertrekt dit eveneens buiten het toepassingsgebied van bpb II.2.8 valt.

Voor beide genoemde situaties geldt mitsdien dat het de beursNV vrijstaat de bestuurder bij vertrek een vergoeding toe te kennen en dat de hoogte van deze vergoeding niet aan de in de code gestelde beperking onderhevig is.¹⁷ In de

¹⁷ Zie J.J. Trap, ‘Corporate Governance in de praktijk: perikelen rond benoeming en ontslag(vergoeding) van de bestuurder’, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2009-7, p. 273/274 voor twijfel over de bedoeling van de opstellers van de Code.

toelichting bij de code is echter te lezen dat de bovengrens van maximaal een jaarsalaris ook voor een vertrek van de bestuurder op eigen verzoek zou gelden. Daaraan wordt toegevoegd dat dit onverlet laat dat het in de rede ligt dat bij vertrek op eigen verzoek in het geheel geen vergoeding wordt toegekend. Over de toekenning van een vergoeding en de hoogte daarvan bij vertrek van een bestuurder na ommekomst van de in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opgenomen periode en zonder dat een herbenoeming plaatsheeft, zwijgt de toelichting.

Ten slotte wordt nog opgemerkt dat met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht – waarschijnlijk per 1 januari 2012 – aan art. 2:132 BW een derde lid wordt toegevoegd met als gevolg dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursvennootschap niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Deze wijziging is ingegeven door de gedachte dat de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming niet langer van toepassing zou moeten zijn op de bestuurder van een beursNV. Dit zou helpen te voorkomen dat deze bestuurder bij ontslag een onredelijk hoge ontslagvergoeding krijgt. De regeling geldt echter niet voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van de wet. Overigens kan de regeling gemakkelijk worden ontgaan, wanneer de bestuurder de arbeidsovereenkomst niet met de beursNV sluit maar met een subholding of een werkmaatschappij.¹⁸

3.4.2. Bevindingen

Bij 51 van de onderzochte vennootschappen is sprake van afwijking van bpb II.2.8.

Strengere regeling. Hierbij valt op dat één vennootschap een strengere regeling hanteert dan opgenomen in de Code 2008: de arbeidsovereenkomst met de bestuurder voorziet niet in de mogelijkheid het maximum van eenmaal het jaarsalaris te verhogen indien ontslag in de eerste benoemingstermijn kennelijk onredelijk is. Dit kan worden gekwalificeerd als naleving van bpb II.2.8.

Onduidelijke regeling. Bij één vennootschap wordt in het jaarverslag en in de toelichting bij de jaarrekening opgemerkt dat de vergoeding van de enige bestuurder bij een ‘change of control’ één jaarsalaris bedraagt. Dit is in overeenstemming met bpb II.2.8. In het op de site gepubliceerde overzicht van de naleving van de corporate governance code door deze vennootschap wordt echter gesproken van een ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen van de bestuurder in een situatie van ‘change of control’. Deze vennootschap is niet meegenomen in de verdere bevindingen.

¹⁸ Vgl. P.J. Dortmund, M.J. Kroeze en R.G.J. Nowak, ‘De aangenomen amendementen bij de wetsvoorstellen bestuur en toezicht, flexibilisering bv-recht, spreekrecht OR, uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn en invoeringswet titel 7.13 BW’, Ondernemingsrecht 2010-1, nr. 9, p. 58.

Bij de overige 49 vennootschappen worden de afwijkingen van bpb II.2.8 in drie categorieën onderverdeeld. De eerste categorie betreft 21 gevallen waarin de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende bestuurder is gesloten vóór de datum van inwerkingtreding van de code. De tweede categorie ziet op negentien vennootschappen die in hun algemeenheid afwijken van bpb II.2.8. Hiervoor worden verschillende redenen aangegeven. De laatste categorie betreft negentien vennootschappen die in beginsel de in bpb II.2.8 neergelegde hoofdregel onderschrijven, maar hiervan in concrete gevallen en/of in bijzondere omstandigheden afwijken.¹⁹

De bevindingen omtrent deze overige 49 vennootschappen worden in de hiernavolgende paragraaf gespecificeerd.

3.4.3. Specificatie

A. Eenentwintig vennootschappen motiveren de afwijking van bpb II.2.8. betreffende de maximale ontslagvergoeding van een of meer bestuurder(s) door erop te wijzen dat de met hen gesloten arbeidsovereenkomsten dateren van vóór 2004, het moment van introductie van de Corporate Governance Code 2003.

Deze motivering van de afwijking van bpb II.2.8 voor benoemingen van bestuurders die hebben plaatsgevonden vóór 1 januari 2004 is gerechtvaardigd, gelet ook op wat in de preambule van de Code 2003 onder punt 12 werd opgemerkt: “Vennootschappen doen al het nodige om zo spoedig mogelijk aan de bepalingen van deze code te voldoen. Daarbij kunnen zich twee knelpunten voordoen. Ten eerste kunnen bestaande contractuele afspraken tussen vennootschap en bestuurders veelal niet worden opengebroken. De opvolging van de best practice bepalingen [...] en II.2.7 (thans II.2.8; HEB/JNSV) kan daarbij problemen opleveren.”

Sommige vennootschappen laten het bij de opmerking dat de arbeidsovereenkomst is gesloten voor de introductie van de Corporate Governance Code 2003; andere vennootschappen geven een nadere toelichting.

A.a. Geen nadere toelichting

Vijf vennootschappen wijzen er slechts op dat contracten aangegaan vóór 2004 ongewijzigd blijven.

Eén vennootschap voegt hieraan toe dat in deze arbeidsovereenkomsten geen bepalingen over een ontslagvergoeding zijn opgenomen. Bij ontslag zal de ontslagvergoeding worden bepaald met inachtneming van de volgende relevante factoren: toepasselijke wet- en regelgeving, reden voor ontslag, het beloningsniveau en de lengte van het dienstverband.

¹⁹ Een optelsom van de vennootschappen in de drie categorieën komt uit op een hoger getal dan 49, omdat sommige vennootschappen bepaalde typen van motiveringen combineren.

Twee van de vijf vennootschappen wijzen er op dat bij het afsluiten van de arbeidsovereenkomsten ontslagregelingen zijn overeengekomen waarbij ook de duur van het dienstverband bij vorige werkgevers in aanmerking is genomen. Deze regelingen kunnen leiden tot vergoedingen hoger dan één jaarsalaris.

A.b. Respect voor bestaande contracten

Veertien vennootschappen wijzen erop dat zij de vóór 2004 gesloten arbeidsovereenkomsten met bestuurders respecteren en/of daaraan geen afbreuk doen. In deze arbeidsovereenkomsten kunnen bepalingen over een ontslagvergoeding ontbreken, dan wel kunnen bepalingen zijn opgenomen die (kunnen) leiden tot een hogere ontslagvergoeding dan in bpb II.2.8 is voorgeschreven.

Eén vennootschap wijst er op dat het niet in het belang van de vennootschap is om bestaande contracten met bestuurders te heronderhandelen.

In verband met het langdurige dienstverband van de huidige bestuurders (meer dan 25 jaar), wordt bij een andere vennootschap de beperking van de ontslagvergoeding tot een maximum van eenmaal het jaarsalaris alleen toegepast in geval van ontslag met gegronde reden.

Wij wijzen nog op enkele bijzonderheden. Bij één vennootschap betreft het arbeidsovereenkomsten die zijn afgesloten vóór 2006; het jaar van de beursintroductie. Dit kan op een lijn worden gesteld met vóór 2004 gesloten arbeidsovereenkomsten, omdat de Code 2003 vóór de beursintroductie niet van toepassing was op deze vennootschap.

Eén vennootschap voldoet per 1 juli 2011 aan het bepaalde in bpb II.2.8.

B. Negentien vennootschappen wijken in hun algemeenheid af van de in bpb II.2.8 geformuleerde maximering van de ontslagvergoeding.

B.a. Zonder nadere motivering

In totaal negen vennootschappen motiveren niet waarom zij bpb II.2.8 niet toepassen.

Vijf daarvan wijzen er op dat zij met hun bestuurders op het punt van de ontslagvergoeding geen bijzondere afspraken hebben gemaakt, waardoor deze niet is gemaximeerd. Eén vennootschap voegt hieraan toe dat bij ontslag de situatie op dat moment zal worden beoordeeld op grond van de omstandigheden van het geval en naar redelijkheid. Een andere vennootschap betaalt een ontslagvergoeding die redelijk is op grond van de contractuele relatie, de maatschappelijke ontwikkeling en jurisprudentie. Bij een derde vennootschap wordt de ontslagvergoeding mede bepaald door de lengte van het dienstverband met de vennootschap.

Een zesde vennootschap merkt slechts op dat het maximum van een jaarsalaris niet is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst met de huidige bestuurder.

Bij een zevende vennootschap leidt een opzegging tot een schadeloosstelling op basis van de zogenoemde 'kantonrechterformule' met een minimum van twaalfmaal het geldende maandsalaris. Bij een wijziging in de zeggenschap kan de ontslagvergoeding oplopen tot drie jaarsalarissen.

Een volgende vennootschap hanteert geen maximale ontslagvergoeding voor bestuurders. De toekenning van een ontslagvergoeding zal van geval tot geval worden beoordeeld. In voorkomend geval zal een schadevergoeding worden betaald die redelijk is op grond van de contractuele situatie, de maatschappelijke ontwikkelingen en jurisprudentie.

Bij de negende vennootschap ten slotte is, behalve voor de algemeen bestuurder, de ontslagvergoeding niet gemaximeerd. Een ontslagvergoeding wordt individueel vastgesteld afhankelijk van het contract, het arbeidsverleden (intern/extern), wettelijke bepalingen en marktomstandigheden.

B.b. Ontslagvergoeding is in overeenstemming met het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht

Vier vennootschappen beroepen zich er op dat de ontslagvergoeding van bestuurders in overeenstemming is met het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht.

Eén van de vier vennootschappen hanteert voor na 31 maart 2004 benoemde bestuurders een ontslagvergoeding van maximaal één jaarsalaris of een ontslagvergoeding die in overeenstemming is met het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Deze regeling geldt ook indien de bestuurder op eigen verzoek vertrekt vanwege een diepgaand verschil van inzicht met de overige bestuurders of de commissarissen over zijn functioneren of de strategie van de vennootschap, of vanwege omstandigheden die samenhangen met een wijziging in de zeggenschapsverhoudingen (change of control).

Ook een andere vennootschap wijst er op dat bij ontslag rekening wordt gehouden met bestaande regelgeving.

Een derde vennootschap wenst voor de ontslagvergoeding aan te sluiten bij de vigerende wettelijke bepalingen rondom ontslag, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de beëindiging, de leeftijd van de bestuurder en de lengte van het dienstverband.

Een vierde vennootschap heeft geen regeling over de ontslagvergoeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst met de enig bestuurder. Deze vennootschap hanteert de uitgangspunten zoals die zijn vastgelegd in de arbeidsovereenkomst en laat zich leiden door de bestaande wet- en

regelgeving op dit gebied. Opgemerkt wordt dat de bestuurder arbeidsrechtelijke rechtsbescherming geniet zoals iedere werknemer.

B.c. Respect voor bestaande contracten

Eén vennootschap respecteert contracten gesloten met deze vennootschap of met een van haar voorgangers. Deze contracten voorzien gewoonlijk in een maximale ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen. In één geval bevat het contract geen bepalingen over een ontslagvergoeding. Ook voor het overige houdt deze vennootschap voor bestuurders die al een lange arbeidsrelatie met de vennootschap hebben of met een van haar voorgangers, een maximale ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen aan.

B.d. Buitenlands recht van toepassing op arbeidsovereenkomst met bestuurders

Eén vennootschap wijst er op dat de arbeidsovereenkomsten met de bestuurders zijn gesloten onder buitenlands recht. In deze overeenkomsten ontbreken bepalingen over ontslagvergoedingen.

B.e. Ontslagvergoeding moet recht doen aan senioriteit van bestuurders
Voor de motivering van een hogere ontslagvergoeding dan maximaal eenmaal het jaarsalaris wijst één vennootschap op de aandeelhoudersstructuur van deze vennootschap en op het feit dat zij recht wil doen aan de senioriteit van bestuurders. De regeling geldt alleen indien het ontslag niet aan de bestuurder te wijten is en bij een wijziging in zeggenschap (change of control).

B.f. Rekening houden met bestaande arbeidsverhoudingen

In het jaarverslag van één vennootschap wordt opgemerkt dat bij ontslag rekening wordt gehouden met bestaande arbeidsverhoudingen.

B.g. Ontslagvergoeding maakt onderdeel uit van een concurrerend pakket aan arbeidsvoorwaarden

Eén vennootschap wijkt af van de in bpb II.2.8 geformuleerde bepaling teneinde aan bestuurders een concurrerend pakket aan arbeidsvoorwaarden te kunnen bieden.

B.h. Bestuurders in vergelijkbare omstandigheden dienen gelijk behandeld en beloond te worden

Eén vennootschap heeft geen bepalingen in de arbeidsovereenkomsten met haar bestuurders opgenomen over de hoogte van ontslagvergoedingen. Zij is van mening dat bestuurders in vergelijkbare omstandigheden gelijk behandeld en beloond dienen te worden. Een inperking van de rechtspositie van de bestuurders ten aanzien van de ontslagvergoeding zou zich moeten vertalen in een ongewenste afwijkende beloning.

C. Negentien vennootschappen onderschrijven de hoofdregel van een ontslagvergoeding van één jaarsalaris, maar wijken hiervan af in concrete gevallen dan wel in bijzondere omstandigheden.

C.a. In concrete gevallen

Bij vijf vennootschappen is in concrete gevallen voor bepaalde bestuurders afgeweken van bpb II.2.8.

- Bij één vennootschap wijken de arbeidsovereenkomsten van twee leden van de Raad van Bestuur af van bpb II.2.8. Het contract van de voorzitter bevat een ontslagvergoeding van anderhalf keer het jaarsalaris en het contract van de Chief Financial Officer een ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen. Voor andere en nieuwe bestuurders past deze vennootschap bpb II.2.8 wel toe. Dit onderscheid wordt niet nader gemotiveerd.

- Eén vennootschap heeft in 2010 aan een bestuurder die op eigen verzoek vanwege gezondheidsredenen vertrok een ontslagvergoeding toegekend van twee jaarsalarissen.

- Bij één van de vier vennootschappen is de CEO werkzaam op basis van een 'management contract' dat geen bepalingen bevat over een ontslagvergoeding.

- Bij de vierde vennootschap heeft slechts één van de bestuurders recht op een ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen; dit wordt niet nader gemotiveerd.

- Bij de vijfde vennootschap is bij de benoeming van de voorzitter in 2004 rekening gehouden met zijn arbeidsverleden bij zijn vorige werkgever. In 2010 is deze vergoeding teruggebracht tot twee jaarsalarissen. Per 2012 zal deze vergoeding verder worden teruggebracht tot één jaarsalaris, zodat er geen sprake meer zal zijn van afwijking van bpb II.2.8.

C.b. Onder bijzondere omstandigheden

Bij zestien vennootschappen wordt in bijzondere omstandigheden afgeweken van bpb II.2.8.

C.b.a. Hogere ontslagvergoeding bij wijziging in zeggenschap

Drie vennootschappen maken een uitzondering op de maximale ontslagvergoeding van een jaarsalaris in geval van beëindiging van de relatie met een bestuurder bij een wijziging in de zeggenschap (change of control).

Bij één van deze vennootschappen is expliciet aangegeven dat bestuurders recht hebben op een ontslagvergoeding van twee jaarsalarissen indien zij vanwege een bepaalde transactie vertrekken.

C.b.b. Hogere ontslagvergoeding bij kennelijke onredelijkheid

Eén vennootschap wijkt af van de hoofdregel, indien een jaarsalaris kennelijk onredelijk is gezien de omstandigheden of wanneer toepasselijk recht dit bepaalt.

C.b.c. Hogere ontslagvergoeding vanwege lang dienstverband
Vier vennootschappen wijken af van de hoofdregel vanwege een lang dienstverband van de bestuurder.

Eén vennootschap onderschrijft bij nieuwe benoemingen bpb II.2.8, maar heeft bij een benoeming van een bestuurder in 2009 een ontslagvergoeding van achttien maanden afgesproken, wat in overeenstemming met zijn eerdere arbeidsovereenkomst was en gerechtvaardigd was vanwege zijn langdurige dienstverband. Ook twee andere vennootschappen maken een uitzondering op de hoofdregel door in het geval dat nieuw te benoemen bestuurders uit de eigen organisatie komen, zich het recht voor te behouden de opgebouwde rechten mee te laten wegen bij de hoogte van de afvloeiingsregeling.

Bij een vierde vennootschap is het bij benoeming van een interne kandidaat beleid dat er bij ontslag een vergoeding wordt bepaald die redelijk is op grond van de contractuele situatie, de maatschappelijke ontwikkelingen en de rechtspraak.

C.b.d. Hogere ontslagvergoeding om juiste persoon als bestuurder aan te trekken

Bij twee vennootschappen kan in bijzondere gevallen de overeen te komen vergoeding bij onvrijwillig ontslag hoger zijn dan één jaarsalaris als het anders niet mogelijk mocht blijken om de juiste persoon aan te trekken. Eén van deze vennootschappen voegt daaraan toe dat het daarbij kan gaan om bestaande rechten op vergoedingen bij onvrijwillig ontslag, marktwerking, concurrentieoverwegingen en andere redenen om een hogere vergoeding toe te kennen.

C.b.e. Hogere ontslagvergoeding bij bijzondere omstandigheden
Drie vennootschappen behouden zich het recht voor af te wijken van de hoofdregel indien de (bijzondere) omstandigheden dit vergen. Onduidelijk is op welke omstandigheden hier wordt gedoeld. Eén van deze vennootschappen acht het mogelijk dat in geval van uitzonderlijke omstandigheden wanneer de gemaximeerde ontslagvergoeding kennelijk onredelijk is, betaling van een aanvullende vergoeding gerechtvaardigd is.

C.b.f. Bijkomende vergoeding gedurende de opzegtermijn

Eén vennootschap acht het wenselijk de mogelijkheid open te houden om een bijkomende vergoeding toe te kennen ter hoogte van de opzegtermijn van zes maanden.

3.4.4. Aandachtspunten

- In de code zou kunnen worden verduidelijkt of de regeling in bpb II.2.8 ook geldt voor de situaties (i) dat de arbeidsovereenkomst van de bestuurder van rechtswege eindigt en er geen herbenoeming plaatsheeft en (ii) dat een bestuurder vrijwillig (voortijdig) vertrekt. Het gebruik van het begrip ontslag geeft aanleiding te veronderstellen dat beide situaties buiten het toepassingsgebied van de bepaling blijven, terwijl in de toelichting wordt opgemerkt dat de hoofdregel van bpb II.2.8 ook geldt bij een vertrek van de bestuurder op eigen verzoek.

- In de code zou kunnen worden verduidelijkt of vergoedingen in verband met het ontslag waarop een bestuurder eventueel op grond van het arbeidsovereenkomstenrecht van Boek 7 BW of anderszins recht kan doen gelden, in mindering moeten worden gebracht op de in bpb II.2.8 neergelegde maximale ontslagvergoeding.

- In de toekomst gaat gelden dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursNV niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De regeling geldt echter alleen voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten na de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving. Maar ook voor nieuwe gevallen biedt deze bepaling veelal niet de gewenste oplossing, doordat de bepaling op eenvoudige wijze kan worden ontgaan.

3.5. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb III.3.5 Maximale zittingstermijn commissarissen

Bpb III.3.5: Een commissaris kan maximaal driemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen.

3.5.1. Inleidende opmerkingen

Bpb III.3.5 Code 2008 bepaalt de maximale zittingstermijn voor een commissaris. Een commissaris kan maximaal driemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen. Boek 2 BW bevat over dit onderwerp geen bepalingen.

3.5.2. Bevindingen

Bij twintig van de onderzochte vennootschappen is afgeweken van deze bepaling.

Strengere regeling. Hierbij valt op dat één vennootschap een strengere regeling hanteert dan opgenomen in de Code 2008: een commissaris kan maximaal tweemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen. Dit kan worden gekwalificeerd als naleving van bpb III.3.5.

Onjuiste suggestie. Verder is opvallend dat bij één vennootschap in het jaarverslag wordt opgemerkt dat zij voldoet aan de bepalingen van de Nederlandse corporate governance code behoudens uitzonderingen zoals die hierna zijn aangegeven. Vervolgens wordt bij bpb III.3.5 opgemerkt: “[naam vennootschap; HEB/JNSV] houdt met betrekking tot deze aanbeveling rekening vanaf het moment van de beursnotering in juni 1997.” Hiermee kan de suggestie worden gewekt dat deze vennootschap afwijkt van de bepaling, maar in werkelijkheid is dit niet het geval. Alle commissarissen hebben een zittingstermijn van minder dan twaalf jaar.

De tussenconclusie luidt dat er bij achttien vennootschappen wordt afgeweken van bpb III.3.5. Hiervan onderstrepen tien vennootschappen het belang van bpb III.3.5 als algemene regel; acht vennootschappen doen dat niet.

3.5.3. Specificatie

A. Acht vennootschappen zijn van opvatting dat het bepaalde in bpb III.3.5 niet richtinggevend is.

Het belangrijkste argument dat wordt aangedragen voor het niet vaststellen van een maximale zittingstermijn voor de leden van de raad van commissarissen is dat de ervaring en expertise/deskundigheid/kennis van commissarissen bepalend dienen te zijn voor de lengte van de zittingstermijn.

Andere factoren die meespelen zijn de verbondenheid met en de kennis van de onderneming, de kwaliteit en de bijdrage van de commissaris in relatie tot de opgestelde profielen en de behoefte van de onderneming respectievelijk de voor de onderneming benodigde specifieke kennis. Eén vennootschap merkt op dat bij iedere

eventuele herbenoeming de betrokkene getoetst wordt aan de profielschets. Er is daarom geen behoefte aan het stellen van een maximale zittingstermijn.

B. Tien vennootschappen onderstrepen het belang van bpb III.3.5 als algemene regel, maar behouden zich het recht voor onder bepaalde omstandigheden hiervan af te wijken.

Deze tien vennootschappen hebben vastgelegd dat een commissaris vier jaar na zijn benoeming aftreedt en dat hij niet vaker dan twee keer voor maximaal vier jaar kan worden herbenoemd. Zij houden zich echter onder bepaalde omstandigheden het recht voor af te wijken van de bepaling. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen algemene en (ondernemings)specifieke uitzonderingen.

B.a. Algemene uitzondering; bij zes van de tien vennootschappen is sprake van een algemeen geformuleerde uitzondering.

Bij vier daarvan wordt aangevoerd dat in het belang van de vennootschap/onderneming kan worden afgeweken van de maximale zittingsduur. Dit belang wordt niet nader gespecificeerd.

Bij twee vennootschappen is weliswaar sprake van een algemeen geformuleerde uitzondering, maar wordt nader gespecificeerd wanneer kan worden afgeweken van de maximale zittingsduur. Bij één vennootschap wordt bpb III.3.5 niet toegepast op leden van de raad van commissarissen die bloed- of aanverwant zijn van de voormalige voorzitter van de raad van bestuur, of op leden die lid zijn van de raad van beheer van de holdingNV. Op de overige leden van de raad van commissarissen wordt bpb III.3.5 wel toegepast. Voor het gemaakte onderscheid ontbreekt een nadere redengeving.

Bij de andere vennootschap kan de raad van commissarissen dispensatie verlenen van het voorschrift van de maximale zittingsduur in door de raad te bepalen bijzondere omstandigheden. De desbetreffende vennootschap wil deze dispensatiemogelijkheid behouden om in voorkomend geval waardevolle deskundigheid en ervaring binnen de raad van commissarissen te behouden of problemen met betrekking tot de continuïteit binnen de raad van commissarissen te voorkomen.

B.b. (Ondernemings)specifieke uitzondering; bij vier vennootschappen doet/deed zich een specifieke situatie voor waarbij wordt/werd afgeweken van bpb III.3.5.

Bij één van de vier vennootschappen heeft één commissaris sinds 1993 zitting in de raad van commissarissen. Deze afwijking is, zo wordt gesteld, in het belang van de vennootschap. Dit is een nietszeggende bevinding.

Bij de tweede vennootschap heeft de voorzitter al sinds 1983 zitting in de raad van commissarissen. Hij is in mei 2010 door de algemene vergadering als zodanig herbenoemd voor een periode van één jaar, waarna hij aan het eind van de jaarlijkse algemene vergadering op 10 mei 2011 – waarop zijn opvolger wordt benoemd – terugtreedt. De herbenoeming van de voorzitter voor een periode van één jaar werd van groot belang geacht voor het handhaven van de continuïteit in het voorzitterschap van de raad van commissarissen tot het moment dat een opvolger werd benoemd.

Bij de derde vennootschap is een commissaris die al vanaf 1999 zitting heeft in de raad van commissarissen ten tijde van de beursgang herbenoemd voor een termijn van vier jaar vanaf 6 november 2009. Deze herbenoeming vond plaats omwille van de continuïteit.

Ten slotte is bij de vierde vennootschap in 2009 een commissaris herbenoemd voor een periode van vier jaar waarbij de maximale zittingsperiode van bpb III.3.5 werd overschreden. Voor deze overschrijding wordt geen reden aangevoerd.

3.6. Analyse kwaliteit van uitleg betreffende bpb IV.1.1 Ontnemen bindend karakter aan voordracht tot benoeming bestuurder/commissaris

Bpb IV.1.1: De algemene vergadering van een niet-structuurvennootschap kan een besluit tot het ontnemen van het bindende karakter aan een voordracht tot benoeming van een bestuurder of commissaris en/of een besluit tot ontslag van een bestuurder of commissaris nemen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Aan deze meerderheid kan de eis worden gesteld dat zij een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, welk deel niet hoger dan een derde wordt gesteld. Indien dit gedeelte ter vergadering niet is vertegenwoordigd, maar een volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen het besluit tot het ontnemen van het bindende karakter aan de voordracht of tot het ontslag steunt, dan kan in een nieuwe vergadering die wordt bijeengeroepen het besluit bij volstreekte meerderheid van stemmen worden genomen, onafhankelijk van het op deze vergadering vertegenwoordigd gedeelte van het kapitaal.

3.6.1. Inleidende opmerkingen

De wettelijke regeling inzake de bindende voordracht voor de benoeming van bestuurders bij niet-structuurvennootschappen²⁰ is neergelegd in art. 2:133 BW. Deze regeling is ingevolge art. 2:142 BW van overeenkomstige toepassing op een bindende voordracht voor de benoeming van commissarissen. Art. 2:133 lid 1 BW bepaalt dat de statuten kunnen bepalen dat de benoeming van bestuurders door de algemene vergadering zal geschieden uit een voordracht die ten minste twee personen voor iedere te vervullen plaats bevat. Ingevolge art. 2:133 lid 2 BW kan de algemene vergadering echter aan een zodanige voordracht steeds het bindend karakter ontnemen bij een besluit genomen met tweederde van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Aan de doorbreking door de algemene vergadering van de bindende voordracht mogen statutair geen hogere eisen worden gesteld.

De bevoegdheid tot het doen van een bindende voordracht kan statutair worden toegekend aan een orgaan van de vennootschap als bedoeld in art. 2:78a BW, maar ook aan buitenstaanders. Het bindend voordrachtsrecht brengt mee dat de algemene vergadering niet meer geheel vrij is in de benoeming van bestuurders en/of commissarissen. De algemene vergadering kan weliswaar de bindende voordracht doorbreken, maar hiervoor is ingevolge art. 2:133 lid 2 BW een gekwalificeerde stemmenmeerderheid en een bepaald quorum vereist. Vanwege het absentisme van aandeelhouders op vergaderingen kan het in de praktijk lastig zijn voor de algemene vergadering om bindende voordrachten te doorbreken. Aangenomen wordt dat, indien de bindende voordracht niet wordt doorbroken en er slechts één

²⁰ Voor structuurvennootschappen geldt dat de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders is toegekend aan de raad van commissarissen. Deze bevoegdheid kan niet door een bindende voordracht worden beperkt; art. 2:162 BW. Ook geldt er een bijzondere regeling voor de benoeming van commissarissen; art. 2:158 BW.

stem op de algemene vergadering ten gunste van de voordracht wordt uitgebracht, de bindend voorgedragen persoon is benoemd.

Eerder is opgemerkt dat aan de doorbreking door de algemene vergadering van de bindende voordracht statutair geen hogere eisen mogen worden gesteld dan die zijn opgenomen in art. 2:133 lid 2 BW. Wel mogen in de statuten lagere eisen ten aanzien van de voor doorbreking van de bindende voordracht vereiste stemmenmeerderheid en quorum worden opgenomen. Toepassing van bpb IV.1.1 brengt mee dat beursNV's van deze statutaire mogelijkheid gebruik dienen te maken en de vereisten voor doorbreking door de algemene vergadering van de bindende voordracht in de statuten naar beneden dienen bij te stellen in overeenstemming met het bepaalde in bpb IV.1.1.

Bpb IV.1.1 wijkt in tweeërlei opzicht af van de hiervoor omschreven wettelijke regeling van art. 2:133 lid 2 BW ter zake van het ontnemen van het bindend karakter aan een voordracht tot benoeming van een bestuurder of commissaris. Ten eerste bepaalt bpb IV.1.1 dat aan een besluit van de algemene vergadering tot ontneming van het bindende karakter van een voordracht slechts de eis kan worden gesteld dat het wordt genomen met een gewone meerderheid van stemmen, welke meerderheid ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt. Ten tweede kan het besluit tot doorbreking van de bindende voordracht in een nieuwe algemene vergadering zonder quorum worden genomen als in de eerste vergadering wel een meerderheid voor doorbreking was, doch die meerderheid niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigde. Toepassing van bpb IV.1.1 brengt mee dat beursNV's deze lagere stemmenmeerderheid en quorum eis in de statuten dienen te verankeren. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid van een tweede vergadering, indien op de eerste vergadering er wel een meerderheid was voor doorbreking van de voordracht, maar deze meerderheid niet het vereiste quorum vertegenwoordigde. Bij toepassing van bpb IV.1.1 kan de algemene vergadering van een beursNV sneller de bindende voordracht doorbreken. Voorzien beursNV's op dit punt niet in een nadere statutaire regeling dan gelden voor doorbreking van de bindende voordracht de zwaardere eisen van art. 2:133 lid 2 BW. Het is dan lastiger voor de algemene vergadering om een bindende voordracht te doorbreken.

In de praktijk wordt in de statuten van vennootschappen soms ook voorzien in de mogelijkheid tot het doen van een niet-bindende voordracht. Deze niet-bindende voordracht hoeft slechts één persoon voor de te vervullen plaats te bevatten. De niet-bindend voorgedragen persoon wordt alleen dan door de algemene vergadering benoemd indien er ten minste een volstreekte meerderheid van stemmen vóór benoeming stemt. Wordt deze meerderheid niet gehaald dan wordt de niet-bindend voorgedragen persoon niet benoemd.

3.6.2. Bevindingen

Bij zestien van de onderzochte vennootschappen is afgeweken van bpb IV.1.1. In de statuten van deze vennootschappen is de wettelijke regeling voor doorbreking van bindende voordrachten overgenomen of treft men geen nadere regeling aan waardoor de wettelijke regeling van toepassing is. Aantekening verdient dat één vennootschap haar statuten op 20 mei 2011 in overeenstemming met bpb IV.1.1 heeft gebracht.

Bij de uitleg die door de betrokken vennootschappen wordt gegeven voor niet-toepassing kan een onderscheid worden gemaakt tussen een generieke uitleg (vier vennootschappen) en een (ondernemings)specifieke uitleg (elf vennootschappen).

3.6.3. Specificatie

A. Generieke uitleg. Vier vennootschappen beroepen zich erop de wettelijke regeling op het punt van bindende voordrachten te volgen, zonder dat nader wordt uitgelegd waarom geen toepassing wordt gegeven aan bpb IV.1.1. Er is daarom sprake van niet-naleving.

B. (Ondernemings)specifieke uitleg. De (ondernemings)specifieke uitleg die door twaalf vennootschappen voor niet-toepassing van bpb IV.1.1 wordt gegeven, laat zich onderscheiden in de volgende typen van uitleg.

B.a. Bescherming vennootschap tegen een potentieel vijandig overnamebod (drie vennootschappen). Een van deze vennootschappen acht het gepast dat de wettelijke regeling wordt gevolgd gelet ook op het feit dat de vennootschap geen beschermingsconstructies kent. Bij twee vennootschappen heeft het orgaan dat bevoegd is een bindende voordracht te doen (de raad van commissarissen respectievelijk de prioriteit) toegezegd alleen niet-bindende voordrachten te zullen doen, tenzij er sprake is van een potentieel vijandig overnamebod.

B.b. Eén vennootschap heeft in het verleden (2003) het structuurregime verlaten en destijds in de statuten voorzien in toekenning aan de raad van commissarissen van bindende voordrachtsrechten welke slechts kunnen worden doorbroken door de algemene vergadering met een gekwalificeerde meerderheid van tweederde van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Deze meerderheid is opgenomen met het oog op het percentage aandelen dat een stichting houdt.²¹ Destijds is afgesproken dat voordrachten voor benoeming van bestuurders normaliter bindend zijn, terwijl voordrachten voor de benoeming van commissarissen normaliter een niet-bindend karakter hebben.

²¹ Deze stichting kan, gelet op haar aandelenbezit, doorbreking door de algemene vergadering van bindende voordrachten verhinderen.

B.c. Aandeelhoudersabsenteïsme; de omstandigheid dat op de algemene vergadering doorgaans een laag percentage van het aandelenbezit is vertegenwoordigd is voor twee vennootschappen reden om vast te houden aan de wettelijke regeling op het punt van doorbreking van bindende voordrachten en in de statuten de percentages niet overeenkomstig bpb IV.1.1 naar beneden bij te stellen. Een derde vennootschap hanteert een soortgelijke redengeving, zij het dat deze vennootschap inmiddels haar statuten op dit punt in overeenstemming met bpb IV.1.1 heeft gebracht.

B.d. Bescherming stakeholders tegen plotselinge veranderingen in het bestuur (één vennootschap).

B.e. Continuïteit governance vennootschap (één vennootschap).

B.f. Waarborgen sterke positie raad van commissarissen (aan wie statutair bindend voordrachtsrecht is toegekend), gelet op de specifieke omstandigheden waarin de vennootschap zich bevindt, zonder dat deze nader worden gespecificeerd (twee vennootschappen).

B.g. Eigen belang vennootschap, zonder dat dit belang nader wordt gespecificeerd (één vennootschap).

Beoordeling (ondernemings)specifieke uitleg

De onder B.a. bedoelde vennootschappen motiveren het vasthouden aan de wettelijke regeling van art. 2:133 lid 2 BW met de hiervan uitgaande bescherming van de vennootschap bij een potentieel vijandig overnamebod. Is hier sprake van een gerechtvaardigde uitleg van afwijking van Bpb IV.1.1? De beoordeling hiervan hangt nauw samen met de politiek getinte discussie over de toelaatbaarheid van beschermingsconstructies. Vanuit zuiver juridisch perspectief is het lastig om een oordeel te vormen over de gerechtvaardigdheid van deze uitleg van afwijking van bpb IV.1.1. Wij onthouden ons daarom van een kwalificerend oordeel.

De vennootschap als bedoeld onder B.b. motiveert de afwijking van bpb IV.1.1 door erop te wijzen dat zij in 2003 het structuurregime (waarin de raad van commissarissen bevoegd is tot benoeming van bestuurders) heeft verlaten en in plaats daarvan heeft voorzien in het toekennen van bindende voordrachtsrechten aan de raad van commissarissen bij de bestuurdersbenoeming door de algemene vergadering. Het lijkt erop dat deze vennootschap de stevige positie van de raad van commissarissen bij benoeming van bestuurders zoveel mogelijk heeft willen waarborgen. Zij houdt voor de doorbreking van de bindende voordracht door de algemene vergadering vast aan de zwaardere vereisten van art. 2:133 lid 2 BW met het oog op het percentage aandelen dat één van haar aandeelhouders, de stichting, houdt. In feite fungeert de regeling dan als een beschermingsconstructie, omdat de stichting kan verhinderen dat de algemene vergadering tot doorbreking van een

door de raad van commissarissen gedane bindende voordracht overgaat. Gelet op het hiervoor bij B.a. opgemerkte onthouden wij ons daarom van een kwalificerend oordeel over de gerechtvaardigdheid van de uitleg.

De onder B.c. bedoelde vennootschappen die aan de wettelijke regeling van art. 2:133 lid 2 BW vasthouden gelet op het lage percentage stemrechten dat op de algemene vergadering wordt uitgebracht, vermelden hierbij niet hoe laag dit percentage bij de desbetreffende vennootschap is. Overigens neigen wij ertoe deze uitleg niet als een gerechtvaardigde uitleg van afwijking van bpb IV.1.1 te kwalificeren. Aangenomen mag immers worden dat ten tijde van de introductie van bpb IV.1.1 bij de opstellers van de code bekend was dat bij beursNV's de problematiek van aandeelhoudersabsenteïsme in meer of mindere mate kan spelen. Wij wijzen er in dit verband ook op dat de laatste jaren in zijn algemeenheid juist een positieve ontwikkeling is te bespeuren: er is een duidelijke stijging waar te nemen van het totale aantal stemrechten dat op de algemene vergadering van beursNV's wordt uitgebracht.²²

Het komt ons voor dat de (ondernemings)specifieke uitleg als hiervoor omschreven onder B.d. tot en met B.g. inhoudelijk te beperkt is c.q. nietszeggend is, om als gerechtvaardigde uitleg van afwijking van bpb IV.1.1 te kwalificeren.

²² Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 633. Vgl. ook Eumedion, Evaluatie AVA-seizoen 2011, p. 1: "Het concept van 'betrokken aandeelhouderschap' komt steeds beter uit de verf. Het aantal ter AVA uitgebrachte stemmen steeg bij de AEX-vennootschappen van rond 50% in 2010 naar bijna 60% in 2011."