

Notitie

SNS REAAL N.V.
Croeselaan 1
3521 BJ Utrecht

Prof Mr H.J de Kluiver
Advocaat
Datum 9 juli 2013
Onze ref. M17438198/1/20556071

Betreft: (On)mogelijkheden tot claw back van bonussen die aan bestuurders zijn betaald na de verkrijging van Property Finance

1 Inleiding

In dit memorandum komt aan de orde wat de juridische (on)mogelijkheden zijn voor het terugvorderen van bonussen die aan voormalige bestuurders zijn betaald na de verkrijging van Bouwfonds Property Finance B.V. ("**Property Finance**") door SNS REAAL N.V. ("**SR**"). De conclusie is dat naar de stand van het daarop toepasselijke recht een vordering tot terugbetaling van de over de jaren 2006 en 2007 betaalde bonussen zeer weinig kans maakt.

2 Feiten

Property Finance is door SR verkregen in december 2006. In verband met deze verkrijging als zodanig zijn geen bonussen betaald aan bestuurders. Wel zijn er over het jaar 2006 en 2007 bonussen uitgekeerd. Deze bonussen houden echter niet specifiek verband met de verkrijging van Property Finance. Er kan (dus) ook niet worden gesteld dat de bonus voor een bepaald deel is toe te rekenen aan de acquisitie van Property Finance. Het kader voor de bonusbetalingen was enerzijds vervat in de arbeidscontracten van de betrokken bestuurders en anderzijds in het bezoldigingsbeleid van de algemene vergadering en de raad van commissarissen.

De arbeidscontracten

Contractueel was in de arbeidscontracten met de bestuurders van SR vastgelegd dat de Raad van Commissarissen ("RvC") van SR jaarlijks aan de bestuurder(s) 'op basis van de resultaten van de vennootschap een tantième [zal] toekennen'.

Bezoldigingsbeleid

Met betrekking tot het jaar 2006, het jaar waarin SR naar de beurs ging en Property Finance werd gekocht van ABN AMRO, moet worden onderscheiden tussen een korte termijn bonus en een lange termijn bonus. De korte termijn bonus voor 2006 was bepaald op maximaal 50% van het vaste salaris van de leden van de raad van bestuur van SR (en de lange termijn bonus maximaal 40%) en 60% voor de voorzitter van de raad van bestuur (en zijn lange termijn bonus 50%). (Zie het remuneratierapport met betrekking tot 2006 alsmede het remuneratierapport met betrekking tot 2007). De korte termijn bonus is in geld uitgekeerd. De lange termijn bonus zou in aandelen worden toegekend, die echter wel gedurende een aantal jaren zouden worden geblokkeerd voordat deze mochten worden verkocht. Daarvoor was aanvullende goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Die is in mei 2007 verkregen (zie hierna).

Met betrekking tot de korte termijn bonus over 2006 heeft de RvC geconcludeerd dat 'de algehele prestaties over 2006 zodanig [waren] dat aan de leden van de RvB een bonus van 40% van het vaste salaris is toegekend' en aan de voorzitter van de RvB 50%. De bonus lag derhalve lager dan het maximum. In dat verband had de Remuneratie- en Selectiecommissie blijkens het verslag van de commissie van 5 maart 2007 overwogen dat niet alle (financiële) targets over 2006 waren gerealiseerd (zoals efficiency ratio van de bank, marktaandeel hypotheekbank, kostengroei bij de verzekeraar, marktaandeel leven periodiek). Tegelijkertijd werd vastgesteld dat 2006 een "bijzonder jaar" was geweest, "niet alleen vanwege de beursgang, maar ook de overname van het Property Finance van het Bouwfonds waren belangrijke stappen in de verdere realisatie van de strategie." Ook werd geconstateerd dat de individuele performance van de bestuursleden had bijgedragen aan "een 'at target' resultaat" van SR. De commissie was derhalve van mening dat per saldo een korte termijnbonus op 'at target' niveau gepast was (zoals gezegd lager dan de maximale bonus). Voor de voorzitter van het bestuur betekende dat 50% van het vaste salaris en voor de overige bestuursleden 40% van dat vaste salaris. De RvC heeft aldus besloten en dit per brief aan de bestuurders meegedeeld onder het uitspreken van de "grote erkentelijkheid voor de inzet en betrokkenheid bij de verdere ontwikkeling van SNS REAAL en hetgeen in het jaar 2006 is bereikt". De in totaal over 2006 aan alle bestuurders van SR gezamenlijk betaalde korte termijn bonus bedroeg 1.139.000 euro. Deze bedragen zijn in april 2007 uitbetaald. (Zie hiervoor het remuneratierapport 2007).

Aldus is ten opzichte van bestuurders niet specifiek een verband gelegd met de acquisitie van Property Finance en is de bonus niet specifiek toe te rekenen aan die acquisitie. Zelfs als er al sprake zou zijn van een juridische grond voor terugvordering van de aan bestuurders betaalde bonus – waarvan hierna zal

blijken dat die juridisch zeer weinig kans maakt – zal dan ook niet met de enkele verwijzing naar de acquisitie van Property Finance een vordering tot terugbetaling kunnen worden onderbouwd. Een breder betoog dat de acquisitie van Property Finance onlosmakelijk met de bonus over 2006 verbonden is en derhalve de gehele bonus zou kunnen worden teruggevorderd, kan evenmin in de vorenstaande motivering van de bonus, en wat aan bestuurders is meegedeeld, worden gelezen. Overigens volgt uit het voorgaande dat het beleid van het bestuur zoals in 2006 gevoerd, nog eens werd ondersteund door de RvC en dus door de vennootschap. Een betoog van de vennootschap gericht op terugvordering van de bonus over 2006 vanwege het beleid van het bestuur als zodanig is derhalve moeilijk voorstelbaar en maakt in ieder geval zeer weinig kans.

Met betrekking tot het *jaar 2007* is een vernieuwd bezoldigingsbeleid voorgesteld dat in de Algemene Vergadering van 9 mei 2007 met een zeer ruime meerderheid van meer dan 95% van de stemmen is goedgekeurd. In de vergadering is dat voorstel als volgt samengevat:

Vernieuwde bezoldigingsstructuur

- Totaal pakket
 - Benchmark tov "relevante omgeving"
 - Profiel rond Mediaanniveaus voor de onderdelen van het beloningspakket
- Vast bruto jaarsalaris (niveau 2006/2007)
 - Vz: € 575k / lid € 438k (allen gelijk)
- KTB (korte termijn bonus)
 - Vz 50% (max 75%) / lid 40% (max 60%)
 - Doelstellingen: financieel (50%) / strategisch (25%) / persoonlijk (25%)
- LTB-Plan (reeds behandeld)
- Pensioenregeling
 - Middelloon met pensioenrichtlijn lft 62 jaar; opbouw per jr 1,79%, eigen bijdrage naar 4,7%
- (overige) Benefits
 - Autoregeling en onkostenvergoeding marktconform

Zoals gezegd is de lange termijn bonus over 2006 pas na goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders in 2007 (welke goedkeuring met meer dan 95% van de stemmen plaatsvond) geëffectueerd. Deze lange termijn bonus bestond uit een eenmalige toekenning van aandelen "bij wijze van eerste storting in het aandelendepot en in het kader van de succesvolle beursgang in 2006". De aandelen zijn toen voorwaardelijk toegekend. Deze aandelen dienden gedurende een periode van vijf jaar te worden aangehouden. Zie voor

dit alles het remuneratierapport met betrekking tot 2007. Deze aandelen zijn dus in mei 2012 ter vrije beschikking gekomen van de bestuurders. Het ging in totaal –inclusief de zogenoemde share match – om ongeveer 80.000 aandelen. De beurskoers / verkoopwaarde van die aandelen was in mei 2012 EUR 1,44 en is nadien nooit hoger geweest dan dat bedrag.

Met betrekking tot het jaar 2007 is het beleid nader ingevuld in de zin dat een weging werd toegevoegd die meebracht dat de financiële prestaties 50% van de bonus zouden bepalen, de bijdrage aan realisatie van strategische doelstellingen 25% en individuele prestaties eveneens 25%. Zoals reeds vermeld is dat bezoldigingsbeleid (en de toekenning van aandelen aan het bestuur) met meer dan 95% van de stemmen goedgekeurd in de algemene vergadering van aandeelhouders van SR van 9 mei 2007. Op basis van de realisatie van de vermelde doelstellingen heeft de RvC de korte termijn bonus over 2007 vastgesteld op 55% van het vaste salaris van de bestuurders en 70% voor de voorzitter van het bestuur. De in 2007 aan alle bestuurders van SR gezamenlijk betaalde korte termijn bonus bedroeg in totaal (voor alle bestuurders gezamenlijk) EUR 1.168.000 (zie bijlage). Zoals reeds vermeld is bij deze toekenningen geen specifiek verband gelegd met Property Finance. De toegekende bonus kan derhalve ook niet specifiek aan de acquisitie van Property Finance worden toegerekend. De aandelen die in het kader van de lange termijn bonus met betrekking tot 2007 zijn toegekend, zouden in mei 2013 ter vrije beschikking komen van de bestuurders. Zover is het echter niet gekomen. Ook deze aandelen zijn op 1 februari 2013 onteigend en behoren nu toe aan de Staat der Nederlanden. Een uitzondering geldt hier voor de heer Van den Bos die in 2008 als bestuurder is afgetreden en het recht kreeg zijn eerder toegekende aandelen te verkopen.

Met betrekking tot het jaar 2008 en volgende jaren zijn *geen* bonussen meer toegekend en uitgekeerd. Alle toenmalige bestuurders van SR hebben in februari 2009 bovendien afstand gedaan van hun eventuele aanspraken over 2008 zowel waar het betrof bonussen, toekenning van aandelen of verhoging van het salaris. Ook in daarop volgende jaren zijn geen bonussen meer toegekend.

3 Juridisch raamwerk voor terugvordering van de bonussen

De aan bestuurders van SR uitgekeerde bonussen over de jaren 2006 en 2007 vinden hun juridische basis enerzijds in de arbeidsovereenkomst van de bestuurders met SR en anderzijds in besluiten van de RvC van SR. Zowel de arbeidsovereenkomsten als de besluiten van de RvC zijn in overeenstemming met de wettelijke bevoegdheidsregels tot stand gekomen. Een eventuele terugvordering van betaalde bonussen zal dus moeten vallen binnen wat enerzijds het (klassieke) privaatrecht en anderzijds het ondernemingsrecht

mogelijk maakt. Hierna zal blijken dat die mogelijkheden zeer beperkt zijn.

Daarbij zij uitdrukkelijk aangetekend dat de arbeidsovereenkomsten met de bestuurders van SR zoals die in 2006 en 2007 van kracht waren geen regels over clawback bevatten. Dat werd anders vanaf 2010 (zie hierna onder 7). Overigens wijs ik er voor de goede orde nogmaals op dat met betrekking tot het jaar 2008 en volgende geen bonussen meer zijn toegekend of uitgekeerd.

4 Mogelijke specifieke grondslagen voor terugvordering van over 2006 en 2007 betaalde bonussen ontleend aan het Nederlandse privaatrecht

Voor het terugvorderen van in het verleden toegekende en uitbetaalde bonussen zijn – in theorie – de volgende algemeen privaatrechtelijke grondslagen aan te voeren:

(a) voor zover bonussen zijn toegekend op basis van een formule die objectief vast te stellen (financiële) factoren hanteert kan een vordering gerechtvaardigd zijn als de bonus op basis van die objectieve factoren wordt herberekend na toekenning en uitbetaling en wordt vastgesteld dat de eerdere betaling onverschuldigd heeft plaatsgevonden;

(b) een beroep op art. 6:248 lid 2 BW dat in algemene zin er in voorziet dat een tussen partijen geldende contractuele bepaling niet van toepassing is "voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar *maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*" is;

(c) een beroep op art. 6:258 BW (wijziging door de rechter van de gevolgen van een overeenkomst wegens "*onvoorziene omstandigheden*");

(d) partiële ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens "*tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst*") op de voet van art. 7:686 BW (j^o 6:270 BW);

(e) beroep op wilsgebreken waardoor de verplichting van de vennootschap niet meer geldt (omdat sprake is van bijvoorbeeld dwaling of bedrog omdat de bestuurder misleidende informatie heeft verstrekt).

5 Bespreking van de hiervoor vermelde grondslagen

(a) Herberekening van een bonus op basis van een vastgelegde formule

Voor zover een toegekende en uitbetaalde bonus is gebaseerd op een "formule" met objectief vast te stellen factoren (zoals financiële gegevens), kan latere bijstelling van die (financiële) gegevens leiden tot aanpassing van de bonustoekenning. Wat dan ten opzichte van die herberekende bonus teveel is

uitbetaald, kan dan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd. Deze benadering is uiteraard alleen mogelijk als de financiële gegevens of stukken (bijvoorbeeld de jaarrekening) met terugwerkende kracht moeten worden bijgesteld. Aangezien van een dergelijke situatie geen sprake is, biedt deze benadering in het geval van SR geen grondslag voor het terugvorderen van uitbetaalde bonussen.

(b) Beroep op art. 6:248 lid 2 BW

Met een beroep op deze bepaling zou SNS REAAL kunnen trachten te betogen dat de toekenning en uitbetaling van bonussen over de boekjaren 2006 en 2007 alsnog naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht en derhalve de voormalige bestuurders daarop geen aanspraak hebben kunnen maken (en de betalingen als 'onverschuldigd' kunnen worden teruggevorderd). Uitgangspunt van de wet en rechtspraak is echter dat deze "beperkende" of "corrigerende" werking van de redelijkheid en billijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast. Het is niet voldoende dat een bepaalde verplichting in strijd kan worden geacht met de redelijkheid en billijkheid, maar dat moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid "onaanvaardbaar" zijn.¹ Mede gelet op het tijdsverloop (zie ook hierna) en het feit dat de omstandigheden die aan terugvordering ten grondslag zouden worden gelegd ofwel veel eerder bekend waren (in de zin dat de transactie minder gunstig was dan gehoopt) ofwel die omstandigheden samenhangen met algemene economische omstandigheden en de niet voorzienbare crisis van 2008, heeft een dergelijk betoog van SNS REAAL zeer weinig kans van slagen. Daar komt bij dat beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met name dan een werking zal kunnen hebben in gevallen dat een beroep van een partij op een contractueel beding 'gelet op haar eigen voorafgaande houding of gedraging' als in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden beschouwd. Men denke aan het achterhouden van gegevens en dergelijke. In dit geval is daarvan echter geen sprake.²

(c) Beroep op art. 6:258 BW

Deze bepaling biedt de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een overeenkomst te wijzigen. De schaarse jurisprudentie over toepassing van deze bepaling (en art. 6:248 BW) op de verschuldigdheid van ontslagvergoedingen en bonussen, biedt echter tot nu toe bijzonder weinig houvast voor het terugvorderen van uitbetaalde bonussen. De uitspraken die er

¹ Zie daarover het bij uitstek meest gezaghebbende handboek met betrekking tot het Nederlandse recht; Asser/Hartkamp&Sieburgh, 6-III, 2010 nr. 413 en nr. 421 e.v. en de daar vermelde rechtspraak (hierna "Asser").

² Vgl Asser t.a.p nr. 428

zijn³ gaan over de situatie dat de verschuldigdheid van de ontslagvergoeding en/of bonus vast staat, maar deze nog niet zijn uitbetaald. Voor die situatie maken deze uitspraken duidelijk dat de toets van artikel 6:258 BW met (grote) terughoudendheid wordt toegepast.

De uitspraak van het Hof Amsterdam betrof het geval waarin (oud) werknemers van ABN AMRO een beroep deden op de uitbetaling van contractueel vastgelegde (aanzienlijke) vergoedingen. Het Hof stelt twee algemene rechtsbeginselen voorop: (i) afspraken behoren te worden nagekomen (*'pacta sunt servanda'*) en (ii) indien een prestatie is verricht waar tegenover een tegenprestatie in het vooruitzicht is gesteld, moet deze tegenprestatie eveneens worden nagekomen (*'do ut des'*). Vervolgens heeft het Hof overwogen dat (onder meer) de kredietcrisis, de nationalisatie van ABN AMRO en maatschappelijke opvattingen (en commotie) over de beloning van het topmanagement, géén redenen zijn af te wijken van de gemaakte afspraken. De ontslagvergoeding en bonus moesten daarom alsnog worden uitbetaald.

Het feit dat het bij SR gaat over bonussen die jaren geleden zijn vastgesteld en daadwerkelijk zijn uitbetaald, maakt het alleen maar onwaarschijnlijker dat met succes een beroep kan worden gedaan op deze bepalingen. Het meest fundamentele verweer van betrokkenen zal naar verwachting zijn dat deze bepalingen slechts zijn bedoeld om een vordering tot nakoming af te weren en/of (in het geval van art. 6:258 BW) de overeenkomst voor de toekomst te wijzigen. Betrokkenen zullen zich in dat verband op het standpunt kunnen stellen dat de desbetreffende verbintenissen door de nakoming teniet zijn gegaan en dat reeds daarom toepassing van deze bepalingen niet meer aan de orde kan zijn. Een dergelijk fundamenteel verweer (volledig "uitgewerkte" overeenkomsten kunnen niet jaren later ongedaan kunnen worden gemaakt) heeft een grote kans van slagen. De kans dat een rechter bereid is tot een ander oordeel op basis van feiten en omstandigheden die zich pas jaren later hebben voorgedaan, is navenant klein.⁴ De omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De wetgever heeft in dat kader overwogen dat 'hieraan slechts bij hoge uitzondering zal zijn voldaan' en dat de rechter bij een beoordeling van een beroep op deze bepaling terughoudend moet zijn.⁵ Bovendien kan een wijziging niet aan de orde zijn (zie art. 6:258 lid 2 BW) als bepaalde omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich er op beroept. De

³ Zie onder meer Hof Amsterdam, 28 september 2010, RAR 2010/164 en Hof Den Haag, 3 mei 2011, RAR 2011/125

⁴ Zie nader Asser t.a.p. nr. 436 e.v.

⁵ Vgl. Asser t.a.p. nr. 444

conclusie is derhalve dat ook een beroep op deze bepaling zeer weinig kans van slagen heeft.

(d) Partiële ontbinding op basis van artikel 7:686 BW

Wij noemen deze mogelijkheid voor de volledigheid, maar deze achten wij eerlijk gezegd toch meer van theoretische aard omdat uit de rechtspraak blijkt dat de toets van art. 7:686 BW (wat is een "*tekortkoming in de nakoming*") vrijwel gelijk is aan de toets van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW.⁶ Nu in het kader van SNS REAAL niet is gebleken van gedragingen die zelfs maar in de buurt komen van een dringende reden achten wij dit geen reële optie. Het gebruik van partiële ontbinding als middel om met terugwerkende kracht tot "loonkorting" te komen, laten wij dan ook verder onbesproken.

(e) Beroep op wilsgebreken (dwaling, bedrog)

Gezien de feiten en omstandigheden van de situatie bij SNS REAAL en de omstandigheid dat de bonus al jaren geleden is uitbetaald valt niet in te zien dat, zonder dat blijkt dat bestuurders aan degenen die beslisten over de bonus (met name de RvC) onjuiste informatie hebben verschaft, nu nog succesvol een beroep op dwaling of bedrog kan worden gedaan. Wat betreft de juistheid van de informatie is niet betoogd en wordt ook niet betoogd dat de bestuurders onjuiste informatie zouden hebben verschaft. Er is daar ook geen enkele aanwijzing voor. Daarbij moet bedacht worden dat bij de verkrijging van Property Finance een groot aantal zeer professionele adviseurs van naam en faam was betrokken en de resultaten van hun (onafhankelijke) rapportages ook met de RvC en de auditcommittee van de RvC zijn gedeeld.

In het licht van het voorgaande is om te beginnen al onwaarschijnlijk dat kan worden voldaan aan het eerste vereiste voor dwaling, namelijk dat sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken. Bovendien zou die voorstelling dan zo moeten zijn dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten.⁷ Ten slotte moet dan ook nog gelden dat het *niet* gaat om een toekomstige omstandigheid of een omstandigheid die in verband met de aard van de overeenkomst en/of de verkeersopvattingen en/of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven (zie art. 6:228 lid 2 BW).⁸ Terecht wordt ook in de juridische literatuur benadrukt dat een transactie goede en kwade kansen kan hebben en dat als partijen zich daarvan bewust zijn en er geen groot verschil in deskundigheid bestaat, geen sprake zal zijn van dwaling die de overeenkomst aantastbaar maakt. Het is niet de bedoeling geweest van de wetgever om een beroep op dwaling mogelijk te

⁶ Zie bijvoorbeeld HR 20 april 1990, NJ 1990, 702

⁷ Vgl. Asser t.a.p. nr. 222

⁸ Vgl. Asser t.a.p. nr. 218

maken als bescherming tegen het risico van onvoorziene gebeurtenissen en kwade kansen.⁹ Wordt bijvoorbeeld een bepaalde winst van een geacquireerde onderneming verwacht, dan is het feit dat die verwachting niet wordt gerealiseerd geen grond voor een beroep op dwaling. Daar komt bij dat met name de crisis van 2008 een wezenlijk andere ontwikkeling van Property Finance heeft betekend. Dat is zonder twijfel een toekomstige omstandigheid als bedoeld in art. 6:228 lid 2 BW.¹⁰ Roept men daarbij in herinnering dat 2006 en 2007 financieel succesvolle jaren waren voor SR, en dat Property Finance zowel in 2006 als in 2007 bijdroeg aan de winst (in 2007 bedroeg de nettowinst van Property Finance EUR 86 miljoen), dan kan de conclusie moeilijk een andere zijn dan dat een beroep op dwaling (ook) zeer weinig kansrijk is. Pas in 2008 is de situatie, onder invloed van de crisis, wezenlijk gewijzigd. Op die grond kan echter niet worden gesteld dat sprake zou zijn geweest van een dwaling ten tijde van de acquisitie van Property Finance.

Het voorgaande geldt in gelijke mate als sprake zou zijn geweest van 'wederzijdse dwaling' dat wil zeggen van bij de verkrijging van Property Finance reeds bestaande, maar nog niet bekende feiten die, als zij wel bekend geweest zouden zijn, hadden geleid tot het niet aangaan van deze overeenkomst.¹¹ Van dergelijke wezenlijke toen reeds bestaande, maar onbekende, feiten – die wezenlijk anders waren dan verwachtingen en toekomstige ontwikkelingen – is echter niet gebleken. Ook hier is essentieel dat SNS REAAL de vernietiging van een besluit tot het toekennen van bonussen – al aangenomen dat art. 6:228 BW op een besluit kan worden toegepast (hetgeen niet vanzelfsprekend is) – in 2006 en 2007 niet kan baseren op een toekomstige omstandigheid, zoals de omstandigheid dat Property Finance na 2007 verlieslatend is geworden.¹²

Als de verliezen van Property Finance na 2007 al herleidbaar zouden zijn tot eigenschappen die ten tijde van de toekenning van de bonussen aanwezig waren, zoals bij wijze van voorbeeld een teveel aan leverage en governance of risico structuren van Property Finance, geldt dat deze elementen bij de verkrijging van Property Finance en op basis van een uitgebreid due diligence

⁹ Zie ook Asser t.a.p. nr. 236/237 e.v.

¹⁰ Zie weer Asser t.a.p. nr. 236

¹¹ Hoge Raad 28 februari 1930, *NJ* 1930/1258 m.n.t Meijers (*Engelvaart/Brusselsche Bank*) en Hof Den Bosch 13 juli 1971, te kennen uit Hoge Raad 23 juni 1972, *NJ* 1972/335 en van recenter datum kantonrechter Rotterdam 23 januari 2003, *Prg.* 2003/6011 m.nt. Abas.

¹² Asser nr. 236, zie ook Hoge Raad 10 juni 1932, *NJ* 1933/5 m.nt. Meijers (*Marktcafé*); zie voor vergelijkbare rechtspraak Hoge Raad 28 februari 1930, *NJ* 1930/1258 m.n.t Meijers (*Engelvaart/Brusselsche Bank*), Hoge Raad 10 februari 1956, *NJ* 1956/131 m.nt. Rutten, Hof Amsterdam 1 juni 2006, *WR* 2007/24 m.nt. Abas.

onderzoek bij SNS REAAL bekend waren.¹³ Op basis van de financiële verslaggeving van Property Finance kon SNS REAAL in 2006 en 2007 eenvoudig vaststellen, hoeveel vreemd vermogen Property Finance op de balans had staan. Ook met de governance en risico structuren bij Property Finance was SNS REAAL bekend (zie hierna).

Daarnaast geldt dat oordelen omtrent leverage, governance of risico structuren van Property Finance sterk zijn beïnvloed door latere ontwikkelingen. Wat betreft de risico's geldt dat in de due diligence rapporten opgesteld in het kader van de aankoop van Property Finance, de risico's van Property Finance en de beheersing daarvan grondig zijn geanalyseerd. De resultaten van deze bevindingen zijn vervolgens ook in de RvC besproken. Daarnaast wordt in de jaarverslaggeving van SNS REAAL van zowel 2006 als 2007 ook duidelijk gerefereerd aan de risico's van Property Finance¹⁴ en het omgaan daarmee.¹⁵ Meer in het algemeen geldt dat een veelheid van factoren in de jaren na 2007 de verliezen van Property Finance heeft veroorzaakt, waaronder vooral de financiële crisis die sinds 2008 woedt en de als gevolg daarvan zeer ernstige malaise op de (commerciële) vastgoedmarkt en de financiering daarvan.

Ten slotte geldt dat, zo al sprake zou kunnen zijn van wederzijdse dwaling, er onvoldoende grond is waarom deze dwaling juridisch voor rekening van de bestuurders zou komen en niet voor rekening van SNS REAAL. De vernietiging van een overeenkomst – als daarvan hier al sprake zou zijn – kan niet worden gebaseerd op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval, voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Er is onvoldoende grond gebleken om aan te nemen dat een eventuele (wederzijdse) dwaling in dit geval niet voor rekening van SNS REAAL behoort te blijven nu (i) geen sprake is van een onjuist meedelen van essentiële informatie door de bestuurders¹⁶, (ii) het toekennen van de bonussen aan de bestuurders een bevoegdheid was van de RvC van SNS REAAL, en dus geen verplichting, (iii) de RvC van SR was geïnformeerd over de uitkomsten van het due diligence onderzoek en (iv) de RvC zich bewust was van risico's van Property Finance en heeft ingestemd met de wijze waarop de risico's van Property Finance in de koopovereenkomst met ABN AMRO zijn geadresseerd. In het licht van het bovenstaande is de

¹³ Asser nr. 239 en 240, Groene Serie Privaatrecht commentaar bij art. 6:228 BW nr. 123.1, Hoge Raad 25 april 1947, *NJ* 1947/270 m.nt Meijers (Hertrouwkansen).

¹⁴ Jaarverslag SR over het boekjaar 2006, pp. 29, 32 en 62 en Jaarverslag SR over het boekjaar 2007, pp. 69 en 71.

¹⁵ Jaarverslag SR over het boekjaar 2006, pp. 62 en 68 en Jaarverslag SR over het boekjaar 2007, pp. 70 en 71.

¹⁶ Asser nr. 235, Groene Serie Privaatrecht commentaar bij art. 6:228 BW nr. 114, Hoge Raad 3 juni 1994, *NJ* 1997/287.

conclusie dat een vordering tot terugvordering van bonussen betaald in 2006 en 2007 ook op de grond van een (al of niet 'wederzijdse') dwaling, geen redelijke kans van slagen heeft.

6 Beroep op mogelijke gronden voor terugvordering van bonussen in het ondernemingsrecht

Vanuit een ondernemingsrechtelijk perspectief zouden de volgende eventuele grondslagen voor aantasting van bonussen mogelijk kunnen worden geacht:

(a) bonussen zijn toegekend door daartoe niet bevoegde organen en/of pasten niet in het beloningsbeleid;

(b) besluitvorming over de bonussen is nietig geweest of vernietigd.

Daarover kan het volgende worden opgemerkt:

(a) De op het moment van het toekennen van de bonussen geldende statuten en reglementen van SR laten er geen misverstand over bestaan dat de RvC van SR de bevoegdheid had de bezoldiging, inclusief een eventuele bonus, vast te stellen. De betaalde bonussen pasten ook in het bezoldigingsbeleid dat de algemene vergadering had vastgesteld (zie reeds paragraaf 2 van dit memorandum). Deze bonussen zijn ook verantwoord in de jaarrekening en op basis daarvan is aan de bestuurders decharge verleend (zie ook hierna).

(b) Wat betreft de besluitvorming zijn er geen aanwijzingen dat de besluiten waarbij een bonus is toegekend, nietig zouden zijn. In ieder geval kan worden vastgesteld dat geen van de aandeelhouders in de afgelopen jaren een vordering tot vernietiging van de bezoldigingsbesluiten heeft ingesteld. Artikel 2:15 BW biedt die mogelijkheid wel aan elke aandeelhouder die dan bijvoorbeeld kan proberen te betogen dat een besluit in strijd is met de redelijkheid of billijkheid. Zoals gezegd is dit nimmer gebeurd en is de termijn daarvoor (één jaar nadat het besluit bekend geworden is), zeker met betrekking tot de bonussen over 2006 en 2007, inmiddels vervallen. Eerder is het tegendeel het geval. Ook met betrekking tot de boekjaren na 2006 is steeds – met "overgrote meerderheid" en percentages boven de 95% – decharge aan de bestuurders en commissarissen verleend ook nadat, in de jaarrekening, de toegekende beloning openbaar was gemaakt en de problemen en tegenslagen bij Property Finance ruim bekend zijn geworden.

7 Er bestond tot 2010 geen contractuele of wettelijke regeling die voorzag in de terugvordering van bonussen

Voor 1 januari 2010 kende het beloningsbeleid van SR geen (expliciete) claw back clause. Per 1 januari 2010 is wel een dergelijke clause in de arbeidsovereenkomsten van de toenmalige leden van de Raad van Bestuur opgenomen. Sinds 1 januari 2011 is zo'n clause onderdeel van het Reglement Variabele Beloning voor de Raad van Bestuur geworden. Aanvankelijk was de werking van de claw back bij SR beperkt tot twee jaar na onvoorwaardelijke toekenning van de variabele beloning. Sinds 1 januari 2011 wordt (impliciet) aansluiting gezocht bij de wettelijke verjaringstermijn (vijf jaar) voor vorderingen uit hoofde van de verjaringsregels over onverschuldigde betaling (zie hierna). Deze clauses hebben geen terugwerkende kracht en daarop kan dus ook geen vordering met betrekking tot over 2006 en 2007 betaalde bonussen worden gebaseerd.

Op 20 september 2010 is een wetsvoorstel¹⁷ ingediend dat voorziet in een in het Burgerlijk Wetboek (en de Wet op het Financieel Toezicht) neer te leggen "bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers". Deze wettelijke regeling is momenteel (juli 2013) in behandeling bij de Eerste Kamer. Hoewel de minister enerzijds weliswaar heeft aangegeven dat hij meende dat onder het bestaande recht reeds "in uitzonderlijke gevallen" de betaling van een overeengekomen bonus zou kunnen worden aangepast of door een rechter zou kunnen worden gewijzigd¹⁸, stelde hij anderzijds vast "dat een nadere wettelijke regeling noodzakelijk is".¹⁹ Met betrekking tot de terugvordering van bonussen bepaalt dit wetsvoorstel dat na invoering daarvan de vennootschap bevoegd zal zijn "een bonus geheel of gedeeltelijk terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld". Nu dit wetsvoorstel nog niet is ingevoerd, is er derhalve geen wettelijke basis voor een claw back.

Nog afgezien echter van het feit dat deze wetgeving nog niet is ingevoerd, is bij de terugvordering van een bonus dus ook in de visie van de wetgever anno 2013, noodzakelijk dat sprake is van de bedoelde onjuiste informatie. Vooralnog is echter geen enkele aanwijzing dat op het moment van het verkrijgen van Property Finance onjuiste informatie over de stand van zaken is verschaft. Het gaat dan blijkens de toelichting op het wetsvoorstel om "de

¹⁷ TK 32 512

¹⁸ TK 32512 nr. 3 p. 5

¹⁹ TK 32512 nr. 3 p. 6

informatie op basis waarvan de bonus is uitgekeerd".²⁰ Nu er niets is gebleken dat er op wijst dat ten tijde van de toekenning van de bonussen en/of de acquisitie van Property Finance, door de toenmalige bestuurders onjuiste informatie zou zijn verschaft, en de bonussen zijn gebaseerd op algemene criteria, is niet goed in te zien hoe er sprake zou kunnen zijn van informatie die de basis voor de toen toegekende bonussen zou aantasten.

8 Verjaring

Zelfs als er al sprake van zou (kunnen) zijn dat op één van de hiervoor besproken gronden een vordering tot terugbetaling van bonussen zou zijn ontstaan, dan kan als uitgangspunt worden genomen dat een dergelijke vordering is verjaard. Dat geldt in ieder geval voor bonussen die zijn betaald over het boekjaar (2006) waarin Property Finance werd verkregen. Vorderingen op basis van zowel onverschuldigde betaling als onrechtmatige daad verjaren vijf jaar nadat de vennootschap bekend is geworden met het bestaan van de vordering (artikel 3:309 BW). De feiten die daaraan ten grondslag hebben gelegen (het gevoerde beleid in 2006, met inbegrip van de koop van Property Finance), waren immers reeds vanaf eind 2006 bekend en sindsdien zijn vijf jaar verstreken. Dat geldt ook als men uit zou willen gaan van het tijdstip van toekenning van de bonus (maart 2007) of vanaf het moment waarop de jaarrekening over het jaar 2006 beschikbaar kwam voor alle aandeelhouders. Voor deze verjaring kan niet het moment worden genomen waarop de verliezen op Property Finance bekend werden. Er moet immers worden uitgegaan van hetgeen partijen bekend was in 2006 en 2007. En op die basis (zie hiervoor) kan de overeenkomst tot betaling van een bonus niet worden aangetast. Met betrekking tot de crisis van 2008 en de gevolgen daarvan is hiervoor reeds toegelicht dat die geen grond kan vormen om de rechtshandeling aan te tasten. Aangezien dat niet kan leiden tot een vordering uit onverschuldigde betaling komt men met betrekking tot die omstandigheid aan verjaring niet toe. Met betrekking tot de verjaringstermijn geldt slechts een uitzondering als op het moment van verjaring een bestuurder jegens wie een vordering bestond nog als bestuurder van SR actief was. In dat geval wordt de verjaringstermijn verlengd met een periode van zes maanden na het aftreden van de bestuurder. Uiteraard is dat slechts relevant als er een grond zou zijn om de bonusbetaling aan te tasten. Aangezien hiervoor is geconcludeerd dat dergelijke gronden niet kunnen worden aangenomen, althans zeer weinig kans maken, is het feit dat een verjaringstermijn nog niet verlopen zou zijn, overigens op zichzelf uiteraard geen reden voor het instellen van een rechtsvordering.

²⁰ TK 32512 nr. 3 p. 25

9 Conclusie

Gelet op het bovenstaande concludeer ik op basis van de mij nu ter beschikking staande gegevens dat een vordering tot terugbetaling van de over de boekjaren 2006 en 2007 aan bestuurders van SNS REAAL betaalde bonussen, op de grond dat deze bestuurders het er toe hebben geleid dat Property Finance door SNS REAAL in 2006 is gekocht, naar de stand van het daarop toepasselijke recht zeer weinig kans maakt.

* * *