

Reactie Stichting Florijn

op

Consultatie Beloningsmaatregelen Financiële Sector



15 Augustus 2018

www.stichtingflorijn.nl

Consultatiereactie

U wordt uitgenodigd om op dit consultatiedocument te reageren en uw visie te geven op voormelde drie mogelijke wettelijke maatregelen met betrekking tot vaste beloningen. Meer in het bijzonder wordt u verzocht wat betreft deze drie maatregelen in te gaan op de hiernavolgende vragen.

Algemeen

1. Wat zijn volgens u de voor- en nadelen van de drie maatregelen?

Het grootste nadeel is dat wederom aanscherpingen in Nederlandse beloningswetgeving voor de financiële sector worden doorgevoerd. Nederland heeft op diverse terreinen al de strengste beloningswetgeving van Europa:

- 20% bonusplafond (in plaats van 100%/200%);
- Voor alle medewerkers (in plaats van specifieke *identified staff*);
- Het bonusplafond geldt voor (nagenoeg) de hele financiële sector (in plaats van alleen banken en bepaalde beleggingsondernemingen);
- Diverse andere nationale beloningsregels, zoals de eis dat minimaal 50% van de variabele beloning gebaseerd moet zijn op niet-financiële criteria; en
- Een groepsbreed (internationaal) toepassingsbereik van de beloningsregels, ook van de nationale beloningsregels.

Dit staat in schril contrast met recente initiatieven vanuit de EU, waar een moment van reflectie lijkt te zijn aangebroken, en disproportionele onderdelen van vlak na de financiële crisis ingevoerde beloningswetgeving juist worden teruggedraaid (zie bijvoorbeeld de versoepelingen opgenomen in het richtlijnvoorstel ter zake prudentieel toezicht op beleggingsondernemingen;

https://www.eerstekamer.nl/bijlage/20180112/com_2017_791_voorstel_voor_een_3/docu ment3/f=vkkyldh8ughd.pdf)

De timing van deze additionele beloningsmaatregelen is bovendien uitermate ongelukkig. In het kader van de Brexit overwegen vele buitenlandse financiële ondernemingen een vestiging in Nederland dan wel een uitbreiding van hun Nederlandse vestiging. Deze trend heeft zich vorig jaar ingezet en duurt nog wel even voort, mede gelet op het feit dat financiële spelers van (nu nog) geringe omvang (zoals FinTech ondernemingen) niet langer kunnen wachten en een keuze voor een vestigingsplaats in de EU zullen moeten maken.

Strengere beloningswetgeving speelt een grote rol bij de keuze van buitenlandse financiële ondernemingen (zie bijvoorbeeld de inbreng van het NFIA zoals weergegeven in de rapportage evaluatie Wbfo, p. 27/28). Dit geldt temeer waar het FinTech ondernemingen – zoals betaalinstanties/PSPs – betreft, op wie elders in Europa nauwelijks beloningswetgeving van toepassing is (en zeker geen bonusplafond). Van de aanscherpingen gaat bovendien het (verkeerde) signaal uit dat personen uit de financiële sector niet welkom zijn in Nederland. Let wel: het betreft hier veelal techbedrijven (actief in de financiële sector) die niets van doen hebben met de financiële crisis (toen vaak nog niet eens bestonden).

2. Hoe zijn de genoemde doelen volgens u het meest effectief en efficiënt te behalen?

Het enige doel dat in de inleiding van het consultatiedocument terug te vinden is, is dat het stellen van grenzen of voorwaarden aan beloning kan bijdragen aan het herstel van vertrouwen in de financiële sector. De andere doelstellingen van de Wbfo – kort gezegd: het waarborgen van stabiliteit en het beschermen van het klantbelang – komen niet terug in (de inleiding van) het consultatiedocument. Dit spreekt ook voor zich want deze andere doelstellingen worden geassocieerd met (de prikkels die uitgaan van) variabele beloning, terwijl de voorgestelde maatregelen met name zien op vaste beloning (dat dergelijke prikkels niet kent).

Er is geen rechtstreeks verband tussen het herstel van vertrouwen in de financiële sector en het aan banden leggen van vaste beloning. Er is ons inziens wel een direct verband tussen het gedaalde vertrouwen in de financiële sector en daadwerkelijke financiële benadeling van consumenten en belastingbetalers. Het verlenen van staatsteun aan systeemrelevante instellingen en de verkoop van klantvriendelijke financiële producten heeft logischerwijs een negatieve impact gehad op de reputatie van financiële ondernemingen. Voorbeeldgedrag van financiële ondernemingen op dit vlak draagt ons inziens bij aan het herstel van vertrouwen. De koppeling met vaste beloning ontgaat ons dan ook, zeker nu verantwoordelijken van destijds doorgaans geen beleidsbepalende functies meer vervullen in de financiële sector en de voorgestelde restricties ten aanzien van vaste beloning hen dus niet zullen raken.

Daarnaast zijn er inmiddels andere maatregelen getroffen die effectiever zijn in het bewerkstelligen van de noodzakelijke cultuurverandering, en daarmee het herstel van vertrouwen. Te denken valt aan aangescherpte vakbekwaamheidseisen en geschiktheid -en betrouwbaarheidstoetsingen, de invoering van de eed of gelofte en de introductie van het maatschappelijk statuut en het bankentuchtrecht. Deze maatregelen dwingen financiële professionals na te denken over het klantbelang en de negatieve gevolgen van risicozoekend gedrag. Met maatregelen gericht op vaste beloning kan dit effect ons inziens niet worden bereikt.

3. Welke reikwijdte van deze drie maatregelen acht u aangewezen? U wordt verzocht hierbij per maatregel onderscheid te maken naar:

a) soort onderneming: alleen banken (en verzekeraars) of ook andere financiële ondernemingen en zo ja, welke?; en

De in het verleden doorgevoerde beloningsmaatregelen (zoals de Wbfo) zijn ingevoerd naar aanleiding van de financiële crisis en ziet dus op de gedragingen van (zaken)banken en, in mindere mate, verzekeraars. Niettemin betreft de reikwijdte van deze maatregelen (nagenoeg) de hele financiële sector en is gekozen voor een "one size fits all"-benadering. Dit heeft als gevolg dat financiële ondernemingen die geen betrokkenheid hebben gehad bij de financiële crisis en een heel ander risicoprofiel hebben dan (zaken)banken, wel zeer ingrijpende en belastende beloningsregels moeten toepassen. Dit achten wij disproportioneel en willekeurig.

Ons advies zou dan ook zijn om de kring van financiële ondernemingen die wordt geraakt door de aanvullende beloningsmaatregelen zo klein en specifiek mogelijk te houden. Daarbij kan een voorbeeld genomen worden aan de beloningswetgeving die in Europees verband tot stand komt en die is afgestemd op de aard en het risicoprofiel van het betreffende type financiële onderneming. Daarbij geldt een glijdende schaal, waarbij voor (systeem)banken de meest ingrijpende beloningsregels gelden.

b) soort functie: alleen bestuurders c.q. dagelijks beleidsbepalers of ook andere functies en zo ja, welke, of alle medewerkers?

Ook hier geldt dat de kring van betrokken personen zo klein en specifiek mogelijk gehouden moet worden, om willekeur en disproportionaliteit te voorkomen. Wederom kan inspiratie worden opgedaan bij (de vormgeving van) Europese beloningswetgeving:

- Betreft het maatregelen die samenhangen met de stabiliteit van de onderneming dan zou primair moeten worden gekeken naar zogeheten *material risk takers* (en andere *identified staff*)
- Betreft het maatregelen die dienen ter waarborging van het klantbelang zou primair moeten worden gekeken naar klantmedewerkers.

In dit geval is de doelstelling die ten grondslag ligt aan de voorgestelde maatregelen het herstel van vertrouwen in de financiële sector. We hebben daar al het nodige over gezegd (zie het antwoord op vraag 2). Ofschoon het voorgestelde middel ons inziens past niet bij de (zeer generieke) doelstelling, zou de reikwijdte in ieder geval beperkt moeten blijven tot dagelijks beleid-bepalers (bestuurders) van systeeminstellingen. Dit zijn immers de personen die onder het vergrootglas van het publiek liggen en wiens (positieve) gedragingen mogelijk kunnen bijdragen aan het herstel van vertrouwen.

Uitbreiding claw back

4. Boven welk minimum of over welk percentage van de vaste beloning van bestuurders zou de wettelijke verplichting tot terugvordering zich volgens u moeten kunnen uitstrekken?

Zoals in het consultatiedocument ook wordt aangegeven, raakt de terugvorderingsplicht (clawback) aan het recht op eigendom zoals neergelegd in het 1^e protocol voor het EVRM (het **Eigendomsrecht**). Om in overeenstemming met dit Eigendomsrecht te handelen, kan naar onze mening niet worden volstaan met het vaststellen van een vast bedrag of vast percentage dat moet worden teruggevorderd bij staatssteun.

De financiële onderneming zal in staat moeten worden gesteld in een concreet geval maatwerk toe te passen. De toets is immers of de terugvordering van vaste beloning leidt tot een *excessive burden* voor de betreffende bestuurder. Hierbij kunnen ook privéomstandigheden een rol spelen. Bij een bestuurder met hoge woonlasten zal bijvoorbeeld eerder sprake zijn van een *excessive burden*, omdat terugvordering dan mogelijk leidt tot gedwongen veranderingen in de woon- en gezinssituatie van de betreffende bestuurder.

5. Hoe lang na uitbetaling van de vaste beloning zou deze vatbaar moeten kunnen zijn voor terugvordering?

Als geen specifieke wettelijke regeling wordt ingevoerd, wordt in principe teruggevallen op de algemene verjaringstermijn van 5 jaar. Dit is een erg lange periode.

Onduidelijk is of een financiële onderneming en een medewerker een kortere contractuele vervalttermijn ten aanzien van de mogelijkheid tot terugvordering mogen overeenkomen of dat, als partijen hier een beroep op doen, in strijd wordt gehandeld met financiële beloningswetgeving die terugvordering verplicht stelt.

Financiële ondernemingen zouden in staat moeten worden gesteld een dergelijke contractuele vervalttermijn overeen te komen met hun medewerkers, met inachtneming van een bepaalde minimumperiode (bijvoorbeeld 2 jaar).

6. Heeft u aanvullende aandachtspunten of opmerkingen bij deze maatregel?

Onverkorte toepassing van deze maatregel kan tot onrechtvaardige situaties en spanningen met het Eigendomsrecht leiden. We noemen de volgende (niet-limitatieve) gevallen:

- Er hoeft geen verwijtbaar handelen van het bestuur ten grondslag te liggen aan de noodzaak tot staatsteun. Te denken valt aan de snelle opkomst van disruptieve technologieën, rampsituaties of anderszins *black swan*-achtige gebeurtenissen. In dat geval is er geen gerechtvaardigd belang voor verplichte terugvordering van vaste beloning en is dit ook anderszins in strijd met het Eigendomsrecht (disproportioneel).
- Binnen het bestuur kan een taakverdeling zijn afgesproken. Indien de aanvraag van staatsteun samenhangt met een voorval dat buiten de portefeuille van een of meerdere bestuursleden valt, zouden deze bestuursleden zich moeten kunnen disculperen.
- Hoe wordt rekening gehouden met de situatie dat een bestuurswissel plaatsvindt bij een bank/verzekeraar die in slecht financieel weer terecht is gekomen? Als het nieuwe bestuur de onderneming uiteindelijk niet op de rit krijgt (en er moet dus alsnog staatssteun worden aangevraagd) zijn zij degenen die benadeeld worden door de nieuwe maatregel. Dit levert wederom spanningen op met het Eigendomsrecht en maakt het naar verwachting zeer lastig bestuurders te vinden die in een dergelijke situatie willen aantreden. Tegelijkertijd lijkt het erop dat het initiële bestuur door tijdig af te treden buiten schot kan blijven. Dit kan zorgen voor prudentiële risico's, en een onbestuurbare organisatie, doordat bestuurders eerder zullen aftreden bij (voortekenen van) slechte financiële resultaten.

Daarnaast voorzien we veel praktische problemen bij de toepassing van deze maatregel, te denken valt aan de toelaatbaarheid van terugbetalingsregelingen, fiscale issues (terugvordering van bruto - of nettobedrag), betalen rentevergoedingen door getroffen bestuurders etc. En hoe ver moet een financiële onderneming gaan in diens poging tot terugvordering als de bestuurder weigert terug te betalen, insolvent is of woonachtig in het (verre) buitenland?

Aanhouden aandelen e.a. in vaste beloning

7. Gedurende welke periode(s) zouden aandelen en andere bestanddelen van een vaste beloning waarvan de waarde afhankelijk is van de marktwaarde van de eigen onderneming volgens u aangehouden moeten worden om de prikkels te richten op het lange termijn belang?

Vooropgesteld: het uitbetalen van (een deel van) de beloning in aandelen (of phantom stock) wordt doorgaans gezien als *good practice* om de (langetermijn-) belangen van bestuurders/medewerkers en financiële onderneming te stroomlijnen. Niet zonder reden geldt dan ook een wettelijke verplichting de variabele beloning van *identified staff* van banken en bepaalde beleggingsondernemingen voor ten minste 50% uit te betalen in aandelen of *phantom stock* (dan wel bepaalde schuldinstrumenten).

Niettemin kan het aanhouden van een omvangrijk aandelenpakket leiden tot negatieve prikkelwerking bij bestuurders. Er kan een situatie ontstaan waarin de belangen van bestuurders en de (langetermijn-)belangen van de onderneming uiteen gaan lopen doordat de betreffende bestuurder zich mogelijk laat leiden door koerswinsten op de korte termijn. Deze problematiek doet zich feitelijk alleen voor bij beursgenoteerde ondernemingen met vrij

verhandelbare aandelen. Om deze problematiek het hoofd te bieden is in de Corporate Governance Code een *best practice* bepaling opgenomen dat bestuurders een beloning in aandelen (zowel vast als variabel) voor een periode van minimaal 5 jaar moeten aanhouden.

In theorie kan het zo zijn dat een bestuurder ook na afloop van de 5 jaar-periode zijn aandelen aanhoudt waardoor de situatie blijft bestaan dat een bestuurder over een omvangrijk aandelenpakket beschikt en zich op enig moment laat leiden door koerswinsten op de korte termijn. We hebben geen empirische data bekeken waaruit blijkt dat deze theoretische mogelijkheid zich in de praktijk ook daadwerkelijk voordoet. Indien dit nochtans als een probleem wordt gezien, kan aan de volgende oplossingen worden gedacht:

- De verplichting voor bestuurders om tussentijds een deel van hun aandelenpakket te verkopen c.q. de omvang van hun aandelenpakket te maximeren; of
- De verplichting voor bestuurders om hun aandelen aan te houden tot een bepaalde periode na aftreden (omdat na aftreden geen invloed meer kan worden uitgeoefend op de beurskoers).

8. Ziet u hierbij verschillen tussen de diverse financiële instrumenten?

We zouden eventuele nieuwe wetgeving willen beperken tot 'effecten' (in de zin van artikel 1:1 Wft), hetgeen in deze context betekent 'aandelen' en 'opties op aandelen'. Het lijkt ons vanwege de variëteit in contractuele afspraken te complex om *phantom stock* en *SARs* (*stock appreciation rights*) ook onder eventuele nieuwe wet- en regelgeving te scharen.

De fiscaliteit kent overigens ook dit onderscheid tussen enerzijds 'aandelen' en 'aandelenopties' en anderzijds contractuele (bonus)regelingen zoals *phantom stock* en *SARs*. De verloning van 'aandelen' en 'aandelenopties' gaat volgens aparte fiscale regimes, terwijl *phantom stock* en *SARs* hetzelfde worden behandeld als (andere) beloningen in geld.

9. Ziet u hierbij verschillen voor bestuurders en andere functies c.q. medewerkers?

We zien geen reden om een retentiemaatregel ook te laten gelden voor andere medewerkers dan bestuurders/dagelijks beleid-bepalers. Andere medewerkers zijn immers niet eindverantwoordelijk en kunnen realistisch gezien de beurskoers niet beïnvloeden. Daarnaast adviseren we een eventuele maatregel te beperken tot bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen. De in ons antwoord bij vraag 7 uiteengezette problematiek speelt niet tot nauwelijks bij niet-beursgenoteerde ondernemingen.

10. Heeft u aanvullende aandachtspunten of opmerkingen bij deze maatregel?

Zie ons antwoord bij vraag 7. Daarnaast speelt deze problematiek niet alleen bij beursgenoteerde financiële ondernemingen, maar ook bij andere beursvennootschappen. Het zou dan ook de voorkeur hebben eventuele aanvullende retentiemaatregelen via de Corporate Governance Code te introduceren.

Inbedding en verantwoording verhouding beloningen tot maatschappelijke functie onderneming

11. Op welke wijze kan volgens u geborgd worden dat het beloningsbeleid van financiële ondernemingen voorschrijft op welke wijze de beloningen van bestuurders en medewerkers zich verhouden tot de maatschappelijke functie van de onderneming?

In lijn met geldende beloningswetgeving (bijvoorbeeld de Regeling beheerst beloningsbeleid 2017) is – uitgaande van een two-tier systeem – de RvC eindverantwoordelijk voor het ontwerp van, en toezicht op, het beloningsbeleid van (bepaalde) financiële ondernemingen. Het betreft het beloningsbeleid voor de hele financiële onderneming en niet alleen met betrekking tot het bestuur. Daarnaast is de RvC in de praktijk doorgaans verantwoordelijk voor de (jaarlijkse) beloningstoekenningen aan individuele bestuursleden.

Tegelijkertijd heeft de RvC de wettelijke verplichting om bij de uitoefening van zijn beloningstaken oog te hebben voor het zogeheten vennootschappelijke belang. In dit vennootschappelijk belang zijn de belangen van relevante stakeholders (zoals bijvoorbeeld werknemers, crediteuren, depositohouders, de maatschappij/belastingbetaler etc.) verdisconteerd.

Als de gestelde vraag in bovenstaand juridisch kader wordt geplaatst, leidt dit tot de volgende conclusies:

- Bij de vaststelling van aanvullende beloningsmaatregelen ter borging van de maatschappelijke functie van financiële ondernemingen, zou geen afbreuk moeten worden gedaan aan de eindverantwoordelijkheid van de RvC voor het beloningsbeleid van de financiële onderneming.
- De maatschappelijke functie van een financiële onderneming ligt noodzakelijkerwijs in het verlengde van vennootschappelijk belang en vormt een concrete weging van de belangen van relevante stakeholders.
- Met inachtneming van de vorige twee conclusies, dient de RvC de maatschappelijke functie van de financiële onderneming te formuleren en deze functie te verankeren in het beloningsbeleid van de financiële onderneming.

De uitdaging zit er wat ons betreft met name in of en hoe de RvC erin slaagt de belangen van de relevante stakeholders in kaart te brengen en deze belangen met enige regelmaat opnieuw te toetsen. De stakeholderbelangen vormen immers het fundament voor het bepalen van de maatschappelijke functie. We kunnen ons voorstellen dat een maatregel bestaat uit het formuleren van handvatten waarmee de RvC in de praktijk aan de slag kan om, met het oog op zijn beloningstaken, de belangen van de diverse stakeholders in kaart te brengen (met inachtneming van het antwoord op vraag 14 hieronder).

NB. Het in kaart brengen en toetsen van de belangen van stakeholders vereist niet dat allerlei formele bevoegdheden aan deze stakeholders worden toegekend op het gebied van beloningsbeleid. Het is een taakstelling die voortvloeit uit de wettelijke verplichting van de RvC om het vennootschappelijk belang in acht te nemen bij de uitoefening van de beloningstaken.

Een mogelijk handvat zou kunnen zijn dat de RvC met het oog op de belangen van de werknemers te rade moet gaan bij de ondernemingsraad (los van de formele bevoegdheden van de ondernemingsraad in dit verband). En het consulteren van de Stichting van de Arbeid (STAR/StvdA) zou een goede graadmeter kunnen zijn voor het peilen van het (algemeen) maatschappelijk gevoel.

12. Op welke wijze kan volgens u adequate openbare verantwoording worden vormgegeven van de wijze waarop de beloningen van bestuurders en medewerkers zich verhouden tot de maatschappelijke functie van de onderneming?

In het jaarverslag zou uitgebreider kunnen worden weergegeven hoe de RvC tot een beloningsbesluit is gekomen met inachtneming van de maatschappelijke functie van de onderneming, welke relevante stakeholders hierover zijn geconsulteerd en wat de uitkomst is van de diverse consultaties.

13. Vindt u een rol van de toezichthouders De Nederlandsche Bank en/of de Autoriteit Financiële Markten hierbij wenselijk, en zo ja, hoe kan deze rol volgens u in de praktijk het beste worden vormgegeven?

Het betreft geen aangelegenheid die in het domein van de financiële toezichthouders valt c.q. zou moeten vallen. De financiële toezichthouders zouden zich niet met de (vormgeving van de) maatschappelijke functie – en daarmee de inkleuring van het vennootschappelijk belang – van private financiële ondernemingen bezig moeten houden. Dit opent de deur voor aansprakelijkheden en staat wat ons betreft te ver af van de prudentiële en gedragstoezichtelijke taakstelling van de financiële toezichthouders. Het hebben van een maatschappelijke functie is bovendien niet uniek voor de financiële sector, dus ook in die zin is hier geen specifieke taak weggelegd voor de financiële toezichthouders.

14. Heeft u aanvullende aandachtspunten of opmerkingen bij deze maatregel?

Voor ogen moet worden gehouden dat een sterke differentiatie bestaat binnen de financiële sector. De maatschappelijk functie van een (kleine) financiële dienstverlener (zoals een pensioenadviseur) is niet te vergelijken met die van een systeembank. Ook zijn per type financiële onderneming verschillen in aantal en soort relevante stakeholders. In dit verband is bijvoorbeeld relevant of een financiële onderneming klanten heeft of voor eigen rekening handelt, bij zwaar financieel weer met staatsteun overeind gehouden moet worden of niet enz.

Gelet op het voorgaande, zou wat ons betreft ruimte moeten worden gelaten aan sectorale belangengroeperingen (zoals de NVB, het Verbond van Verzekeraars, DUFAS, Adfiz, OvFD etc.) om sectorspecifieke handvatten te ontwikkelen hoe financiële ondernemingen in hun (deel)sectoren de belangen van relevante stakeholders in kaart kunnen brengen. Voor de kleinste financiële ondernemingen (met een zeer geringe maatschappelijke functie) zou een vrijstelling moeten gelden de maatschappelijke functie bij het beloningsbeleid te betrekken.
