

30 augustus 2018

Maatschappelijke consultatie beloningsmaatregelen financiële sector

Geachte heer/mevrouw,

Hierbij maken wij graag gebruik van de mogelijkheid om namens Linklaters LLP een reactie te sturen inzake bovengenoemde consultatie. Hieronder treft u onze visie op de drie voorgestelde wettelijke maatregelen om tot een verdere aanscherping te komen van de beloningsregels zoals deze thans gelden op grond van de Wet op het financieel toezicht ("Wft"). Wij vragen ons af of de voorgestelde verdere aanscherping van de beloningsregels in de Wft in het licht van de reeds bestaande regelgeving op het gebied van beloningen en de internationale ontwikkelingen op dit vlak gerechtvaardigd en – op dit moment – wenselijk is. Wij lichten ons standpunt hierna graag nader toe.

1. *Introductie van een wettelijke verplichting tot claw-back van vaste beloning van bestuurders als er staatsteun aan een bank of verzekeraar wordt gegeven.*

De Wft kent thans reeds een vergaand verbod op variabele beloning bij staatssteun (afdeling 1.7.8) en een verbod op ontslagvergoedingen bij falen van de onderneming (artikel 1:125 Wft). In de Rapportage Evaluatie Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen die in juli 2018 naar de Tweede Kamer is gestuurd (de "**Rapportage**"), is opgemerkt dat deze regels naar behoren werken en DNB en AFM geen reden hebben gezien om over te gaan tot het treffen van maatregelen ten aanzien van staatsgesteunde ondernemingen (pagina 57). In de brief aan de Tweede Kamer over deze Rapportage concludeerde de Minister van Financiën verder dat er nog onvoldoende tijd is verstreken sinds de inwerkingtreding van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen ("**Wbfo**") begin 2015 om afdoende conclusies te trekken over de Wbfo als geheel en wordt er daarom een nieuwe evaluatie over vijf jaar aangekondigd. Dit roept de vraag op waarom er (nu al) behoefte zou zijn om de beloningsregels bij staatssteun nog verder te verscherpen.

Daar komt bij dat er in de Rapportage op wordt gewezen dat de invloed van de Wbfo op het vestigingsklimaat in Nederland nog onvoldoende duidelijk is. Zeker is dat als gevolg van de Wbfo er niet langer sprake is van een 'level playing field' voor de Nederlandse financiële sector binnen Europa. Zeker is ook dat een verdere verscherping van de beloningsregels het vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van Nederlandse financiële ondernemingen enkel (verder) kan verslechteren.

Een overhaaste wijziging van de beloningsregels lijkt verder haaks te staan op de recent in de Tweede Kamer gevoerde discussies omtrent de beloningsregels voor beleggingsondernemingen in Nederland die uitsluitend voor eigen rekening handelen met eigen middelen en geen externe cliënten hebben (de handelaren voor eigen rekening, *Kamerstukken II 2017/18*, 32 545, 83). In die discussies werd nu juist een door de Minister aangekondigde voorgenomen wetswijziging ten aanzien van de beloningsregels bevroren, in afwachting van Europese besluitvorming omtrent nieuwe regelgeving op dit vlak. Onduidelijk is waarom hier wel op de ontwikkelingen in Brussel wordt gewacht, terwijl dit voor de regels omtrent beloning bij

De informatie in dit bericht is vertrouwelijk van aard en kan onder een geheimhoudingsplicht vallen of anderszins beschermd zijn.

Linklaters LLP is een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid (limited liability partnership) naar het recht van Engeland en Wales en is aldaar ingeschreven onder nummer OC326345. Linklaters LLP is een advocatenkantoor erkend en gereguleerd de Solicitors Regulation Authority. De term "partner" dient in verband met Linklaters LLP te worden gelezen als een vennoot van Linklaters LLP dan wel een medewerker of consultant van Linklaters LLP of een met haar verbonden onderneming of rechtspersoon van soortgelijke aard en hoedanigheid. Een lijst met de namen van vennoten van Linklaters LLP ligt samen met een lijst met de namen en kwalificaties van de niet-vennoten die in dit kader als partner dienen te worden beschouwd, ter inzage op het kantoor van Linklaters LLP te One Silk Street, Londen EC2Y 8HQ, Engeland. Bedoelde personen zijn hetzij solicitors hetzij toegelaten buitenlandse advocaten of EU-advocaten. Linklaters LLP is tevens ingeschreven in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 34367130.

Belangrijke informatie betreffende ons juridisch statuut en toegepaste reglementering vindt U op www.linklaters.com/regulation.

staatssteun niet noodzakelijk zou zijn. Het is raadzaam om eerst af te wachten wat de inhoud van de beloningsregels zal zijn van CRD V en CRR II, in plaats van nationaal voor de troepen uit te lopen.

Voor zover het gewenst zou worden geacht dat bestuurders verdere gevolgen ondervinden van staatssteun dan het verlies van hun variabele beloning, evenals doorgaans hun baan (zonder ontslagvergoeding), geldt dat het Nederlandse recht daarnaast nog de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid kent en er door de toezichthouder een bestuursverbod kan worden opgelegd. Onduidelijk is waarom al deze bestaande middelen niet een afdoende waarborg vormen voor het met de voorgestelde maatregel beoogde doel om bestuurders (meer) persoonlijk verantwoordelijk houden.

Tot slot, maar zeker niet op de laatste plaats, wordt in het consultatiedocument al erkend dat de maatregel raakt aan het recht op eigendom zoals neergelegd in het 1^e protocol van het EVRM. Gezien alle reeds bestaande maatregelen om bestuurders verantwoordelijk te houden bij staatssteun, is niet goed denkbaar hoe een uitbreiding van claw-back tot vaste beloning proportioneel zou kunnen zijn en gerechtvaardigd kan worden.

Mocht de regering ondanks het voorgaande toch willen overgaan tot het implementeren van een maatregel, dan lijkt het prudent om in plaats van het terugvorderen van vaste beloning, meer variabele beloning onder artikel 1:128 Wft te brengen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door voor systeemrelevante banken en grote verzekeraars de deferral periode voor variabele beloning van identified staff in de Regeling beheerst beloningsbeleid 2017 te verlengen (waarmee variabele beloning over meer jaren dan thans het geval is onder het bonusverbod bij staatssteun zou worden gebracht en op een waarde van EUR 0 zou worden gesteld).

Mocht de regering willen vasthouden aan een verplichte claw-back van vaste beloning – hetgeen wij ontraden – dan menen wij dat voor het terugvorderen van de vaste beloning in ieder geval geen lichtere toets mag gelden dan voor het terugvorderen van variabele beloning op grond van artikel 1:127 Wft, dat een dergelijke verplichting zou moeten worden beperkt tot gevallen waarin een bestuurder persoonlijk verantwoordelijk was voor gedragingen die hebben geleid tot de staatssteun, en enkel van toepassing zou moeten zijn bij de zwaarste vorm van staatssteun (nationalisatie).

2. *Introductie van een wettelijke verplichting dat bestanddelen van een vaste beloning waarvan de waarde afhankelijk is van de marktwaarde van de eigen onderneming gedurende een aantal jaren aan worden gehouden.*

Voor deze voorgestelde maatregel gelden grotendeels dezelfde bezwaren als voor de eerste maatregel.

Specifiek voor deze maatregel komt daarbij dat een dergelijke verplichting alleen zinvol is voor beursgenoteerde ondernemingen, waar bestuurders en werknemers in staat zijn om hun aandelen te verkopen op de beurs. De Nederlandse Corporate Governance Code 2016 kent al een retentieperiode voor bestuurders van 5 jaar na toekenning van aandelen (Principe 3.1.2 vi), ongeacht of deze aandelen variabel of vast zijn toegekend.

Daarnaast heeft zojuist een consultatie plaatsgevonden over de Herziene Aandeelhoudersrichtlijn (implementatie van richtlijn 2017/828/EU). Het voorontwerp van wet bevat diverse wijzigingen van artikel 2:135 BW en een nieuw artikel 2:135a BW. Op grond hiervan zullen NV's gedwongen worden een grotere mate van transparantie te betrachten omtrent hun variabele beloning, waaronder over wachtperiodes voordat aandelen worden verkregen en periodes waarin verkregen aandelen nog niet mogen worden verkocht. Ook hier maakt het niet uit of aandelen variabel of vast zijn toegekend.

Onduidelijk is waarom de Corporate Governance Code niet afdoende zou zijn en de implementatie van de Herziene Aandeelhoudersrichtlijn en evaluatie van de feitelijke gevolgen daarvan na implementatie, niet kunnen worden afgewacht.

Mocht de regering ondanks het voorgaande toch willen overgaan tot het implementeren van deze maatregel, dan lijkt het prudent om over te gaan tot een wijziging van de Regeling beheerst beloningsbeleid 2017, die reeds retentievereisten kent voor variabele beloning die in instrumenten wordt toegekend (welke

van overeenkomstige toepassing zouden kunnen worden verklaard). De reikwijdte zou dan ook beperkt moeten zijn tot dagelijks beleidsbepalers of anderszins geïdentificeerd personeel.

3. *Introductie van een wettelijke verplichting dat het beloningsbeleid van financiële ondernemingen voorschrijft op welke wijze de beloning zich verhoudt tot de maatschappelijke functie van de onderneming.*

Ook bij deze maatregel geldt dat de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 en de Herziened Aandeelhoudersrichtlijn al een hoeveelheid aan transparantieplichtingen bevatten. Ook middels de Wbfo zijn verdere publicatie- en informatieplichtingen geïntroduceerd (artikel 1:120 Wft), waarvoor geldt dat volgens de Rapportage er geen aanwijzingen zijn dat deze niet werken. Verder is nog maar net door de Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen waarmee de rechten van de ondernemingsraad worden versterkt op het gebied van beloningen (wetsvoorstel 34 494). Door middel van een verplichting tot het voeren van een gesprek met de ondernemingsraad over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen wordt bevorderd dat de bestuurder actief verantwoording aflegt over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen.

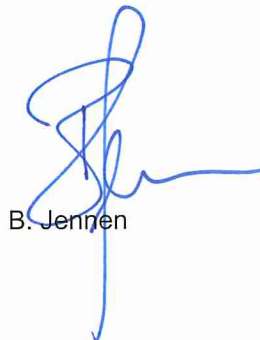
Onduidelijk is waarom al deze verplichtingen niet voldoende zouden zijn, te meer nu de maatschappelijke functie van banken en verzekeraars nog eens uitdrukkelijk wordt erkend in de Code Banken en de Gedragscode Verzekeraars.

Wij achten de maatregel van beperkte toegevoegde waarde en enkel een toename van de regel- en lastendruk ten aanzien van transparantie- en publicatieplichtingen. Mocht de regering ondanks het voorgaande toch willen overgaan tot het implementeren van deze maatregel, dan lijkt het prudent om de verhouding van beloning tot de maatschappelijke functie enkel te laten terugkeren als onderdeel van de verslaggeving in het bestuursverslag (vergelijk artikel 1:120 Wft).

Met vriendelijke groet,



V. Gerlach



B. Jennen