

Memorandum

AAN Ministerie van Financiën DATUM 30 augustus 2018

VAN Clifford Chance LLP Amsterdam DOORKIESNUMMER +31 20711 9332

Floris van de Bult/Sara Schermerhorn

Reactie Clifford Chance op maatschappelijke consultatie beloningsmaatregelen financiële sector

In deze reactie op het consultatiedocument, hebben wij gekozen voor een holistische benadering waarin de veertien vragen uit het consultatiedocument niet ieder afzonderlijk worden behandeld. Deze reactie geeft een algemene visie op de drie hoofdonderwerpen van het consultatiedocument, te weten:

1. de introductie van een claw back op vaste beloning;
2. de introductie van een verplichte retentieperiode voor aandelen die zijn toegekend als onderdeel van de vaste beloning; en
3. de introductie van een wettelijke verplichting inhoudende dat het beloningsbeleid van een financiële onderneming beschrijft op welke wijze de beloning van bestuurders en medewerkers zich verhouden tot de maatschappelijke functie van de onderneming.

Reactie op het consultatiedocument

- **Uitbreiding claw back**

Wij zijn niet overtuigd van het nut en de noodzaak van deze maatregel.

In het kader van het voorstel met betrekking tot uitbreiding van de claw back gaat het om de verplichting tot terugvordering van een deel van de vaste beloning van bestuurders als er staatsteun aan een bank (of verzekeraar) wordt gegeven. Blijkens de introductie bij het consultatiedocument, is de invoering van een claw back op de vaste beloning bedoeld om bestuurders meer persoonlijk verantwoordelijk te houden als de belastingbetaler (mede)

109848-3-17485-v1.0

NL-5030-EMP

CLIFFORD CHANCE LLP IS EEN LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP GEREGISTREERD IN ENGELAND & WALES ONDER NUMMER OC323571. REGISTERED OFFICE EN HOOFDVESTIGING ZIJN 10 UPPER BANK STREET, LONDEN E14 5JJ, ENGELAND. HET WOORD "PARTNER" WORDT GEBRUIKT OM EEN "MEMBER" VAN CLIFFORD CHANCE LLP OF EEN WERKNEMER OF CONSULTANT MET OVEREENKOMSTIGE POSITIE EN STATUS AAN TE DUIDEN. CLIFFORD CHANCE LLP IS IN NEDERLAND INGESCHREVEN IN HET HANDELSREGISTER VAN DE KAMER VAN KOOPHANDEL ONDER NUMMER 34360401.

DE (NOTARIËLE) DERDENGELDENREKENINGEN ZIJN VERMELD OP WWW.CLIFFORDCHANCE.COM/NLREGULATORY

opdraait voor verliezen van falende banken (of verzekeraars). Wij merken op dat reeds sinds 2012 verregaande maatregelen gelden ten aanzien van de beloning van bestuurders van financiële ondernemingen die staatsteun genieten: er geldt dan een bonusverbod en, bovendien, hoewel minder bekend, een bevrozing van het vaste salaris gedurende de periode dat de onderneming staatssteun geniet.¹ Daarnaast geldt bovendien dat de onderneming die staatssteun krijgt, verplicht is om de beloningen binnen haar onderneming zodanig te herstructureren dat deze in overeenstemming zijn met een degelijk risicobeheer en de lange termijn ontwikkeling, onder meer door, waar van toepassing, de beloning van de leden van het leidinggevend orgaan van de instelling te begrenzen.²

Wij menen dat de in het consultatiedocument beschreven claw back op vaste beloning geen aanvullende (naast voornoemde bestaande maatregelen) bijdrage zal leveren aan het beoogde doel: het 'persoonlijk verantwoordelijk houden' van bestuurders. De koppeling aan alleen de situatie waarin staatsteun wordt verleend bevreemdt. Niet dat nieuw overheidsingrijpen op enig moment ondenkbaar is, maar het is van belang te benadrukken dat de situatie vandaag de dag, met alle maatregelen om herhaling van overheidsingrijpen te voorkomen (te denken valt aan verhoging van kapitaalbuffers en het zogenaamde 'bail in' principe), wezenlijk anders is dan ten tijde van de crisis. Echter, de rechtvaardiging voor de mogelijke aanscherping van de beloningsregels wordt in het consultatiedocument gevonden in de constatering dat het evident is dat ondanks de serieuze stappen die gezet zijn om bij te dragen aan het herstel van vertrouwen in de sector, er nog veel moet gebeuren. Daarvoor wordt verwezen naar de recente maatschappelijke en politieke ophef naar aanleiding van het voorstel van de raad van commissarissen van ING tot verhoging van de vaste beloning van de bestuursvoorzitter van ING. ING heeft de in 2008 verleende staatssteun echter per 2014 volledig terugbetaald, zodat op dit moment van staatssteun niet langer sprake is. De voorgestelde maatregel had wat dat betreft de recente maatschappelijke en politieke ophef niet kunnen voorkomen en daarmee, naar onze mening, niet nader bij kunnen dragen aan het herstel van vertrouwen in de sector.

De maatschappelijke (en politieke) verontwaardiging richt zich op de hoogte van de salariering aan de top van financiële ondernemingen, waar, naar het oordeel van velen, bescheidenheid zou passen. Het gevoel is dat de begrenzing van de variabele beloning met het bonusplafond (om perverse prikkels tegen te gaan), gecompenseerd wordt met een hogere vaste beloning,³

¹ Artikel 1:112 Wft, inmiddels vernummerd naar artikel 1:128 Wft.

² Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2017, Bijlage, onderdeel A, art. 7 sub b. Zie ook artikel 93(b) richtlijn kapitaalvereisten.

³ Deels in lijn met het bepaalde in art. 10 Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2017, Bijlage, onderdeel A: *De vaste en variabele componenten van de totale beloning zijn evenwichtig verdeeld en het aandeel van de vaste component in het totale beloningspakket is groot genoeg voor het voeren van een volledig flexibel beleid*

en daarvoor geen regels gelden. Dat is natuurlijk niet zo. De vaste beloning vormt onderdeel van het beloningsbeleid. Dat beloningsbeleid wordt gereguleerd: door de wet, maar ook door de Corporate Governance Code en de Code Banken.

Europese voorschriften ten aanzien van de vaste beloning bepalen bijvoorbeeld dat de vaste beloning een weerspiegeling dient te zijn van de relevante werkervaring en organisatorische verantwoordelijkheid. De Code Banken bepaalt o.a. dat het beloningsbeleid wordt gekenmerkt door evenwichtige verhoudingen, zowel intern als extern, waarbij de verwachtingen van de verschillende stakeholders en het maatschappelijk draagvlak in ogenschouw worden genomen. Daarnaast geldt op grond van de Code Banken dat het totale inkomen van een lid van de raad van bestuur van een bank ten tijde van de vaststelling beneden de mediaan van vergelijkbare functies binnen en buiten de financiële sector ligt, waarbij de relevante internationale context wordt meegewogen.

Met inachtneming van relevante voorschriften, wordt het beloningsbeleid vastgesteld door de AVA, waarbij de ondernemingsraad van een naamloze vennootschap een spreekrecht heeft in het kader van de vaststelling van het beloningsbeleid door de AVA. De nieuwe Europese Aandeelhoudersrichtlijn bevat daarbij verdere aanscherpingen voor wat betreft de inhoud van het beloningsbeleid.⁴ Doorgaans stelt de RvC de individuele beloning vast binnen de kaders van het door de AVA vastgestelde beloningsbeleid. Het beloningsbeleid en de individuele beloning komen derhalve niet zonder slag of stoot tot stand.

De pijnpunten die uit de maatschappelijke discussie van eerder dit jaar naar voren komen, te weten de hoogte van de salariering zoals hierboven genoemd, de beloningsverhoudingen binnen de onderneming en de bijzondere positie van een bank/financiële onderneming in de Nederlandse samenleving worden naar onze mening met de uitbreiding van de claw back, zoals voorgesteld, niet geadresseerd. Het achteraf bijsturen, mocht het tot staatsteun komen, zal als druppel op een gloeiende plaat gelden als het überhaupt tot terugvordering komt. Het terugvorderen van een gedeelte van de vaste beloning zal, gezien de inbreuk op het eigendomsrecht niet zonder meer slagen.

- **Aanhouden aandelen e.a. in vaste beloning**

inzake de variabele beloningscomponenten, inclusief de mogelijkheid om geen variabele beloningscomponent uit te betalen. Zie ook artikel 94 (1f) richtlijn kapitaalvereisten.

⁴ Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft. De wijzigingsrichtlijn voorziet o.a. in meer mogelijkheden voor de aandeelhouders om het beloningsbeleid te overzien.

Conform het bepaalde in de Corporate Governance Code (3.1.2. vi) dient bij het opstellen van het beloningsbeleid, indien aandelen worden toegekend, aandacht te worden besteed aan de voorwaarden waaronder dit gebeurt. Tevens is bepaald dat aandelen ten minste voor een periode van vijf jaar na toekenning dienen te worden aangehouden. Best practice bepaling 3.1.2. vi maakt geen onderscheid tussen aandelen die worden toegekend als onderdeel van de variabele beloning of als onderdeel van de vaste beloning. Het huidige regelgevende kader voorziet ten aanzien van bestuurders daarmee al in het voorschrift dat nu in het consultatiedocument is opgenomen. Het doel van de maatregel wordt in het consultatiedocument omschreven als het meer in lijn brengen van de belangen van de bestuurder en medewerkers met het lange termijn belang van de onderneming. In zijn algemeenheid zal het toekennen van aandelen aan personeel precies daartoe dienen, namelijk om de belangen van de verschillende stakeholders van de onderneming (personeel, aandeelhouders) met elkaar in overeenstemming te brengen.

Het voorstel van de raad van commissarissen van ING tot verhoging van de vaste beloning van de bestuursvoorzitter van ING voorzag in toekenning van vaste aandelen met een waarde gelijk aan 50% van het basissalaris. Het ging om de introductie van zogenaamde 'fixed shares' met een vijfjaars retentieperiode en een minimum aandelenbelang. Van Lanschot Kempen kent aan het bestuur aandelen toe als onderdeel van de vaste beloning (de variabele beloning is voor het bestuur in 2015 volledig afgeschaft). Deze aandelen worden jaarlijks ineens toegekend met een lock-up periode van drie jaar, waarbij de leden van de raad van bestuur het equivalent van het contante deel van twee bruto jaarsalarissen in aandelen Van Lanschot Kempen aan dienen te houden zolang zij lid zijn van de raad van bestuur. *"Deze verplichting in het kader van deze Share Ownership Guidelines wordt in de komende jaren geleidelijk opgebouwd via de toekenning van de vaste beloning in aandelen Van Lanschot Kempen. Deze richtlijnen dragen bij aan de langetermijnwaardecreatie van Van Lanschot Kempen."*⁵

Tegen de achtergrond van het bepaalde in de Corporate Governance Code en de praktijk zoals hierboven geschetst, menen wij dat een wettelijke verplichting om aandelen in de eigen onderneming gedurende een nog te specificeren aantal jaren aan te houden, in ieder geval voor bestuurders niet nodig is. Wij achten deze verdere aanscherping bovenal onwenselijk omdat 1) wordt ingegrepen in de vaste beloning; 2) Nederland (wederom) verder gaat dan de Europese regelgeving en wij in de praktijk ervaren dat bij de afwegingen van banken, beleggingsondernemingen, Fintechs om in het kader van Brexit hun zetel te verplaatsen, de strenge beloningsmaatregelen in Nederland een belangrijke rol ten nadele van Nederland als vestigingsplaats spelen; en 3) de ervaring leert dat dergelijke retentietermijnen vanwege het recht van de individuele werknemer op 'toegang tot het vaste salaris' in landen als België, Duitsland en Frankrijk juridisch aanvechtbaar zijn, hetgeen bij het breder uitrollen van

⁵ <https://www.vanlanschotkempen.com/beloningsbeleid>

dergelijke aandelenplannen (d.w.z. het toekennen van aandelen als onderdeel van het vaste salaris aan ook reguliere werknemers, zoals in het consultatiedocument voorzien) bij Nederlandse financiële ondernemingen met vestigingen in het buitenland tot complicaties kan leiden.

Als zou worden besloten tot een verplichte retentieperiode voor degenen die niet al onder de retentiebepalingen van de Corporate Governance Code vallen, zouden wij de personele werkingssfeer beperken tot die groep medewerkers voor wie op basis van de RBB een beheerst beloningsbeleid gevoerd dient te worden, te weten de 'Identified Staff': *categorieën van medewerkers, inclusief die verantwoordelijk voor de hoogste leiding, risiconemende functies en controlefuncties, en elke werknemer wiens totale beloning hem op hetzelfde beloningsniveau plaatst als die medewerkers verantwoordelijk voor de hoogste leiding of medewerkers in een risiconemende functie, wier beroepswerkzaamheden het risicoprofiel van die bank of beleggingsonderneming materieel beïnvloeden.*

Overigens zien wij in de praktijk dat voor aandelen toegekend aan medewerkers als onderdeel van hun vaste salaris een korting in vorm van een fiscale afwaardering van de verkrijgingsprijs geldt, indien deze aandelen gedurende een bepaalde periode dienen te worden aangehouden.

Inbedding en verantwoording verhouding beloningen tot maatschappelijke functie onderneming

Zoals hierboven genoemd is in de Code Banken opgenomen dat het beloningsbeleid gekenmerkt dient te worden door evenwichtige verhoudingen, zowel intern als extern, waarbij de verwachtingen van de verschillende stakeholders en het maatschappelijk draagvlak in ogenschouw worden genomen.

Ten tijde van de introductie van het pakket 'Toekomst Gericht Bankieren'⁶ (in 2014) heeft de sector erkend dat het een realiteit is dat het vertrouwen in banken nog steeds laag is en het handelen van banken kritisch wordt gevolgd. De sector beoogde door onder meer transparantie, klantgerichtheid en integriteit het vertrouwen te doen toenemen. Hierin zijn belangrijke stappen gezet: met het Maatschappelijk Statuut waarin is vastgelegd welke rol de banken in de samenleving willen spelen, de Code Banken, de Bankierseed en de daaraan verbonden Gedragsregels. Een en ander nog los van de aangescherpte wet- en regelgeving op Europees en nationaal niveau, waaronder begrepen de invoering van een bonusplafond tengevolge waarvan de toe te kennen variabele beloning binnen financiële ondernemingen sterk is gereduceerd.

⁶ Het Maatschappelijk Statuut, de Code Banken en de aan de bankierseed verbonden Gedragsregels vormen tezamen het pakket Toekomst Gericht Bankieren.

De daarmee wezenlijk andere situatie dan ten tijde van de crisis heeft het (maatschappelijk) vertrouwen in de bankensector nog niet bestendig doen groeien. Waarom leidt het beloningsvoorstel van de raad van commissarissen van ING tot zoveel meer beroering dan dat van de bestuursvoorzitter van een vergelijkbaar bedrijf in een andere sector? Naar verwachting vloeit dit voort uit de 'pijn' die de belastingbetaler heeft gevoeld ten tijde van de crisis en de huidige, onjuiste veronderstelling dat er niks is veranderd.

Op grond van de getroffen maatregelen zou er in principe alle reden zijn om meer vertrouwen te hebben in de manier waarop de financiële sector vandaag de dag gereguleerd is. Ook niet onbelangrijk en essentieel om verandering te brengen in het ontbrekende draagvlak is het sterk gereduceerde risico dat de belastingbetaler zal opdraaien voor de kosten als een bank toch in de problemen komt. Een bank, hoewel de publieke belangen dienend, verschilt op dat vlak minder dan gedacht met een private onderneming.

Die boodschap moet worden overgebracht. Dit zit hem wat ons betreft eerder in nadere verantwoordingsvoorschriften bij het beloningsbeleid en het faciliteren van het snel kunnen aanpassen van het beloningsbeleid bij gewijzigde omstandigheden, dan in een verdere aanscherping van de reeds bestaande beloningsmaatregelen. Dat lijkt ons onwenselijk en niet nodig.

Clifford Chance LLP
Floris van de Bult / Sara Schermerhorn