

Het bonusverbod voor bestuurders van staatsgesteunde financiële ondernemingen

*Mr. B.M. Boekraad**

Inleiding

Tijdens de Algemene Financiële Beschouwingen op 6 oktober 2011 werd door de minister van Financiën een bonusverbod voor bestuurders bij staatsgesteunde financiële ondernemingen aangekondigd.¹ Het is een nieuwe maatregel in een reeks van voorstellen en maatregelen, zowel op nationaal als op EU-niveau, om beloningen in de financiële sector te reguleren. Vrij kort na de aankondiging van het verbod, op 26 oktober 2011, is een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer gezonden.²

In deze bijdrage zal een kort overzicht worden gegeven van dit wetsvoorstel. Ingegaan zal worden op de vraag of het wetsvoorstel bij inwerkingtreding een passend antwoord is op de politieke wens beloningen van bestuurders van staatsgesteunde financiële ondernemingen aan banden te leggen. Er zal in dat licht worden stilgestaan bij de totstandkoming en achtergrond van het voorstel, de reikwijdte, het overgangsrecht en toezicht op en handhaving van de regels. Tot slot zullen enkele opmerkingen worden geplaatst bij de voorgestelde wetstekst.

Achtergrond en totstandkoming

De kredietcrisis heeft het publieke debat over beloningen in de financiële sector sterk beïnvloed. Bonussen, die in deze sector een belangrijk onderdeel van de beloning vormen, worden gezien als een van de oorzaken van het ontstaan van de kredietcrisis. Toen bleek dat enkele financiële ondernemingen niet zonder steun van de staat konden overleven, kwam het toekennen en uitkeren van bonussen door deze ondernemingen ter discussie te staan.

Gesteld werd dat een zorgvuldige besteding van publieke middelen met zich meebrengt dat deze niet mogen wegvloeien naar bestuurders van financiële ondernemingen die met deze middelen in stand moeten worden gehouden. De publieke middelen dienen om de financiële onderneming vanwege haar

maatschappelijke functie overeind te houden; niet om beloningen van individuele bestuurders te betalen. Bovendien werd aangevoerd dat een bonus dient als beloning voor goede prestaties. Daarvan kan moeilijk sprake zijn wanneer een onderneming zodanig in de problemen raakt dat staatssteun noodzakelijk is. Het zou in dat licht niet redelijk zijn om bonussen te blijven uitkeren.³

Het voorliggende wetsvoorstel is niet de eerste poging om bonussen bij staatsgesteunde financiële ondernemingen te bestrijden. De voorloper van het wetsvoorstel is de motie-Van Vliet die op 22 maart 2011 door de Tweede Kamer is aangenomen.⁴ Deze motie behelsde een belastingheffing van 100% op alle financiële bonussen die vanaf 2008 bij ABN AMRO, ASR Verzekeringen, ING, SNS Reaal en AEGON zijn uitgekeerd. Met andere woorden, een voorstel om met terugwerkende kracht alle bonussen uitgekeerd door de belangrijkste staatsgesteunde financiële ondernemingen te laten terugvloeien in de staatskas door middel van een fiscale maatregel.

Het was de verstrekkende terugwerkende kracht opgenomen in de motie Van Vliet die de uitvoerbaarheid van de motie onder druk zette. Onderzoek door het ministerie van Financiën wees uit dat uitvoering van de motie in verband met deze terugwerkende kracht juridisch niet haalbaar zou zijn. Het huidige wetsvoorstel is gepresenteerd als alternatief voor uitvoering van de motie-Van Vliet.⁵ Een opvallend verschil tussen het voorliggende wetsvoorstel en de motie-Van Vliet is dat in het voorliggende wetsvoorstel uitsluitend de beloning van bestuurders wordt gereguleerd, terwijl de motie-Van Vliet zag op alle financiële bonussen.

* Mr. B.M. Boekraad is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. Tweede Kamer, 9de vergadering, 6 oktober 2011.

2. Kamerstukken II 2011/12, 33 058, Nota van wijziging van 26 oktober 2011 van de Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM).

3. Kamerstukken II 2011/12, 33 058, Nota van wijziging van 26 oktober 2011 van de Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM), p. 4.

4. Kamerstukken II 2010/11, 31 980, nr. 30.

5. Brief van de minister van Financiën en de staatssecretaris van Financiën inzake 'Voortgang uitvoering motie Van Vliet', gedateerd 26 oktober 2011. Kamerstukken II 2011/12, 31 980, nr. 56.

Plek van het wetsvoorstel

Na de aankondiging door de minister van Financiën van het bonusverbod voor staatsgesteunde financiële ondernemingen wilde men op korte termijn een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer presenteren. Gekozen is om het voorstel bij nota van wijziging in het wetsvoorstel 'Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM'⁶ op te nemen. Eerder was men voornemens het verbod op te nemen in de Wijzigingswet financiële markten 2012.

Hoewel de huidige plaatsing niet het meest voor de hand ligt, is deze wel verklaarbaar. Het wetsvoorstel 'Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM' wordt in de huidige politieke verhoudingen niet controversieel geacht en bovendien wordt een snelle behandeling door de Tweede en Eerste Kamer verwacht. Op het moment van schrijven van deze bijdrage, kunnen fracties tot 15 december 2011 inbreng leveren voor het verslag en staat het wetgevingsoverleg gepland op 6 februari 2012. Met het oog op de politieke wil om het bonusverbod snel in werking te laten treden is voor toevoeging van dit bonusverbod aan dit wetsvoorstel gekozen.

Verbod

Het wetsvoorstel ziet erop het bonusverbod in te voeren in hoofdstuk 1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) via een nieuw artikel 1:112. Het eerste lid van dat artikel bevat het verbod en luidt als volgt:

'Indien een financiële onderneming in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel steun geniet of heeft genoten in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, worden de door die onderneming aan haar bestuurders over de periode, waarin steun wordt of is genoten, toe te kennen of uit te keren beloningen, alsmede de door die onderneming aan haar bestuurders over de periode voorafgaande aan de steunverlening, toe te kennen of uit te keren beloningen, voor zover die beloningen op het tijdstip dat de steunverlening aanving, nog niet waren toegekend of uitgekeerd, van rechtswege:

- a. op een waarde van EUR 0 gesteld, voor zover het betreft het niet vaste deel van de beloning waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of van het zich voordoen van bepaalde omstandigheden;
- b. op de waarde gesteld die zij hadden op het moment, onmiddellijk voorafgaand aan het van kracht worden van de steunmaatregel, voor zover het betreft de overige delen van de beloning, met dien verstande dat procentuele stijgingen van die overige delen van de beloning toegestaan blijven voor zover die stijgingen eveneens gelden voor alle werknemers van de betrokken onderneming.'

Strikt genomen betreft deze bepaling geen verbodsbepaling, maar worden bepaalde beloningen van rechtswege aangepast, waarmee eventueel in strijd met deze normen uitgekeerde beloningen nietig zijn. Ook is niet alleen de variabele beloning onderwerp van de regulering, maar valt de vaste component van de beloning eveneens onder de regelgeving. Toch zal hierna worden gesproken van een bonusverbod. De praktische uitwerking van de bepaling is immers gelijk aan een traditionele verbodsbepaling en het wetsvoorstel wordt bovendien aangeuid als het bonusverbod.

De bepaling kent twee elementen. Ten eerste ziet zij erop uiteringen van het niet-vaste deel van de beloning, de variabele beloning, van bestuurders van staatsgesteunde financiële ondernemingen op EUR 0 te stellen. Hieronder vallen onder meer vertrekregelingen en individuele (inhaal)stortingen ten behoeve van pensioenopbouw, maar ook beloningen in natura, zoals een leaseauto. Wel toegestaan zijn door een rechter toegekende vergoedingen. Ten tweede worden met deze bepaling de overige delen van de beloning bevroren. Dat wil zeggen: de vaste component van de beloning dient gelijk te blijven aan de beloning ten tijde van de steunverlening. Hierop is een uitzondering: de vaste beloning mag in gelijke mate stijgen met de beloningen van de overige werknemers van de financiële onderneming.

Duidelijk is dat alle componenten van de beloning aan regels worden gebonden. De vraag luidt wat de reikwijdte van dit verbod is. Hieronder zullen achtereenvolgens enkele elementen van deze verbodsbepaling worden uitgelicht, teneinde inzicht te krijgen in deze reikwijdte.

Reikwijdte

Temporele reikwijdte

Het verbod is van toepassing op beloningen die zien op of worden uitgekeerd tijdens de periode dat de financiële onderneming steun geniet en op beloningen die zien op of zijn uitgekeerd in de periode voorafgaand aan de steunverlening. Ook compensatie van de bestuurders voor het 'verlies' van de bonussen tijdens de periode waarin staatssteun werd verleend nadat de staatssteun door de financiële onderneming is terugbetaald, is aldus uitgesloten. Dezelfde temporele reikwijdte geldt voor de stijging van de vaste component van de beloning. De temporele reikwijdte strekt zich derhalve uit tot de periode voorafgaand aan en tijdens de genoten steun. Voor een volledig inzicht in de temporele reikwijdte van het verbod is ook het overgangsrecht van belang; hierop zal apart worden ingegaan.

Bestuurders

In een eerder voorstel werd beoogd dat het verbod van toepassing zou zijn op alle beleidsbepalers. De Raad van State heeft in zijn advies naar aanleiding van dit wetsvoorstel opgemerkt dat niet blijkt welke gevolgen het voorstel zou kunnen hebben voor de concurrentiepositie van de staatsgesteunde financiële

6. Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 2.

onderneming op de internationale arbeidsmarkt.⁷ Als gevolg van die opmerkingen is in het wetsvoorstel gekozen voor een beperking van het toepassingsgebied tot bestuurders. De toelichting verschaft geen informatie over de achtergrond van deze keuze.

Hoewel het niet specifiek wordt benoemd, lijkt het erop – gelet op de verwijzing naar een vermelding in het jaarverslag van de bestuurders in de toelichting op het wetsvoorstel – dat met bestuurders statutaire bestuurders worden bedoeld. Voor deze bestuurders geldt bij inwerkingtreding van dit wetsvoorstel derhalve dat hun arbeidsvoorwaarden van rechtswege zullen worden aangepast, zodat zij in lijn zijn met de wet. Nu het toepassingsgebied beperkt lijkt tot statutaire bestuurders, lijkt de wet in de praktijk gevolgen te hebben voor een kleine groep personen. Beloningen van andere personen binnen de organisatie worden niet aangetast door het onderhavige wetsvoorstel, waarmee de praktische impact van het voorliggende wetsvoorstel beperkt lijkt.

Steun genieten en territoriale reikwijdte

Het verbod is van toepassing op financiële ondernemingen die steun genieten of hebben genoten in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en die op grond van artikel 108 VWEU verplicht zijn dit te melden bij de Europese Commissie. Artikel 107 VWEU geeft een brede definitie van staatssteun, waaronder vallen 'alle steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd'.

De toelichting duidt dat zowel individuele steunmaatregelen als regelingen op basis waarvan verschillende financiële ondernemingen steun hebben ontvangen, zoals de garantieregeling, hieronder dienen te worden verstaan. Ook wordt geen onderscheid gemaakt tussen steunverlening door middel van bijvoorbeeld kapitaalinjecties of garantieregelingen enerzijds en steunverlening door nationalisering van de financiële onderneming anderzijds. Een beperking van de reikwijdte ligt uiteraard in de toevoeging dat de steun moet zijn verleend 'in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel'.

Ten eerste valt op dat de reikwijdte niet is beperkt tot steun die is verleend door de Staat der Nederlanden. De vraag rijst of dit betekent dat ook door andere EU-lidstaten gesteunde financiële ondernemingen die activiteiten verrichten in Nederland onder dit verbod vallen. Niet duidelijk is of dit de bedoeling is geweest van de wetgever. Enerzijds verwijst de toelichting van dit wetsvoorstel naar de bescherming van de Nederlandse belastingbetaler, anderzijds sluit de tekst uitbreiding van de toepassing van het verbod naar met buitenlandse staatssteun gefinancierde financiële ondernemingen die actief zijn in Nederland (zoals bijvoorbeeld Royal Bank of Scotland) niet uit. Verduidelijking op dit punt is wenselijk.

Bovendien komt de vraag op of beloningen aan de bestuurders van dochterondernemingen of andere groepsmaatschappijen van de staatsgesteunde entiteit – zowel Nederlandse dochterondernemingen als buitenlandse dochterondernemingen die activiteiten verrichten in Nederland – onder het begrip staatsgesteunde financiële onderneming in de zin van dit wetsvoorstel vallen, als de financiële onderneming die deze beloningen wenst uit te keren op enig moment heeft geprofiteerd van de steun. De wetstekst laat deze mogelijkheid open nu het verbod van toepassing is op elke financiële onderneming die steun geniet of heeft genoten en geen beperking is opgenomen tot die entiteit die de steun heeft toegewezen gekregen. Zo zou het kunnen voorkomen dat bestuurders van buitenlandse dochterondernemingen die in Nederland actief zijn onder de regeling vallen. Niet duidelijk is of dit gevolg door de wetgever is beoogd.

Financiële onderneming

Het verbod is van toepassing op alle staatsgesteunde financiële ondernemingen in de zin van artikel 1:1 Wft. Een financiële onderneming in de zin van de Wft is een veelomvattend begrip, waaronder in dit verband voor de hand liggende financiële ondernemingen als banken, verzekeraars en beleggingsondernemingen worden verstaan. Echter, ook bemiddelaars en adviseurs inzake financiële producten vallen onder het begrip financiële onderneming. Een gevolg zou kunnen zijn dat binnen een concern dat staatssteun geniet ook bestuurders van kleinere financiële ondernemingen, die wellicht een bescheiden bonusregeling kennen (zoals een dertiende maand), van deze bonus zullen moeten afzien. Een zeer breed scala aan financiële ondernemingen kan onderwerp zijn van de regelgeving.

Opgemerkt zij dat in het wetsvoorstel geen onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemingen die onder toezicht staan van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) of De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) en ondernemingen die uitgezonderd zijn van toezicht.

Geen omwegenclausule

Nu de reikwijdte van het wetsvoorstel in kaart is gebracht, wordt gewezen op de 'geen omwegenclausule'. Voor zover financiële ondernemingen en/of hun bestuurders voornemens waren een vernuftige constructie op te zetten om buiten de reikwijdte van de regeling om een beloning uit te keren, met andere woorden om het bonusverbod te omzeilen, wordt daaraan met artikel 1:112 lid 4 Wft een einde gemaakt. Alle bedingen tussen een staatsgesteunde financiële onderneming en haar bestuurders die in strijd met de strekking van het verbod zijn, zijn ingevolge lid 4 van artikel 1:112 Wft nietig.

De toelichting geeft enkele voorbeelden van zulke nietige constructies. Zo is een beding nietig dat bepaalt dat beloningen tijdens de periode dat de financiële onderneming steun geniet, worden uitbetaald door een andere onderneming binnen het-

7. Raad van State, nr. W0601100203/III, 30 juni 2011.

zelfde concern. Ook het beding dat erop ziet beloningen toe te rekenen aan andere periodes is nietig.

Toezicht en handhaving

Het derde lid van het voorgestelde artikel 1:112 Wft regelt het toezicht op de naleving van de beloningsregels uit het eerste lid. Dit toezicht is gelegd bij het orgaan dat binnen de financiële onderneming het toezicht houdt, welk orgaan normaal gesproken de raad van commissarissen zal zijn. Opvalt dat het wetsvoorstel geen directe handhavingsmogelijkheid biedt door middel van bijvoorbeeld een bestuurlijke boete. Immers, het wetsvoorstel voorziet niet in het opnemen van het verbod van artikel 1:112 lid 1 Wft in de Wet op de economische delicten. Het lijkt daarom waarschijnlijk dat de handhaving van het verbod indirect – via de raad van commissarissen – zal plaatsvinden.

Ook valt op dat de toelichting expliciet aan DNB de mogelijkheid biedt in haar betrouwbaarheidstoetsing van de leden van de raad van commissarissen het niet-naleven van het bonusverbod mee te nemen. In de praktijk zullen commissarissen niet graag hun betrouwbaarheid op het spel zetten. Dit handhavingmodel zou daarom wel eens efficiënter kunnen zijn dan op het eerste gezicht lijkt.

Tot slot zij opgemerkt dat de aandacht die dit onderwerp in de media geniet voor de ontvanger van bonussen een reden kan zijn niet de grens van de beloningsmogelijkheden op te zoeken. Stevige schade aan de reputatie van de desbetreffende bestuurder is in geval van overschrijding van de grens niet denkbeeldig. Een messcherp handhavingssysteem is in dat licht wellicht niet noodzakelijk.

Overgangsrecht

Wat is bepaald ten aanzien van financiële ondernemingen die in het verleden steun hebben genoten? Deze ondernemingen ontvingen deze steun immers zonder dat onderhavig voorstel bekend was.

Het overgangsrecht vangt aan met een uitzondering voor terugbetalers, dat wil zeggen financiële ondernemingen die de staatssteun hebben afgelost voor 6 oktober 2011 (Aegon is zo'n terugbetaler). Ingevolge de tekst van artikel V van het wetsvoorstel zijn terugbetalers uitgezonderd van de regulering van beloningen over de periode waarin voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 1:112 Wft steun is genoten. Opgemerkt zij dat artikel 1:112 lid 1 Wft ook ziet op beloningen over de periode *voorafgaand aan* de steunverlening, terwijl de uitzondering voor terugbetalers zich niet uitstrekt tot deze periode.

Onduidelijk is of de wetgever voor ogen had de uitzondering voor terugbetalers te beperken tot de periode waarin de steun is verleend en de periode voorafgaand aan de steunverlening niet onder de uitzondering te laten vallen, of dat hier sprake is van een *'slip of the pen'*. Nu in de toelichting te lezen valt dat

het: 'niet de bedoeling is om bij de inwerkingtreding ook financiële ondernemingen die de steun al hebben afbetaald onder artikel 1:112 Wft te laten vallen (...)',⁸ lijkt het erop dat het een vergissing betreft.

Voor financiële ondernemingen die ten tijde van de inwerkingtreding van het wetsvoorstel nog wel steun genieten en indien deze steun voor 6 oktober 2011 was verleend, is ook overgangsrecht opgenomen. Ten eerste geldt dat variabele beloningen die voor 26 oktober 2011 door deze financiële ondernemingen zijn toegekend, maar nog niet zijn uitgekeerd, niet onder het verbod van artikel 1:112 Wft vallen. Het verbod heeft dus na inwerkingtreding terugwerkende kracht ten aanzien van variabele beloningen die zijn toegekend na 26 oktober 2011.

Ook ten aanzien van de vaste componenten van de beloning van bestuurders van financiële ondernemingen met bestaande staatssteun is een overgangsregeling opgenomen: het moment van bevestiging is vastgesteld op het moment van inwerkingtreding van de wet, waarbij de vaste beloning tussen 26 oktober 2011 en de inwerkingtreding van de wet niet meer mag stijgen dan 20%. Met deze maatregel wil de wetgever voorkomen dat de indiening van het wetsvoorstel een golf aan verhoging van de vaste beloningen teweegbrengt en daarmee de beoogde gevolgen van het wetsvoorstel worden omzeild.

De toelichting voegt aan dit vereiste bovendien toe dat de geboden mogelijkheid om de vaste component van de beloning van bestuurders met 20% te laten stijgen voor de inwerkingtreding van de wet slechts is geschapen voor die individuele gevallen waarin deze stijging verdedigbaar is. Het met toezicht belaste orgaan, de raad van commissarissen in de meeste gevallen, zal ook op de uitvoering en toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid dienen toe te zien.

Conclusie

De vraag luidde of het hier besproken wetsvoorstel voorziet in de politieke wens om de beloningen van bestuurders bij staatsgesteunde financiële ondernemingen aan banden te leggen. Enkele factoren dammen de reikwijdte van het verbod in. Zo is geen rechtstreekse handhavingsmogelijkheid voor toezichthouders opgenomen; toezicht en handhaving zijn in handen van – normaal gesproken – de raad van commissarissen. Bovendien lijkt het erop dat de regels slechts van toepassing zullen zijn op statutaire bestuurders, waarmee het bereik van de voorgestelde regelgeving in de praktijk beperkt is tot deze zeer kleine groep personen.

Anderzijds worden zowel vaste als variabele componenten van de beloning van bestuurders gereguleerd. Bovendien is de tem-

8. Kamerstukken II 2011/12, 33 058, nr. 3, p. 10, Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM).

porele reikwijdte van het wetsvoorstel, aangevuld met sluitende overgangsregels, ruim. Doordat ook de begrippen financiële onderneming en staatssteun voor een brede interpretatie vatbaar zijn, zou de reikwijdte van dit verbod zeer uitgestrekt kunnen blijken. Daar komt bij dat constructies om de regeling te omzeilen specifiek uitgesloten zijn. Gesteld zou kunnen worden dat het wetsvoorstel daarmee zijn doel dient, waarbij opgemerkt zij dat dit doel beperkt is tot het reguleren van beloningen van bestuurders.

Het wetsvoorstel bevat ten slotte enkele onduidelijkheden, bijvoorbeeld ten aanzien van de reikwijdte van de begrippen staatssteun en financiële onderneming en ten aanzien van de uitzondering voor terugbetalers. Het zou wenselijk zijn deze onduidelijkheden op te helderen voordat het wetsvoorstel – als wet – in werking treedt.