

Vergaderjaar 2017–2018

**34 906**

**Voorstel van wet van de leden Snels, Tony van Dijck, Leijten, Nijboer, Van Raan, Van Rooijen en Azarkan tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met aanscherping van de definitie van «vaste beloning» en introductie van een instemmingsrecht voor de Minister van Financiën met betrekking tot de vaststelling of verhoging van de vaste beloning van een bestuurder van een systeemrelevante bank**

**Nr. 4**

**ADVIES AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 april 2018 en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 5 juli 2018, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 15 maart 2018 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Snels, Tony van Dijck, Leijten, Nijboer, Van Raan, Van Rooijen en Azarkan tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met aanscherping van de definitie van «vaste beloning» en introductie van een instemmingsrecht voor de Minister van Financiën met betrekking tot de vaststelling of verhoging van de vaste beloning van een bestuurder van een systeemrelevante bank, met memorie van toelichting.*

*Het voorstel strekt ertoe de definitie van «vaste beloning» in de Wet op het financieel toezicht (Wft) aan te passen en tevens een instemmingsvereiste te creëren voor de Minister van Financiën bij de vaststelling van de vaste beloning van een nieuwe bestuurder of verhoging van de vaste beloning van een bestuurder van een systeemrelevante bank.*

*Beide onderdelen van het voorstel zijn blijkens de toelichting ingegeven door de wens om perverse beloningsprikkels bij systeemrelevante banken terug te dringen, uitsluitend met het oog op het vergroten van de financiële stabiliteit. Tegelijkertijd is duidelijk dat het voorstel gezien moet worden tegen de achtergrond van de al langer lopende brede maatschappelijke discussie over beloning en inkomen en over het door de bancaire sector te herstellen maatschappelijk vertrouwen in hen. Omdat het voorstel echter uitsluitend in de sleutel van het vergroten van de financiële stabiliteit is gezet, beoordeelt de Afdeling advisering van de*

*Raad van State het voorstel dan ook vanuit die invalshoek. Zij merkt daarbij op dat het voorgestelde instemmingsvereiste inbreuk maakt op het eigendomsrecht van systeembanken.<sup>1</sup> Een dergelijke inbreuk is alleen toegestaan indien sprake is van legitieme doelstellingen in het algemeen belang en er tevens een behoorlijk evenwicht is getroffen tussen de vereisten van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar.*

*Het voorstel wijzigt de inhoudelijke regels voor beloningsbeleid niet wezenlijk, maar voegt alleen een extra procedurele stap toe (het instemmingsvereiste van de Minister). Uit de toelichting blijkt niet waarom de bestaande regels en het bestaande toezicht door de bevoegde toezichthouder niet afdoende zouden zijn. Daarom valt niet in te zien waarom de voorgestelde toevoeging van de beoordeling door de Minister van Financiën nodig wordt geacht en waarom, gelet op het ingrijpende karakter van de inbreuk, sprake zou zijn van een behoorlijk evenwicht tussen de maatregel en het beoogde doel. Bovendien doorkruist het voorgestelde instemmingsvereiste de bevoegdheid van de ECB binnen het stelsel van stabiliteitsbewaking. Tot slot wijst de Afdeling erop dat, indien de initiatiefnemers het brede maatschappelijk debat over beloning en inkomen aan de orde zouden willen stellen, dit een andere en meer omvattende beleidsinzet vergt. Indien de initiatiefnemers daartoe alsnog beogen te komen, noopt dit tot een andere aanpak.*

De initiatiefnemers erkennen dat het wetsvoorstel beargumenteerd moet worden in relatie tot het principe van het eigendomsrecht. In reactie op de opmerkingen van de Afdeling advisering zullen de initiatiefnemers hieronder daar nader op ingaan. Daarbij zal ook aandacht worden gegeven aan het voorstel van het instemmingsvereiste van de Minister van Financiën, zowel in relatie tot het eigendomsrecht als tot de bevoegdheid van de ECB. De initiatiefnemers zijn blij dat de Afdeling advisering ziet dat er een breder maatschappelijk debat is over beloningen en inkomen, waar beleid op gemaakt zou moeten worden. De initiatiefnemers zijn echter van oordeel dat de rol van de overheid in de financiële sector fundamenteel anders is dan bij andere grote bedrijven in de marktsector. Dat zal nader beargumenteerd worden in de reactie op het advies en in de naar aanleiding van het advies gewijzigde memorie van toelichting. Wel zien de initiatiefnemers dat de Afdeling advisering haar oordelen op de voorstellen volledig baseert op de sleutel van stabiliteit in de financiële sector. Dat is een belangrijk argument van de initiatiefnemers, maar niet het enige. Met de Code Banken gaat het de initiatiefnemers ook om herstel van vertrouwen van burgers in de financiële sector. Maatschappelijk draagvlak voor beloningen van topbestuurders is daarbij een belangrijk aspect. Dat zal beter en uitgebreider worden beargumenteerd in de memorie van toelichting. De initiatiefnemers zullen tevens het voorstel van wet wijzigen naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling advisering over de formulering uit de Code Banken.

## *1. Inleiding*

*De aanleiding voor het voorliggende voorstel is het voorstel voor een aanpassing van het beloningsbeleid ten aanzien van de bestuursvoorzitter van ING dat onlangs door de Raad van Commissarissen (RvC) is bekend gemaakt en dat, in reactie op de maatschappelijke ophef die hierover in Nederland is ontstaan, vervolgens weer is ingetrokken. Het voorstel verwijst niet uitdrukkelijk naar deze kwestie, maar richt zich meer in het algemeen op het tegengaan van het omzeilen van beloningswetgeving.*

<sup>1</sup> Zie in dit verband de artikelen 16 en 17 van het Handvest van de grondrechten van de EU en artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM.

*Daartoe wordt in het voorstel de definitie van «vaste beloning» in de Wft aangepast, en wordt voorgesteld dat een voorgenomen vaststelling van de vaste beloning van een nieuwe bestuurder of verhoging van de vaste beloning van een bestuurder van een systeemrelevante bank ter instemming moet worden voorgelegd aan de Minister van Financiën voordat de vaststelling plaatsvindt. De Minister dient te beoordelen of een beloningsvoorstel passend is met het oog op een zorgvuldig, beheerst en duurzaam beloningsbeleid dat kan rekenen op maatschappelijk draagvlak.*

*Beide onderdelen van het voorstel zijn blijkens de toelichting ingegeven door de wens om perverse beloningsprikkel bij systeemrelevante banken terug te dringen met het oog op het vergroten van de financiële stabiliteit.<sup>2</sup> De toelichting wijst erop dat Nederland een belangrijke bankensector heeft met vijf systeemrelevante banken, waardoor – zo is in het recente verleden ook gebleken – economie en samenleving grote risico's lopen als financiële problemen ontstaan bij banken.*

*De maatschappelijke discussie, zoals die plaatsvindt mede naar aanleiding van het beloningsvoorstel bij ING, heeft meerdere invalshoeken en strekt breder dan uitsluitend aandacht voor het vergroten van de financiële stabiliteit, maar betreft onder andere ook beloningen en inkomen (songelijkheid) in brede zin. Omdat het voorstel echter uitsluitend in de sleutel staat van het vergroten van de financiële stabiliteit, zal de Afdeling het voorstel beoordelen vanuit die invalshoek.*

*De Afdeling zal, ten behoeve van de beoordeling van het voorstel, allereerst kort aandacht besteden aan de wijze waarop sinds het uitbreken van de financiële crisis is gepoogd de financiële stabiliteit te vergroten (punt 2). Deze korte schets vormt de achtergrond voor de beoordeling van het instemmingsvereiste en is met name relevant voor de vraag in hoeverre het voorgestelde instrument het beoogde doel bereikt (punt 3). Vervolgens maakt de Afdeling een meer technische opmerking over de definitie van «vaste beloning» (punt 4). De Afdeling gaat in punt 5 kort in op de bredere maatschappelijke discussie over beloning en inkomen.*

## *2. Achtergrond vergroten financiële stabiliteit*

*Zoals hiervoor kort is opgemerkt, beoogt het voorstel de stabiliteit van het Nederlandse financiële stelsel te vergroten door perverse beloningsprikkel tegen te gaan. Op zichzelf is de ambitie van het voorstel om perverse beloningsprikkel tegen te gaan volgens de Afdeling niet onlogisch. Gedurende de financiële crisis is immers pijnlijk duidelijk geworden dat beloningsbeleid bij banken allerlei perverse prikkels bevatte en de wijze van belonen bij banken zodoende bijgedragen heeft aan het nemen van (achteraf) onverantwoorde risico's door bankiers. De verschillende maatregelen die nodig waren om het omvallen van systeembanken te voorkomen, kwamen deels voor de rekening van de belastingbetaler.*

### *a. Ontwikkeling financieel toezicht*

*Sinds het ingrijpen van de overheid om het omvallen van systeembanken te voorkomen, hebben de ontwikkelingen op dit gebied niet stilgestaan. Via tal van maatregelen is gepoogd de kans te reduceren dat de overheid opnieuw zal moeten inspringen indien banken in financiële moeilijkheden komen. In de eerste plaats is de omvang van de bancaire sector in Nederland, alhoewel nog steeds omvangrijk, aanzienlijk kleiner geworden ten opzichte van voor de crisis. Daarnaast zijn de afgelopen jaren ingrijpende maatregelen genomen om herhaling te voorkomen van een beroep op de overheid indien banken in financiële moeilijkheden komen.*

<sup>2</sup> Toelichting, algemeen deel, aanleiding en achtergrond.

*Allereerst zijn de kapitaaleisen voor banken aangescherpt. Daarnaast is een stelsel voor afwikkeling van banken opgezet, uitgaande van het zogenoemde «bail in» principe. In dit stelsel wordt niet de belastingbetaler, maar worden aandeelhouders, obligatiehouders en rekeninghouders in eerste instantie aangesproken indien een bank niet aan zijn verplichtingen kan voldoen.<sup>3</sup> Een belangrijke stap is voorts, dat verschillende onderdelen van het prudentiële toezicht op systeemrelevante banken (waaronder begrepen het toezicht op beloningsbeleid en beloningspraktijk) zijn overgeheveld van de nationale toezichthouders naar de Europese Centrale Bank (ECB).<sup>4</sup> In Nederland betreft dit ABN AMRO, Rabobank, ING, Volksbank, BNG en de Waterschapsbank. Daarnaast is de bancaire sector zelf, bij wijze van zelfregulering, gekomen tot de Code Banken waarin beloningsvoorschriften zijn opgenomen.*

*Op Europees niveau zijn eveneens voorschriften tot stand gekomen inzake het beloningsbeleid voor de beloning van bestuurders van banken.<sup>5</sup> Belangrijke uitgangspunten daarbij zijn onder andere dat het beloningsbeleid bijdraagt aan een degelijk en doeltreffend risicobeheer en niet aanmoedigt tot het nemen van meer risico's dan aanvaardbaar is. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen vaste beloning en variabele beloningen. Vaste beloningen dienen een weerspiegeling te zijn van de relevante werkervaring en organisatorische verantwoordelijkheid. Variabele beloningen dienen een duurzaam en voor risico's gecorrigeerd rendement te weerspiegelen. Met name voor variabele beloningen zijn gedetailleerde voorschriften gegeven, die er in het bijzonder op zijn gericht perverse (op de korte termijn gerichte) prikkels tegen te gaan en te bevorderen dat bestuurders de langetermijnbelangen in het oog houden. Variabele beloningen zijn Europeesrechtelijk in beginsel gemaximeerd op 100% van de vaste beloningen. De Europese Bankautoriteit (EBA), die is opgericht met het oog op sterkere coördinatie en afstemming van de principes die bij het toezicht op banken worden gehanteerd, heeft daarbij nadere, uitgebreide richtsnoeren opgesteld inzake beloningsbeleid.<sup>6</sup> In Nederland is er bij de implementatie van deze regels voor gekozen strengere voorschriften inzake variabele beloningen vast te stellen. Zo is het maximum van 100% ten opzichte van de vaste beloning in Nederland verlaagd tot 20%.<sup>7</sup>*

#### *b. Rol overheid*

*Gedurende de crisis zijn ingrijpende maatregelen genomen ten aanzien van de financiële sector. Bij de tijdens de crisis getroffen noodzakelijke interventies is de overheid nadrukkelijk in de private sfeer getreden, tegelijkertijd is het uitgangspunt daarbij steeds geweest dat systeembanken private ondernemingen zijn waarin de overheid in principe niet bestuurlijk intervenieert. De na de interventie door de overheid getroffen*

<sup>3</sup> Richtlijn 2014/59/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees parlement en de Raad (PB 2014, L 173).

<sup>4</sup> Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013, L 287).

<sup>5</sup> Zie in het bijzonder de artikelen 92 tot en met 95 van Richtlijn 2013/36/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PB 2013, L 176).

<sup>6</sup> Richtsnoeren van 27 juni 2016 betreffende een beheerst beloningsbeleid, EBA/GL/2015/22.

<sup>7</sup> Artikel 1:121 Wft.

maatregelen laten zien dat beoogd is, zij het stap voor stap, dat de overheid zoveel mogelijk weer terugtreedt uit de private sfeer. Wel heeft zijn zowel op nationaal als Europees niveau door de wetgever regels gesteld, in sommige gevallen nationaal strengere regels dan de Europese, maar dit betreft telkens algemene regels die zodanig zijn vormgegeven dat de overheid zoveel mogelijk buiten het bestuur van systeembanken blijft. Ook bij de genationaliseerde bank ABN AMRO heeft de overheid het voornoemde maatregelen en gestelde regels het beginsel dat de publieke en private sfeer van elkaar zijn onderscheiden, hetgeen aansluit bij het uitgangspunt in de Nederlandse rechtsorde dat de verhouding tussen de verschillende bij de privaatrechtelijke rechtspersoon betrokken personen en organen wordt bepaald door die personen en organen zelf.

### 3. Instemmingsvereiste Minister van Financiën

*Volgens het voorgestelde artikel 1:130, vierde lid, Wft beoordeelt de Minister van Financiën of een voorgenomen vaststelling van de vaste beloning van een nieuwe bestuurder of verhoging van de vaste beloning van een bestuurder passend is met het oog op een zorgvuldig, beheerst en duurzaam beloningsbeleid dat kan rekenen op maatschappelijk draagvlak. De Afdeling merkt het volgende op.*

#### a. Normstelling

*Uit de toelichting blijkt dat met het criterium «zorgvuldig, beheerst en duurzaam beloningsbeleid» geen andere norm is beoogd dan die welke thans al geldt ingevolge de Europese regels en de Nederlandse wetgeving dienaangaande.<sup>8</sup>*

*Het voorstel voegt aan de reeds geldende criteria toe dat het beloningsvoorstel passend moet zijn met het oog op een beloningsbeleid «dat kan rekenen op maatschappelijk draagvlak». De toelichting verwijst in dit verband naar de Code Banken waarin is aangegeven dat «rekening moet worden gehouden met het maatschappelijk draagvlak». Deze in de Code Banken gebruikte formulering verschilt echter van die in het voorstel dat eist dat de beloning «kan rekenen op maatschappelijk draagvlak». De in de Code Banken gehanteerde formulering houdt in wezen in dat bij het voorbereiden van beslissingen rekenschap wordt gegeven van de maatschappelijke context. Dit lijkt ook de strekking van de Europese regelgeving op grond waarvan systeembanken dienen te beschikken over een beloningscommissie die bij de voorbereiding van beloningsbeslissingen rekening houdt met de langetermijnbelangen van aandeelhouders, investeerders en andere belanghebbenden van de instelling, alsook het algemeen belang.<sup>9</sup> Het maatschappelijk draagvlak is in deze formulering een van de factoren die moet worden afgewogen bij het nemen van de beslissing.*

*Als het voorstel in deze zin moet worden geïnterpreteerd, bevat het, gezien in samenhang met de toelichting, geen nieuwe inhoudelijke normstelling voor beloningsbeleid ten opzichte van de reeds bestaande regels.*

*De vraag is echter waarom in het voorstel wordt afgeweken van de formulering in de Code Banken. De in het voorstel gekozen formule dat de beloning «kan rekenen op maatschappelijk draagvlak» zou ook een inhoudelijk nieuwe normstelling met zich kunnen brengen. Letterlijk genomen staat er immers dat het kunnen rekenen op maatschappelijk*

<sup>8</sup> Toelichting, algemeen deel, hoofdlijnen van het wetsvoorstel.

<sup>9</sup> Artikel 95 van Richtlijn 2013/36/EU.

*draagvlak een zelfstandige eis is waaraan steeds volledig dient te worden voldaan. Dit betekent dat de bepaling – aldus opgevat – leidt tot een normering die onvoldoende inhoudelijk bepaald is en die normadressaten niet op voorhand door middel van een algemene regel duidelijk maakt welk handelen en of nalaten van hen wordt verlangd. Dit is problematisch omdat de wet als belangrijkste instrument in een parlementaire democratie niet alleen uitdrukking vormt van maatschappelijke opvattingen, maar ook een waarborg vormt voor de rechtszekerheid. Indien de beloning direct afhankelijk wordt gemaakt van de mogelijk wisselende maatschappelijke opvattingen over een beloningsvoorstel, wordt dit uitgangspunt miskend.<sup>10</sup>*

*Daarbij komt dat maatschappelijke opvattingen niet altijd eenduidig en kenbaar zijn en ook niet bij voorbaat tot aanvaardbare uitkomsten leiden. Het risico op willekeur is in dat geval aanzienlijk. Het probleem waarvoor de actoren in de onderneming zich aldus geplaagd zien, namelijk de vraag hoe zij kunnen beoordelen of voldoende maatschappelijk draagvlak voor een beloningsvoorstel bestaat, geldt voor alle betrokken actoren, en dus ook voor de Minister van Financiën.*

*Gelet op het vorenstaande komt de Afdeling tot de conclusie dat het voorgestelde beoordelingskader in artikel 1:130, vierde lid, Wft, zo dient te worden begrepen dat hiermee wordt beoogd slechts te verwijzen naar de beloningsvoorschriften, zoals die reeds voortvloeien uit de toepasselijke Europese en Nederlandse regels dienaangaande. De wettekst is hierover onvoldoende duidelijk.*

De initiatiefnemers zien dat de formulering uit de Code Banken marginaal afwijkt van de formulering in het voorstel van wet. Volgens de initiatiefnemers gaat het hier om een redactioneel verschil, niet om een inhoudelijk verschil. De initiatiefnemers zullen deze formulering wijzigen om letterlijk aan te sluiten bij de Code Banken en daarop een nadere toelichting geven in de memorie van toelichting. De reden waarom de initiatiefnemers deze formulering opnemen in de wet is dat er nu in de Wft slechts is opgenomen dat het beloningsbeleid beheerst dient te zijn. Ook dat is nu geen eenduidige norm, maar een norm die tegen een maatschappelijke context moet worden afgewogen. De Afdeling advisering heeft gelijk dat dit wetsvoorstel voortvloeit uit de casus ING. Juist in deze casus is duidelijk geworden, niet alleen door de maatschappelijke commotie die is ontstaan, maar ook uit de verantwoording van de voorzitter van de Raad van Commissarissen in bijvoorbeeld een hoorzitting in de Tweede Kamer, dat de Raad van Commissarissen zich onvoldoende heeft afgevraagd, eerder het tegendeel, of het beloningsvoorstel maatschappelijk draagvlak zou kunnen krijgen. De initiatiefnemers kiezen er niet voor om een inhoudelijke norm vast te leggen of een bestaande norm aan te scherpen. Wettelijk wordt gevraagd dat, in aansluiting bij de Code Banken, het maatschappelijk draagvlak een belangrijke overweging dient te zijn bij voorstellen voor beloningen van de bestuurders van systeembanken. De casus ING laat zien dat Raden van Commissarissen niet vanzelf rekening houden met het maatschappelijk draagvlak. Dat is de reden waarom een instemmingsvereiste voor de Minister van Financiën wordt voorgesteld.

---

<sup>10</sup> Dit bleek duidelijk in de discussie rondom de beloningen van bestuurders van ING. Het voorstel dat werd gedaan was in lijn met wettelijke regels en andere eerder gemaakte afspraken (zoals de Code Banken). Toch heeft dit de maatschappelijke ophef over het beloningsvoorstel niet voorkomen.

## *b. Ingreep in autonomie; rechtvaardiging*

*Zoals hiervoor aan de orde is gesteld, voorziet het huidige wettelijke stelsel al in voorschriften gericht op een beheerst beloningsbeleid in de financiële sector, mede gelet op het belang van de financiële stabiliteit. Deze voorschriften in de vorm van algemene regels maken – gerechtvaardigd – inbreuk op de autonomie van private partijen. De in het wetsvoorstel voorgestelde maatregel van instemming met een voorgenomen vaststelling van de vaste beloning door de Minister van Financiën voegt daar een ingrijpende maatregel aan toe. Als gevolg hiervan wordt de onderneming immers beperkt in haar mogelijkheden om, binnen de wettelijke kaders, een consistent beloningsbeleid te voeren dat rekening houdt met de beloningsverhoudingen, zowel op de arbeidsmarkt waar wordt geconcurrereerd met andere ondernemingen als intern in de beloningsverhoudingen binnen de onderneming. Een dergelijke ingrijpende inbreuk op het interne functioneren van een onderneming is niet per definitie uitgesloten, maar vergt een zwaarwegende motivering, onder andere in het licht van het Handvest van de grondrechten van de EU<sup>11</sup> en artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM (op grond waarvan ook rechtspersonen recht hebben op het ongestoord genot van hun eigendom).*

*De doorkruising van de autonomie van de onderneming en de regulering van het eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd indien sprake is van legitieme doelstellingen in het algemeen belang en er tevens een behoorlijk evenwicht is getroffen tussen de vereisten van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar.*

*Uit de toelichting kan worden afgeleid dat het instemmingsvereiste met name dient om risico's voor de Nederlandse economie en samenleving te mitigeren en de stabiliteit van het financiële stelsel te herstellen.<sup>12</sup> Zoals hiervoor in punt 2 uiteengezet is, zijn na de financiële crisis reeds verschillende regels gesteld en maatregelen getroffen die eenzelfde oogmerk hebben. Op zichzelf is het denkbaar om aan deze bestaande regels verdergaande (algemene) beloningsvoorschriften voor vaste beloningen toe te voegen. Dergelijke regels, waarin nationaal strengere voorschriften worden gekozen dan die elders in de Europese Unie gelden, zijn eerder ook gesteld ten aanzien van variabele beloningen. Gelet op de uitleg die aan de te hanteren normen voor het instemmingsvereiste moet worden gegeven, zoals hiervoor onder a uiteengezet, merkt de Afdeling op dat dergelijke verdergaande regels niet worden gesteld bij het voorgestelde instemmingsvereiste. Uit het voorstel en de toelichting blijkt immers dat bij het instemmingsvereiste getoetst wordt aan de reeds bestaande regels. Op de naleving van de bestaande beloningsvoorschriften wordt al toezicht gehouden door de ECB en DNB. Uit de toelichting blijkt niet waarom het al bestaande toezicht door de bevoegde toezichthouders niet afdoende zou zijn. Het voorstel maakt dan ook niet duidelijk waarom de voorgestelde toevoeging van de beoordeling door de Minister van Financiën nodig wordt geacht en waarom, gelet op het ingrijpende karakter van de inbreuk, sprake zou zijn van een behoorlijk evenwicht tussen de maatregel en het beoogde doel. Nu de toelichting daarop niet ingaat, is onvoldoende gemotiveerd waarom het voorgestelde interventiemechanisme, naast de bestaande regels en toezichtsmechanismen, noodzakelijk is in het algemeen belang.*

*Het voorstel maakt ook niet duidelijk waarom in de hoogte van vaste beloningen risico's voor de stabiliteit van het financiële stelsel besloten liggen. Tot nog toe is bij de reeds getroffen maatregelen met name*

<sup>11</sup> Zie artikel 16 (vrijheid van ondernemerschap) en artikel 17 (recht op eigendom).

<sup>12</sup> Toelichting, algemeen, hoofdlijnen van het voorstel.

*aandacht geweest voor de variabele beloningen gelet op de perverse effecten die deze beloningen met zich konden brengen. Een nadere rechtvaardiging waarom ingrijpen in de vaste beloningen noodzakelijk wordt geacht is dan ook van belang, mede in het licht van de bestaande regels ten aanzien van vaste beloningen.<sup>13</sup> De vaste beloning dient immers nu reeds een weerspiegeling te zijn van de relevante werkervaring en organisatorische verantwoordelijkheid. Dit in tegenstelling tot variabele beloningen, die een duurzaam en voor risico's gecorrigeerd rendement dienen te weerspiegelen.*

*Gelet op het vorenstaande concludeert de Afdeling dat in het voorstel een rechtvaardiging voor het voorgestelde instemmingsvereiste vooralsnog ontbreekt.*

De initiatiefnemers erkennen dat het wetsvoorstel ingrijpt in de autonomie van de systeembanken. De initiatiefnemers zullen in de memorie van toelichting een nadere toelichting geven op het instemmingsvereiste van de Minister van Financiën. Ten eerste moet vastgesteld worden dat nationaal en Europees er al talloze regels zijn voor beloningen in de financiële sector. Voor systeemrelevante banken geldt dat er sprake is van een impliciete collectieve garantstelling. Deze banken zijn «too big to fail». Die mogen niet failliet gaan als het fout gaat. Het handelen van deze banken is om die reden strak gereguleerd, omdat de risico's die gelopen worden uiteindelijk op het collectief kunnen worden afgewenteld. Daarom worden eisen gesteld aan bijvoorbeeld het eigen vermogen van banken en aan de beloningen van bankiers. Deze ingrepen in het eigendomsrecht van banken zijn gerechtvaardigd omdat het verlies dat zij mogelijk lijden niet beperkt blijft tot de bank zelf. Steeds opnieuw zullen nationale en internationale autoriteiten in het toezicht en de regulering zich de vraag stellen of banken veilig zijn in die zin dat zij verliezen niet kunnen afwentelen op het collectief, dan wel dat de risico's van beleid van banken beperkt kunnen worden om afwenteling van verliezen te voorkomen. Systeemrelevante banken vervullen een rol in het maatschappelijk verkeer die onvergelijkbaar is met andere grote bedrijven en om die reden moet het eigendomsrecht anders gewogen worden, namelijk tegenover het risico dat verliezen geëffectueerd worden. Het beloningsbeleid speelt daarbij een rol in de prikkels die het heeft voor bankiers om te grote risico's te nemen en in het mogelijke verlies aan vertrouwen van burgers in de banken. Tenslotte wijzen de initiatiefnemers erop dat ten aanzien van het eigendomsrecht het zo is dat op het moment dat een beloningsvoorstel aan de Minister van Financiën wordt voorgelegd er nog geen sprake is van eigendomsrecht bij diegene die de beloning zal ontvangen. Pas als de aandeelhoudersvergadering akkoord gaat en de nieuwe beloning geëffectueerd wordt, ontstaat er eigendomsrecht bij diegene die de beloning ontvangt.

Zoals aangegeven staat nu al in de wet dat beloningen beheerst dienen te zijn. In de Code Banken is zelfs een scherpere formulering opgenomen, die het maatschappelijk draagvlak als overweging voorschrijft. Daarmee wordt duidelijk dat het niet alleen gaat om financiële stabiliteit van de banken, maar in feite via het maatschappelijk draagvlak ook om het vertrouwen van burgers in de banken. Dit argument zal in de memorie van toelichting verder uitgewerkt worden. Daarbij zal benadrukt worden dat juist de rol van de Minister van Financiën ziet op de vraag of bij beloningsvoorstellen er rekening is gehouden met het maatschappelijk draagvlak. Het wetsvoorstel laat onverlet dat bij beloningen er ook andere argumenten een rol spelen, zoals interne en externe beloningsverhoudingen. Beloningen moeten passend zijn ten aanzien van de complexiteit van de functie. Ten aanzien van de internationale arbeidsmarkt, een

<sup>13</sup> Artikel 92, tweede lid, onderdeel g, onder i, van Richtlijn 2013/36/EU.



argument dat vaak gebruikt wordt bij forse verhogingen van beloningen, tekenen de initiatiefnemers ten eerste aan dat voortdurende vergelijking een mechanisme in zich houdt van haasje-over-springen, wat betekent dat beloningen voortdurend fors toenemen, zonder dat dit beargumenteerd wordt middels de complexiteit van de functie of de interne beloningsverhoudingen – de verhouding tussen de top en de overige medewerkers. Dat effect wordt versterkt als voor de vergelijking andere grote bedrijven als benchmark gebruikt worden dan alleen financiële ondernemingen. Daarnaast en bovendien zijn er weinig aanwijzingen dat er daadwerkelijk sprake is van een internationale arbeidsmarkt voor topmanagers van financiële instellingen die op basis van prijs concurreren. De initiatiefnemers wijzen hierbij op het proefschrift van E. Lokin (2018), *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen*.

### *c. Verhouding tussen Minister en ECB*

*Een van de maatregelen die na de crisis van 2008 is getroffen is de introductie van Europees prudentieel toezicht door de ECB op systeemrelevante banken. In dit verband geeft artikel 4, eerste lid, van Verordening 1024/2013 de ECB de exclusieve bevoegdheid met het oog op het prudentieel toezicht om – onder andere – toe te zien op de naleving van solide governanceregelingen, met inbegrip van «beloningsbeleid en beloningspraktijk». Ingevolge artikel 4, derde lid, past de ECB daarbij de Europese regels toe, alsmede de nationale wetgeving waarbij richtlijnen zijn omgezet, met inbegrip van nationaal gemaakte keuzes die verordeningen soms mogelijk maken. Zo is het Nederlandse voorschrift dat de variabele beloning niet meer dan 20% van de vaste beloning mag bedragen strenger dan het Europese voorschrift, waarbij wordt uitgegaan van 100%. Ten aanzien van de Nederlandse systeemrelevante banken wordt dit strengere voorschrift ingevolge artikel 4, derde lid, van de verordening, gehandhaafd door de ECB.*

*De nationale toezichthouders werken in dit verband samen met de ECB in het zogenoemde gemeenschappelijke toezichtsmechanisme (GTM), onder de regie van de ECB, die verantwoordelijk is voor het doeltreffend en samenhangend functioneren van het GTM.<sup>14</sup> De nationale autoriteiten zijn daarbij verantwoordelijk voor het verlenen van bijstand aan de ECB, onder de verantwoordelijkheid en verantwoordingsplicht van de ECB. Bij het vervullen van taken volgen zij de door de ECB gegeven instructies.*

*De Afdeling is van oordeel dat de introductie van een instemmingsvereiste, waarbij de Minister van Financiën zelfstandig inhoudelijk beoordeelt of een beloningsvoorstel passend is, los van het bestaande toezichtstelsel, niet past binnen de in de verordening gegeven bevoegdheidsverdeling en deze doorkruist. Indien de initiatiefnemers ervoor zouden kiezen de taak van nationale toezichthouder op dit onderdeel te beleggen bij de Minister van Financiën, dient de uitoefening hiervan te geschieden onder de verantwoordelijkheid van ECB. Dit zou de Minister beletten om een zelfstandige inhoudelijke beoordeling te maken, waardoor het voorstel inhoudelijk niets zou toevoegen aan het bestaande stelsel.*

*De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat het introduceren van een instemmingsbevoegdheid voor de Minister van Financiën in het kader van de beloningspraktijk de bevoegdheidsverdeling in de artikelen 4 en 6 van verordening 1024/2013 doorkruist, of daaraan niets toevoegt.*

De initiatiefnemers zijn zich terdege bewust van de rolverdeling tussen de ECB, de nationale toezichthouders en de Minister van Financiën. Het is niet de intentie van de initiatiefnemers om die rolverdeling te wijzigen. De

<sup>14</sup> Artikel 6 van Verordening (EU) nr. 1024/2013.

bevoegdheid toezicht te houden op de systeemrelevante banken blijft bij de ECB. De initiatiefnemers wijzen erop dat de Minister van Financiën wel een verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de stabiliteit van het financiële stelsel en het vertrouwen van burgers in de bankensector. Nederland heeft, met een relatief grote financiële sector en ongeacht de bevoegdheidsverdeling, er zelf nadrukkelijk belang bij dat het stelsel stabiel blijft en er vertrouwen van het publiek is. Dat is ook de reden waarom Nederland wettelijk strengere beloningsregels heeft vastgelegd dan andere Europese landen. Wel is het natuurlijk zo dat de ECB het prudentieel toezicht uitoefent ook op de strengere Nederlandse beloningsregels. Op het moment dat er een beloningsvoorstel wordt gedaan voor bestuurders van systeemrelevante banken is er nog geen rol voor de ECB. Pas als een voorstel wordt voorgelegd aan de aandeelhoudersvergadering en deze de voorgestelde beloning vaststelt, is er sprake van een nieuwe beloning en kan de ECB toetsen of de beloning voldoet aan de eisen van het prudentieel toezicht. Zo blijft de ECB verantwoordelijk voor het toezicht in laatste en belangrijkste instantie. De rol die de initiatiefnemers voorstellen voor de Minister van Financiën doet daar niets aan af, maar is slechts een tussenstap in de totstandkoming van beloningen van bestuurders van systeemrelevante banken waar de ECB toezicht op blijft houden. In het geval dat de Minister instemming heeft gegeven aan een beloning, maar de ECB oordeelt vervolgens vanuit het prudentieel toezicht dat de beloning niet passend is, dan is het oordeel van de ECB doorslaggevend. De Minister kan het oordeel van de ECB niet doorkruisen. Andersom kan het men zich voorstellen dat de Minister geen instemming geeft aan een beloningsvoorstel terwijl de ECB dat wellicht wel had gedaan. Of dat zo is, kan niet vastgesteld worden, omdat het beloningsvoorstel waaraan de Minister geen instemming geeft, niet bij de aandeelhoudersvergadering voor besluitvorming terechtkomt. Het kan zijn dat de ECB een beloning goedgekeurd zou hebben die niet door de toets van de Minister komt, maar dat doorkruist het toezicht van de ECB niet. Het voegt wel toe dat de Minister van Financiën kan toetsen of beloningsvoorstellen bijdragen aan het maatschappelijk draakvlak en niet ten koste gaan van de stabiliteit van de systeemrelevante Nederlandse banken. De initiatiefnemers zullen deze verantwoordelijkheidsverdeling nader preciseren in de memorie van toelichting.

#### *d. Conclusie*

*Het voorstel maakt niet duidelijk op welke wijze het effectief bijdraagt aan de stabiliteit van het financiële stelsel. De inbreuk die het voorgestelde instemmingsvereiste van de Minister van Financiën maakt op het eigendomsrecht van de onderneming is alleen toegestaan indien daarvoor een zwaarwegende grond bestaat. De Afdeling constateert evenwel dat een dergelijke grond vooralsnog ontbreekt. Het voorstel houdt vast aan de reeds bestaande regels voor het beloningsbeleid en leidt niet tot een inhoudelijk andere normstelling ten aanzien van beloningen bij systeembanken. Op de naleving van die regels wordt al toezicht gehouden door de ECB in samenwerking met DNB. Uit de toelichting blijkt niet waarom de bestaande regels en het bestaande toezicht door de bevoegde toezichthouder niet afdoende zouden zijn. Zo bezien voegt het voorgestelde alleen een extra procedurele stap toe aan het stelsel, die diep ingrijpt in de autonomie van de onderneming. Gelet hierop valt niet in te zien waarom de voorgestelde toevoeging van de beoordeling door de Minister van Financiën nodig wordt geacht en waarom, gelet op het ingrijpende karakter van de inbreuk, sprake zou zijn van een behoorlijk evenwicht tussen die maatregel en het beoogde doel. Daarnaast doorkruist het voorstel op ontoelaatbare wijze de bevoegdheid van de ECB zoals geregeld in Verordening 1024/2013.*

#### 4. Definitie vaste beloning

*Het voorstel scherpt de definitie van vaste beloning in artikel 1:111 Wft aan. Aandelen in de onderneming en andere financiële instrumenten waarvan de waardestijging mede afhankelijk is van de waardestijging van aandelen in de onderneming of daaraan verbonden ondernemingen, behoren volgens deze aangescherpte definitie niet tot de vaste beloning. Hiermee wordt beoogd tegen te gaan dat van deze vaste beloningsbestanddelen verkeerde prikkels uitgaan: volgens de toelichting blijkt in de praktijk dat de vaste beloning ook bestaat uit bestanddelen die een variabele waarde hebben (zoals aandelenpakketten). Hierdoor kan een deel van de vaste beloning toch variabel zijn hetgeen een prikkel kan opleveren voor de betrokkene om het beleid van de onderneming te richten op snelle koersstijgingen.<sup>15</sup>*

*De bepalingen in de Wft inzake beloningsbeleid vormen de implementatie van de artikelen 92 tot en met 95 van Richtlijn 2013/36, en moeten mede in het licht van de EBA richtsnoeren inzake beloningen worden gelezen. Ingevolge artikel 92 van Richtlijn 2013/36 dienen vaste beloningen in de eerste plaats een weerspiegeling te zijn van relevante werkervaring en organisatorische verantwoordelijkheid. Ingevolge de EBA-richtsnoeren inzake beloningen mogen vaste beloningen alleen als vast worden aangemerkt, indien zij geen prikkels geven voor het aangaan van risico's.<sup>16</sup> Dit lijkt te betekenen dat volgens de bestaande regels uitkeringen in de vorm van aandelen en vergelijkbare instrumenten alleen als vaste beloning mogen worden aangemerkt indien en voor zover zij geen prikkels geven voor het aangaan van risico's. In zoverre voegt het voorstel aan de al geldende regelingen niets toe.*

*Waar het gaat om aandelenpakketten in de onderneming die worden verstrekt als beloning aan een bestuurder met daarbij de voorwaarde dat deze gedurende een bepaalde – langere – periode niet mogen worden verkocht, is het de Afdeling niet op voorhand duidelijk waarom daarvan perverse prikkels zouden uitgaan. Ook zou kunnen worden gesteld dat deze vorm van beloning juist een prikkel geeft om het langetermijnspectief van de bank in het oog te houden. De voorgestelde aanscherping zou, gelet op het doel ervan, op die gevallen niet van toepassing moeten zijn.*

*Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de voorgestelde aangescherpte definitie van vaste beloning opnieuw te bezien.*

Beloningen die gekoppeld zijn aan de waardestijgingen van de onderneming geven per definitie de prikkel om waarde van de onderneming te doen toenemen. De vraag is of daarmee risico's worden aangegaan. De Afdeling advisering verwijst naar de richtsnoeren van de EBA om te betogen dat alleen als vaste beloningen geen prikkels hebben om risico's aan te gaan deze als vast mogen worden gedefinieerd. Daarnaast kunnen aandelenpakketten die voor een bepaalde periode moeten worden aangehouden ook de prikkel hebben dat bestuurders het langetermijnspectief in het oog houden. Voor de initiatiefnemers is dit precies waarom een aanscherping wordt voorgesteld. Het geven van beloningen in termen van financiële instrumenten heeft invloed op het beleid van bestuurders. Dat kan een combinatie zijn van positieve en negatieve prikkels. Als aandelenpakketten heel lang moeten worden vastgehouden, is er bijna sprake van een vaste beloning, maar hoe korter die periode is, hoe groter

<sup>15</sup> Toelichting, algemeen deel, hoofdlijnen van het wetsvoorstel.

<sup>16</sup> Punt 117, onder g, Richtsnoeren van 27 juni 2016 betreffende een beheerst beloningsbeleid, EBA/GL/2015/22.

de prikkel om als bestuurder zelf invloed uit te oefenen op de waarde van de onderneming. Er ontstaat dan een persoonlijk belang dat het belang van de onderneming kan doorkruisen. De initiatiefnemers willen een scherpere scheiding tussen vaste en variabele beloningen dan nu in de wet is vastgelegd.

##### *5. Bredere maatschappelijke discussie*

*Het voorstel staat blijkens de toelichting louter in de sleutel van de vermindering van financiële risico's. In het voorgaande heeft de Afdeling het voorstel dan ook vanuit die invalshoek beoordeeld. Tegelijkertijd is duidelijk dat het voorstel geplaatst moet worden tegen de achtergrond van de brede maatschappelijke discussie over beloning en inkomen. Dit debat wordt sinds de financiële en (in nasleep daarvan) economische crisis uitvoerig gevoerd en is recentelijk weer opgeleaid naar aanleiding van het verhogen van salarissen in de top van banken. Voornoemde discussie maakt duidelijk dat de maatschappelijke impact van het verhogen van salarissen in de bancaire sector niet alleen wordt gevoeld vanwege het belang dat aan financiële stabiliteit bij systeembanken wordt gehecht. Alhoewel het wetsvoorstel nadrukkelijk wordt gemotiveerd vanuit het oogmerk om de financiële stabiliteit te vergroten, spelen ook andere thema's een belangrijke rol in de discussie.<sup>17</sup> Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de verhouding tussen de beloningen van de top en de rest van de onderneming, de absolute hoogte van beloningen en de verhouding met beloningen die elders aan bestuurders worden toegekend, dit mede tegen de achtergrond van een debat over de ontwikkeling van de inkomens en de inkomensverhoudingen. Uit de brede maatschappelijke discussie volgt eveneens dat, ondanks de onder punt 2 beschreven maatregelen gericht op het vergroten van financiële stabiliteit, het maatschappelijk vertrouwen in de bancaire sector nog niet is hersteld.*

*De Afdeling onderkent dat het voorstel raakt aan bovengenoemde maatschappelijk discussie. Indien de initiatiefnemers het op zichzelf wezenlijke vraagstuk van beloningen en inkomen aan de orde willen stellen, vergt dit een andere aanpak dan thans voorgesteld.*

De initiatiefnemers delen de observatie van de Afdeling advisering dat er een bredere maatschappelijke discussie is over beloningen en inkomen. Bij grote bedrijven is er een noodzaak om tot maatregelen te komen om de grote verschillen aan de orde te stellen. De initiatiefnemers zijn echter van oordeel dat de aanpak bij grote bedrijven in de echte marktsector fundamenteel anders is dan de aanpak in de financiële sector. Stabiliteit en vertrouwen zijn in de financiële sector aspecten die wezenlijk anders zijn dan bijvoorbeeld bij supermarkketens of autobedrijven. Dat betekent ook dat de rol van de overheid anders is in de financiële sector dan in de echte marktsector. Alle al bestaande nationale en internationale wet- en

---

<sup>17</sup> Zie in dit verband ook het verslag van de hoorzitting op 28 Maart 2018 in de vaste Kamercommissie voor Financiën met dhr. Van der Veer en het plenair debat in de Tweede Kamer op 4 april over de verhoging van de beloning van de bestuursvoorzitter van ING.

regelgeving zijn daarvan een illustratie. De initiatiefnemers zullen dit verschil in de memorie van toelichting nader toelichten.

*De Vice-President van de Raad van State,  
J.P.H. Donner*

De initiatiefnemers,  
Snels  
Tony van Dijk  
Leijten  
Nijboer  
Van Raan  
Van Rooijen  
Azarkan