

De aanbevelingen van de commissie-De Wit

*Mr. J. P. Kreule**

Inleiding

‘Er is veel krediet verloren gegaan’, is de conclusie van het onderzoek door de tijdelijke commissie financieel stelsel, oftewel de commissie-De Wit (hierna: de Commissie). Dit onderzoek is gedaan naar aanleiding van de crisis in het financieel stelsel die zich sinds september 2008 voordoet. Op 10 mei 2010 heeft de Commissie haar rapport ‘Verloren krediet’¹ aangeboden aan de Tweede Kamer en op 1 september 2010 heeft de Commissie vragen van de vaste Kamercommissie voor Financiën beantwoord.² Tevoren was er vrij veel kritiek op de benoeming van de Commissie en de uitvoering van het onderzoek door de Commissie. De Commissie zou overbodig zijn omdat het een internationale crisis betreft en een nationaal onderzoek daarom weinig zou toevoegen. Bovendien zou de Commissie te slap zijn opgetreden tijdens de verhoren van diverse personen uit de financiële wereld, onder wie wetenschappers, experts, onderzoekers, (eind)verantwoordelijken binnen de Nederlandse financiële sector, Nederlandse toezichthouders en politici. Ondanks de kritiek is het uiteindelijke rapport toch met enthousiasme en steunbetuigingen ontvangen. De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) bijvoorbeeld, heeft – hoewel zij zich niet kon vinden in de conclusies ten aanzien van het optreden van DNB inzake ABN AMRO en Landsbanki – aangegeven de meeste aanbevelingen als waardevol en op te volgen te zien.³

Volgens de Commissie zijn velen schuldig aan het ontstaan van de crisis, die leidde tot miljarden verslindende reddingsoperaties voor banken en economische recessie in veel landen, waaronder Nederland. Het waren niet alleen de banken die schuldig waren, maar ook falende toezichthouders, aandeelhouders en spaarders, politici in het kabinet en de Kamer, accountants en kredietbeoordelaars. Ook is het de Commissie opgevallen dat veel van de gehoorde hoofdrolspelers ‘in geringe mate blijk geven van een kritische kijk op hun eigen rol in het ontstaan van de problemen en op hun falen in het voorkomen ervan. Dat gebrek aan zelfreflectie verontrust de Commissie.’⁴ De Commissie vreest dat iedereen weer snel zal overgaan tot *business as usual*. In haar rapport waarschuwt de

Commissie dan ook voor een nieuwe financiële crisis die nog ingrijpender kan zijn dan de vorige.

Na de verkiezingen d.d. 9 juni 2010 is de Commissie opnieuw ingesteld voor het tweede deel van het onderzoek. Dit tweede deel zal zien op de crisismaatregelen die de regering heeft getroffen om de financiële sector overeind te houden. Wanneer deel twee wordt opgeleverd is nog onbekend.

De kern van het eerste deel van het rapport bestaat uit 27 aanbevelingen die zien op het financiële stelsel. De Commissie is tot haar aanbevelingen gekomen aan de hand van interviews met diverse personen uit de financiële wereld en een tweetal deelonderzoeken uitgevoerd door de Universiteit Utrecht (Faculteit Recht, economie, bestuur en organisatie) en Loyens en Loeff Amsterdam. Het eerste deelrapport is een overzicht en analyse van de relevante nationale wetgeving en regelgeving voor het financiële stelsel (hierna: het Deelrapport).⁵ Het tweede deelrapport bestaat uit een overzicht en analyse van het nationale en internationale toezichtstelsel binnen het financiële stelsel.⁶

In deze bijdrage ga ik in op de door de Commissie gedane aanbevelingen met betrekking tot het beloningsbeleid en de bedrijfsvoering, waarbij ik zal kijken of de aanbevelingen voldoende zijn om de huidige problemen op deze punten te verhelpen.

Aanbevelingen Commissie

Wat betreft het beloningsbeleid is de Commissie van oordeel dat de reikwijdte van een aantal beloningsprincipes, zoals die al is opgenomen in de Code Banken, de Principes van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en DNB, en de kabinetsplannen, dient te worden uitgebreid naar andersoortige financiële instellingen dan banken. De Commissie beveelt aan de principes niet alleen voor bestuurders en senior management te formuleren, maar voor alle functionarissen binnen de financiële instelling, inclusief de handelaren. Het gaat er volgens de Commissie om dat er een evenwichtig beloningshuis tot stand komt, waarbij perverse prikkels tot het nemen van risico’s, bijvoorbeeld door retentie-, exit- en welkomstpakketten, worden vermeden. Het beloningsraamwerk dient expliciet en transparant te zijn, zodat een financiële instelling

5. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 6.

6. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 7.

* Mr. J.P. Kreule is advocaat bij Loyens & Loeff.

1. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 3-4.

2. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 11.

3. Zie de brief ‘Reactie DNB op het rapport van de commissie de Wit’ d.d. 27 mei 2010, Kamerbrief 31 mei 2010. Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 10.

4. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 3-4, p. 8.

daarop kan worden aangesproken en afgerekend. Het uitgangspunt bij het vaststellen daarvan zou moeten zijn: geen winst, geen bonus. Bovendien onderschrijft de Commissie de voorstellen van de minister van Financiën om vergaande voorwaarden te stellen aan beloningen van bestuurders van financiële ondernemingen in geval van steunverstrekking door de overheid.⁷

Wat betreft de bedrijfsvoering is de Commissie van mening dat een gedragsverandering bij de verantwoordelijken in de financiële sector noodzakelijk is. De Commissie roept de sector op om op korte termijn deze visie te ontwikkelen en te verankeren in de Code Banken. De Commissie beveelt aan dat onder toezicht staande financiële instellingen worden verplicht om een plan van aanpak op te stellen voor de wijze waarop zij invulling gaan geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. In dit plan van aanpak geven instellingen aan welk beleid zij voeren om benodigde cultuurveranderingen binnen hun instellingen te bewerkstelligen. De toezichthouders DNB en AFM monitoren de voortgang van de ontwikkeling en uitvoering van dit plan van aanpak en nemen de bevindingen hieromtrent mee in de uitvoering van hun toezicht.⁸

Het huidige beloningsbeleid: regelgeving

Voor Nederland is (de vaststelling van) het beloningsbeleid geregeld in (1) Boek 2 Burgerlijk Wetboek, (2) de Corporate Governance Code(s) (waarbij het *comply or explain*-beginsel geldt), (3) de Wet belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen, (4) de Wet op de ondernemingsraden en (5) de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft).

Daarnaast zijn als antwoord op de kredietcrisis een aantal aanbevelingen, rapporten en een Herenakkoord verschenen. Het Herenakkoord is op 30 maart 2009 gesloten tussen de minister van Financiën en de financiële sector en gaat over een duurzaam en gematigd beloningsbeleid.⁹ De AFM en DNB hebben gezamenlijk de 'Principes voor een beheerst beloningsbeleid' geschreven.¹⁰ De Adviescommissie Toekomst Banken (commissie-Maas) heeft op verzoek van de Nederlandse Vereniging van Banken het rapport 'Naar herstel van vertrouwen' uitgebracht.¹¹ Dit gaat onder meer over beloningen en hierin geeft ze een aantal aanbevelingen. In het verlengde hiervan heeft de Nederlandse Vereniging van Banken de Code Banken gepresenteerd.¹² Op 1 juni 2010 heeft de Code Banken een verankering in de wet gekregen op dezelfde wijze als de Corporate Governance Code. Banken zijn verplicht om in hun jaarverslag mededeling te doen over de naleving van de principes

van de Code Banken. De genoemde aanbevelingen, rapporten en het Herenakkoord zijn weliswaar invloedrijk, maar niet dwingend en vaak niet bindend.

Kanttekeningen op het huidige beloningsbeleid

In het Deelrapport wordt opgemerkt dat, ondanks de aanwezigheid van wet- en regelgeving en niet-bindende regels, het de vraag blijft of deze regels de juiste prikkels bevatten om tot nakoming van een verantwoord beloningsbeleid te komen. Hierna zal ik een aantal van de in het Deelrapport beschreven kanttekeningen, in het Deelrapport ook wel 'lacunes' genoemd, behandelen.

Bevoegdheden DNB en AFM

De AFM en DNB zijn gezamenlijk met Principes gekomen voor een beheerst beloningsbeleid. Deze Principes richten zich op alle financiële ondernemingen die onder het toezicht van de AFM of DNB staan. De bedoeling is dat de Principes in de Wft verankerd worden, zodat de AFM een toepasbaar en concreet aanknopingspunt heeft om de Principes te handhaven. Ten aanzien van de mogelijke handhaving van AFM wordt in de Principes wel expliciet gesteld dat de AFM niet kan handhaven zolang de Principes niet in de Wft worden verankerd. Daarnaast is het op dit moment nog onduidelijk welke bevoegdheden DNB heeft en in hoeverre DNB naleving van de Principes kan afdwingen.

Wet- en regelgeving

De rapporten, regels, principes en aanbevelingen die recentelijk zijn verschenen, kunnen wel de huidige maatschappelijke normen van het beloningsbeleid invullen, maar zijn tot op heden niet dwingend. Bovendien kan van de Corporate Governance Codes worden afgeweken en richten de wet en Corporate Governance Codes zich op bestuurdersbeloningen, terwijl er ook behoefte blijkt te zijn aan regels die werknemersbeloningen regelen.

Bepaalde regels – zoals de Code Frijns – gelden slechts voor de toekomst. Dit is nadelig voor bijvoorbeeld de *claw back*. Via de *claw back* wordt het voor de raad van commissarissen mogelijk om variabele beloningen terug te vorderen die op basis van onjuiste (financiële) gegevens aan bestuurders waren toegekend. Door de Code Frijns wordt de *claw back* als *best practice* erkend, maar deze is pas mogelijk als hij in de arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap is opgenomen. De bestaande arbeidsovereenkomsten tussen werknemers/bestuurders en de financiële onderneming kunnen niet zomaar worden gewijzigd, waardoor de *claw back* in de praktijk (nog) niet vaak kan worden toegepast. Overigens wordt in de literatuur betoogd dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, de onvoorziene omstandigheden of het goed werkgever- of werknemerschap een rol kunnen spelen in de beoordeling van het arbeidscontract en dat dit onder

7. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 3-4, p. 14.

8. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 3-4, p. 15.

9. Kamerstukken II 2008/09, 31 371, nr. 154.

10. Deze Principes zijn te vinden op <www.dnb.nl/binaries/Principes%20voor%20beheerst%20beloningsbeleid_tcm46-216619.pdf>.

11. Het rapport is te vinden op <www.nvb.nl/scrivo/asset.php?id=290352>.

12. De Code Banken is te vinden op <www.nvb.nl/scrivo/asset.php?id=534017>. Voor meer informatie, zie S.B. Buijn, De Code Banken in vogelvlucht, V&O 2009, p. 257.

omstandigheden tot wijziging van de overeenkomst zou kunnen leiden.¹³

Tot slot, de regelingen gelden vaak alleen voor Nederland, terwijl de markt vaak Europees dan wel mondiaal is. Zoals in diverse regelingen is aangegeven, worden variabele beloningen benut om talent mee aan te trekken. Indien regelingen alleen voor Nederland gelden, zal Nederland een te groot concurrentienadeel ondervinden. Het lijkt daarom van belang om ook bindende regels op Europees en mondiaal niveau te hebben.

Europese regelgeving

De Europese Commissie heeft op 30 april 2009 twee verschillende aanbevelingen gepubliceerd.

Eén aanbeveling heeft betrekking op de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen,¹⁴ dit is een aanvulling op reeds bestaande aanbevelingen in 2004¹⁵ en 2005,¹⁶ waarvan is geconstateerd dat deze tijdens de kredietcrisis niet bevredigend werden toegepast.¹⁷ In de eerste aanbeveling wordt aandacht besteed aan de variabele beloningen (waarbij het maximeren en het koppelen aan de lange termijn een belangrijke rol spelen), de *claw back*, de beëindigingsvergoeding, de beloning in aandelen, de rol van de algemene vergadering van aandeelhouders, en tot slot wordt aandacht besteed aan de remuneratiecommissie.

De tweede aanbeveling ziet op het beloningsbeleid in de financiële sector.¹⁸ In deze aanbeveling wordt aandacht besteed aan diverse onderwerpen met betrekking tot het beloningsbeleid in de financiële sector; de aanbeveling is van toepassing op de beloningen van werknemers die door hun werkzaamheden het risicoprofiel van de financiële onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden.

Kanttekeningen Europese regelgeving

Ook bij de Europese regelgeving worden in het Deelrapport enkele kanttekeningen geplaatst.¹⁹

Hoewel de Europese Commissie ervan uitgaat dat de aanbevelingen geïmplementeerd worden in nationale wetgeving, zijn deze aanbevelingen niet bindend. Hierbij wordt in het Deelrapport aangegeven dat het zeer goed mogelijk is dat financiële ondernemingen die de lokale beloningsregels niet meer aantrekkelijk achten, zich naar andere lidstaten verplaatsen omdat daar minder strenge regels kunnen gelden.

Ook wordt in het Deelrapport de kanttekening geplaatst dat tijdens het ontstaan van de crisis er maar weinig regels/nor-

men waren. De meeste adviezen en aanbevelingen op Europees niveau zijn pas als reactie op de kredietcrisis geformuleerd. De twee genoemde aanbevelingen uit 2004 en 2005 die er tijdens de kredietcrisis wél waren, werden, zoals reeds gezegd, niet bevredigend toegepast.

Noodzakelijke veranderingen

Het is duidelijk dat het tijd is voor verandering. In de praktijk is een aantal grote veranderingen nodig, in ieder geval op het gebied van het beloningsbeleid, risicomanagement en cultuur en gedrag.

Een cultuurverandering is zeer ingrijpend, dit is niet gemakkelijk te bereiken. Een instelling moet zelf van de noodzaak van een dergelijke cultuurverandering doordrongen zijn om die cultuurverandering te laten plaatsvinden. Het is maar de vraag of dit op een korte termijn bewerkstelligd zal kunnen worden. Uit een rapportage van DNB naar de feitelijke beloningssituatie is gebleken dat de instellingen menen dat ze grotendeels voldoen aan de Principes voor een beheerst beloningsbeleid, terwijl DNB van mening is dat dit niet het geval is.²⁰ Het kan zijn dat financiële instellingen een verkeerd beeld van hun eigen beloningsbeleid hebben en dat de beloningsproblematiek niet kan worden opgelost zolang niet door een externe toezichthouder wordt getoetst of daadwerkelijk is voldaan aan de regelingen.

Bij het doorvoeren van de veranderingen is het van groot belang dat de financiële instellingen de relevante bepalingen in de regelgeving met betrekking tot het beloningsbeleid niet alleen formeel afwerken, maar deze bepalingen inhoudelijk serieus nemen en door laten werken in de gehele organisatie. Het gaat – zoals Jaap Winter reeds aangaf voor de Code Banken²¹ – om meer dan vinkjes zetten bij de bepalingen. Momenteel bestaat bij banken draagvlak voor naleving van de Code Banken en wordt de Code Banken ook daadwerkelijk toegepast. De vraag is of de financiële instellingen de aanbevelingen van de Commissie zullen naleven indien deze niet in de Code Banken zijn geïmplementeerd. Deze twijfel wordt bevestigd door de antwoorden op de vragen van de vaste Kamercommissie voor Financiën, waarin de Commissie een afnemende aandacht constateert voor de resultaten van de reflectie op de oorzaken van de financiële crisis. De Commissie acht de berichten over *business as usual* in de financiële sector, bijvoorbeeld waar het bepaalde risicovolle activiteiten en beloningen betreft, illustratief. Naarmate de directe dreiging van faillissementen en/of ontslag wegvalt, ontstaat blijkbaar weer meer ruimte voor de ongewenste activiteiten die mede oorzaak waren van de financiële crisis.

13. G.T.M.J. Raaijmakers & F.G.K. Overkleef, Bestuurdersbeloning, de nieuwe Code en de kredietcrisis, FR 2009, nr. 2/3, p. 91.

14. C (2009) 3177.

15. 2004/913/EG.

16. 2005/162/EG.

17. SEC (2007) 1022, p. 3-4 en SEC (2009) 280, p. 49.

18. C (2009) 3159.

19. Kamerstukken II 2009/10, 31 980, nr. 6, p. 254.

20. DNB, Naar een beheerst beloningsbeleid, rapportage van het onderzoek naar de beloningssituatie bij Nederlandse financiële ondernemingen, september 2009.

21. Zie D. van Seventer, Laat de Code Banken geen vijgenblad zijn, interview met J.W. Winter, Bank/Wereld, oktober 2009, p. 13.

De aanbevelingen van de Commissie gaan verder dan de Code Banken. Op het gebied van het risicomanagement beveelt de Commissie aan dat het formuleren van de risicobereidheid zoals dat in de Code Banken verplicht wordt gesteld, aangevuld wordt met het expliciet toetsen van gehanteerde verdienmodellen binnen een financiële onderneming. Ook op het punt van het beloningsbeleid gaan de aanbevelingen van de Commissie verder. Waar de Code Banken met name op de beloningen van de leden van de raad van bestuur ziet en in mindere mate op die van het 'senior management' en de overige medewerkers van de bank, is in de aanbevelingen van de Commissie expliciet opgenomen dat de beloningsprincipes moeten worden uitgebreid naar de gehele organisatie. Bovendien beveelt de Commissie aan om door middel van aanvullende regels op de Code Banken paal en perk te stellen aan retentie-, exit- en welkomstpakketten, voor zover die tot perverse prikkels leiden.

Wat betreft de naleving van de Code Banken beveelt de Commissie aan dat DNB en AFM in hun toezichtbeleid expliciet rekening gaan houden met de wijze waarop een financiële instelling voldoet aan de Code Banken. Dat zou kunnen betekenen dat een instelling die niet voldoet aan de Code Banken onder een ander toezichtregime komt te staan. De Commissie is van mening dat het aan AFM en DNB is om hier een nadere invulling aan te geven. Bovendien moet er voor financiële instellingen zo weinig mogelijk ruimte zijn om gebruik te maken van de optie om uit te leggen waarom zij niet voldoen aan de Code Banken. Er moeten duidelijke en strakke normen zijn voor de 'leg uit'-optie en het moet duidelijk zijn welke sancties er zijn als ten onrechte gebruik is gemaakt van de 'leg uit'-optie. Afhankelijk van de naleving en effectiviteit van de Code Banken zal een wettelijke regeling in beeld moeten blijven.

Conclusie

Voor de Code Banken bestaat voldoende draagvlak onder de banken en deze wordt dan ook door de banken toegepast. Het is maar de vraag of de aanbevelingen van de Commissie zullen leiden tot een verantwoord beloningsbeleid en de gewenste cultuurverandering indien zij niet worden geïmplementeerd in de Code Banken. Nu de aanbevelingen van de Commissie niet wettelijk zijn vastgelegd en er geen sancties zijn gesteld op het niet-naleven van de aanbevelingen, is het een kwestie van goed vertrouwen dat deze ook daadwerkelijk nageleefd worden. Daarbij is het van belang dat niet alleen naar de letter wordt nageleefd, maar ook naar de geest. Bovendien dienen de noodzakelijke veranderingen door te werken in de gehele organisatie. De naleving vraagt voor een belangrijk deel om een gedragsverandering binnen de sector, financiële instellingen zullen zelf de noodzaak ervan in moeten zien.

In feite zijn de gedane aanbevelingen van de Commissie te beschouwen als een laatste kans voor de financiële instellingen. Als de financiële instellingen geen actie ondernemen om de situatie te verbeteren, dan zullen er sancties moeten komen op

het niet-naleven van de aanbevelingen teneinde tot een verantwoord beloningsbeleid te komen. De toekomst zal ons leren of het zover zal moeten komen of dat de financiële instellingen zonder de dreiging van eventuele sancties hun verantwoordelijkheid zullen nemen.