

Your World First

C/M/S/

Law . Tax



Toezichthouders in het mijnenveld van de beloningen

september 2014

Toeziethouders in het mijnenveld van de beloningen

Sinds 2013 is de regulering van beloningen voor bestuurders sterk toegenomen. Het einde is nog niet in zicht. De vele regels, uitzonderingen en gerechtelijke uitspraken zijn een bron van verwarring. Het is aan de toezichthouder om het beloningsbeleid aan te passen, effectief te maken en het salarisgebouw gezond te houden. Daarnaast ligt er een taak voor toezichthouders om te proberen toekomstige wetgeving realistisch te houden.

Dat er veel nieuwe wetgeving is gekomen voor de beloning van bestuurders, is geen toezichthouder ontgaan. De vrijheid om bestuurders aan te trekken en te sturen met beloning, is sterk ingeperkt.

De meeste regels zijn ingevoerd na 2013. Toen is de WNT (Wet Normering bezoldiging Topfunctionarissen publieke en semipublieke overheid) van kracht geworden, die in 2014 is aangescherpt. De Wft (Wet financieel toezicht) is in 2014 eveneens gewijzigd, waarbij voorwaarden zijn gesteld aan de variabele beloning en het terugvorderen van reeds betaalde bonussen.

Algemeen wordt aangenomen dat verzet tegen nieuwe wetgeving nutteloos is. De tijdgeest ademt regulering en toezichthouders moeten zich aanpassen. Toch is het aan toezichthouders om knelpunten die de wetgeving veroorzaakt onder de aandacht te brengen van politici en overheden.

Dat de nieuwe wetgeving verrassingen gaat opleveren is waarschijnlijk. Nieuwe beloningscontracten die onder nieuwe wetten vallen, wijken bijvoorbeeld sterk af van beloningscontracten van voor 2013. Hierdoor kunnen er enorme beloningsverschillen ontstaan tussen bestuurders van dezelfde organisatie. Het is zelfs mogelijk dat de bestuursvoorzitter straks de laagste beloning geniet binnen het bestuur. Het is ook denkbaar dat het tweede echelon in de organisatie straks beter wordt beloond dan het bestuur. Dit omdat de nieuwe beloningswetgeving overwegend (maar niet uitsluitend) geldt voor bestuurders.

De wetgeving

Met de invoering van de WNT is zelfregulering in het beloningsbeleid een gepasseerd station. De maximale beloning voor bestuurders in de (semi-) publieke sector is sinds vorig jaar wettelijk gelimiteerd tot 130 procent van het ministersalaris. Er staat een wetwijziging op stapel die het salaris verder beperkt: tot 100 procent van het ministersalaris. Ook de hoogte van de ontslagvergoeding is door de WNT beperkt, tot 75.000 euro.

Er is ook wetgeving gekomen die geldt voor financiële ondernemingen. Zo is de Wft (Wet financieel toezicht) zodanig aangepast dat er een verbod is op de gegarandeerde bonus en dat variabele beloningen worden gemaximeerd.

Ook is de Wet claw back ingevoerd. Die geeft toezichthouders en commissarissen mogelijkheden om bonussen van bestuurders terug te vorderen. Bijvoorbeeld als de informatie op basis waarvan ze zijn verstrekt onjuist blijkt te zijn. Of als de bonussen onredelijk hoog blijken te zijn op basis van redelijkheid en billijkheid.

Maatschappelijk draagvlak

De wens om te reguleren vloeit vooral voort uit integriteitsincidenten. In de ogen van de politiek zijn de verschillende sectoren zelf onvoldoende in staat gebleken de integriteit te waarborgen. Regulering van beloningen van bestuurders kan daardoor rekenen op een groot draagvlak in de maatschappij. In de politiek is geen spoor van twijfel over de nieuwe wetgeving, ook niet binnen partijen die dicht bij het bedrijfsleven staan. Verdere regulering is waarschijnlijker dan matiging ervan. Er liggen nog vier aanpassingen van de wetgeving in het verschiet die het belonen van bestuurders verder reguleren.

Toezichthouders over belonen

Op woensdag 27 augustus organiseerde CMS samen met het NKCC (Nederlands KennisCentrum voor Commissarissen en Toezichthouders) een rondetafelbijeenkomst over de toezichthouder in het mijnenveld van de beloningen. Ruim dertig commissarissen en toezichthouders debatteerden over de wet- en regelgeving voor bestuurdersbeloningen, verdere regulering en handvatten om deze wetgeving en jurisprudentie een plaats te geven in de governance van hun organisaties. De input en de discussies vormden de leidraad voor dit whitepaper.

Gevolgen

De nieuwe wetgeving voor beloningen en het tempo waarin de veranderingen worden ingevoerd, leidt tot onzekerheid onder toezichthouders. Met name over het overgangsrecht, de interpretatie van de regels door ambtenaren en externe toezichthouders en de gedeeltelijke overlap tussen de wetgeving, waardoor de uitwerking ervan niet op voorhand duidelijk is.

De vergelijking is gemaakt met de nieuwe maximumsnelheid op snelwegen. De norm is dat je 130 kilometer per uur mag rijden, maar er zijn ook trajecten waar 120 of zelfs 100 geldt, onderbroken door enkele 80-kilometer trajecten. De maximumsnelheden zijn overdag anders dan 's nachts. Als chauffeur zit je vaker naar de borden dan naar de weg te kijken, terwijl je ondanks je oplettendheid toch nog een bon krijgt.

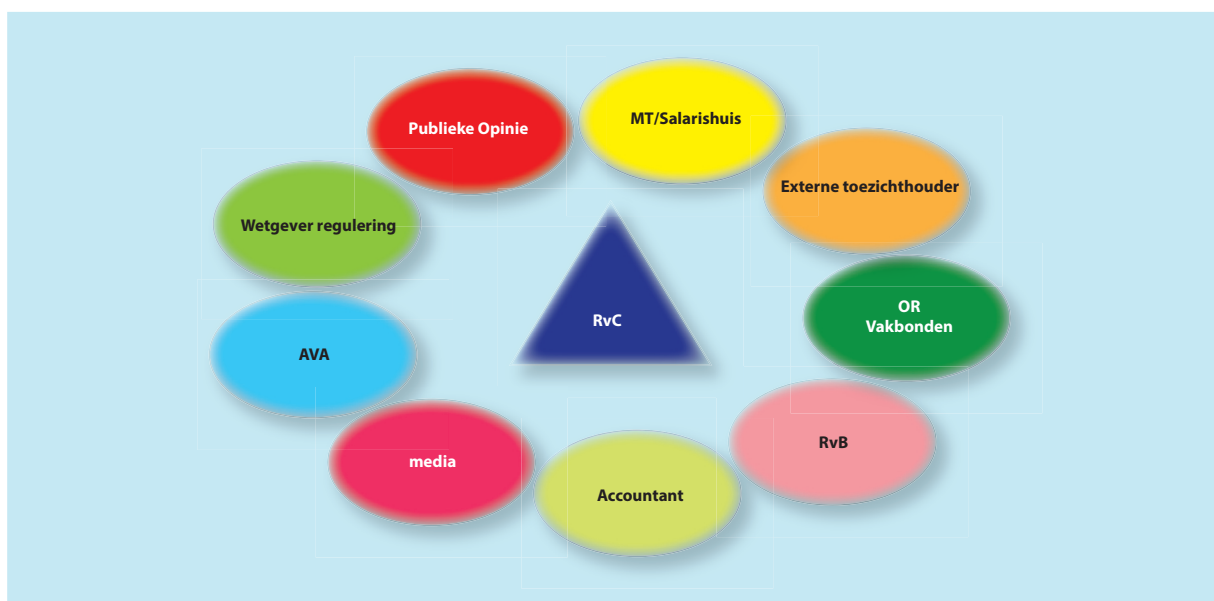
Hetzelfde gebrek aan helderheid wordt ook ervaren in de wetgeving over beloningen. In de WNT is bepaald dat afspraken over beloningen en ontslagvergoedingen die het WNT-maximum te boven gaan, niet rechtsgeldig zijn. Betalingen die de in de

WNT genoemde maxima overschrijden gelden als onverschuldigde betalingen die de instelling van de topfunctionaris moet terugvorderen. De controlerend accountant is verplicht om onverschuldigde betalingen aan de minister te melden.

De minister kan topfunctionarissen en toezichthouders een dwangsom opleggen om betalingen die in strijd zijn met de WNT terug te draaien. Eventueel kan de overheid het teveel betaalde salaris terugvorderen.

De toepassing van de wet heeft voor toezichthouders nog veel onduidelijkheden, ook de bepalingen die gelden voor gesubsidieerde instellingen. Alleen instellingen die voor meer dan de helft worden gesubsidieerd en die meer dan een half miljoen euro aan subsidie ontvangen, vallen onder de werking van de WNT. Maar dan alleen als deze voorwaarden zich drie opeenvolgende jaren voordoen.

De toepassing van de wet en vooral de onduidelijkheden die er door ontstaan, leidt verder tot spanningen in de verhouding tussen bestuurders en toezichthouders. De WNT is algemeen van toepassing voor de gehele (semi-)publieke sector, waar-



mee geen rekening wordt gehouden met sectorale verschillen en individuele situaties. De wet beperkt de toezichthouder in de mogelijkheden om redelijke maatwerkoplossingen te vinden voor bestuurders aan het einde van hun carrière of voor organisaties die in transitie zijn.

Niet altijd is duidelijk wat precies onder subsidie wordt verstaan. Zijn dat reguliere subsidies, of ook andere faciliteiten? Toezichthouders vrezen willekeur van ambtenaren. Nu al zijn er signalen dat overheden bij toekenning van projecten aan instellingen eisen stellen aan de beloning van bestuurders, ook al ontbreekt de wettelijke basis voor deze eisen.

In de rechtspraak, in het bijzonder bij beëindigingsprocedures, blijkt dat rechters een verschillende uitleg geven aan de betekenis en draagwijdte van de WNT.

Oplossingen

Werkbare oplossingen voor beloningspakketten aan bestuurders zijn nog niet algemeen bekend. Beloningsdeskundigen en juristen werken daaraan. Er is ook nog niet bekend of er houdbare sluiptwegen zijn om buiten de wettelijke kaders om toch hogere beloningen toe te kennen. Bijvoorbeeld door een bestuursfunctie zodanig te wijzigen dat de WNT er niet meer op van toepassing is. Of het construeren van juridische entiteiten rond bestuurders, zodat niet de persoon maar een consultant via een onderneming wordt ingehuurd voor het vervullen van een topfunctie.

De eerste taak van een toezichthouder die bij een instelling of een bedrijf aan de slag gaat, is om goed te onderzoeken wat de beloningsafspraken

zijn. Beloningsafspraken moeten worden getoetst aan de nieuwe wetgeving. Er mogen geen lijken uit de kast tuimelen die voor onrust zorgen of leiden tot bestuurlijke verlamming. Tegelijkertijd moet de toezichthouder het gesprek (kunnen) aangaan met de bestuurder die geconfronteerd wordt met een verlaging van zijn beloning vanwege nieuwe wetgeving.

Aansluitend moet een toezichthouder erop letten dat er een gezond evenwicht komt in het beloningsgebouw. De nieuwe wetgeving kan leiden tot ontsparingen waarbij de beloning van het bestuur niet meer in verhouding staat tot arbeidsvoorwaarden elders in de organisatie.

In het vervolg daarop moeten toezichthouders een maatschappelijke tegenkracht ontwikkelen. Wettelijk beloningsbeleid is grotendeels onttrokken aan de toezichthouder, terwijl toezichthouders wel eindverantwoordelijkheid dragen voor de uitvoering. Ongewenste effecten vallen dan ook onder hun verantwoordelijkheid. Het is denkbaar dat multinationals zich niet meer willen vestigen in Nederland omdat de beloningen hier niet passen in het internationale salarisgebouw. Buitenlands bestuurlijk talent kan Nederland mijden.

Vanuit hun maatschappelijke verantwoordelijkheid is het ook aan toezichthouders om de maatschappij te overtuigen van risico's die aan het gereguleerde beloningsbeleid kleven en waarvan stakeholders nog onvoldoende doordrongen zijn. Deze dialoog kan het begin zijn van een beloningsbeleid in Nederland dat ook goed aansluit bij de behoefte aan goede bestuurlijke kwaliteit en internationale concurrentiekracht. Daarbij is het van belang dat toezichthouders rekening houden met verschillende stakeholders die bij dit onderwerp betrokken zijn, waaronder een ondernemingsraad, vakbonden en aandeelhouder(s).

Belangrijke stappen voor commissarissen en toezichthouders

- Verricht onderzoek naar de bestaande beloningsafspraken.
- Wees bekend met alle voor de desbetreffende organisatie van toepassing zijnde regelgeving op dit gebied.
- Zorg dat beloningsafspraken (zoals salaris, pensioen, onkosten, overige 'vaste' vergoedingen en verstrekkingen) voldoen aan de eisen die de wet stelt. Er mogen geen verrassingen komen die de bestuurlijke kracht van de organisatie of de reputatie kunnen aantasten.
- Bied tegendruk aan de wetgever en andere stakeholders bij verdere regulering van het beloningsbeleid aan de top. Vanuit toezichthouders moet de dialoog worden aangegaan om uit te leggen welke onvoorziene en ongewenste neveneffecten optreden. Zo'n effect kan zijn dat het voor ondernemingen moeilijker wordt om deskundige bestuurders aan te trekken. Constructieve tegendruk leidt tot draagvlak bij stakeholders om beloningswetgeving werkbaar te maken en te houden.

Juridisch speelveld beloningen

Wetgeving over beloningen van bestuurders kwam deze eeuw op gang. Vooral na 2010 is er veel nieuwe wet- en regelgeving ingevoerd. Er zitten nog verschillende bepalingen in de pijplijn, zowel in Nederland als in Europa.

2001 Burgerlijk Wetboek (aanpassing)

- Publicatieplicht individuele bezoldiging

2006 WOPT (Wet Openbaarmaking uit Publieke middelen gefinancierde Topinkomens)

- Publicatieplicht over inkomens in de publieke en semipublieke sector die hoger zijn dan het normbedrag

2010 Wet ondernemingsraden (aanpassingen)

- Verplichte rapportage over beloningsverhoudingen voor ondernemingen met honderd werknemers of meer (2006, Wet Harrewijn)
- Spreekrecht ondernemingsraden op AVA's over vaststelling beloning bestuurders, benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en toezichthouders in een NV, benoeming van toezichthouders in een NV en goedkeuring van bestuursleden

2013 WNT (Wet Normering bezoldiging Topfunctionarissen publieke en semipublieke overheid)

- WNT-norm 2014: 230.474 euro
- Sectordifferentiatie
- Maximaal salaris topfunctionaris: 130% ministersalaris
- Ontslagvergoeding: maximaal 75.000 euro
- Verbod bonus en winstdeling
- Maximering pensioengevend salaris tot 100.000 euro

2013 Wet bestuur en toezicht

- Bestuurder van een beursgenoteerd bedrijf is niet langer werknemer
- Arbeidsrecht geldt niet meer voor de bestuurder
- Geen wettelijke basis meer voor ontslagvergoeding bestuurders

2014 Aanpassingswet WNT

- Met terugwerkende kracht per 1 januari 2013
- ANBI's (Algemeen Nut Beogende Instellingen) vallen niet onder de WNT
- Van toepassing op instellingen die voor meer dan 50% en 500.000 euro (jaarlijks) worden gesubsidieerd gedurende drie opeenvolgende kalenderjaren
- Verplichte sociale premies vallen niet onder het bezoldigingsbegrip

2014 Wet claw back (wijziging Wet op het financieel toezicht)

- Geldt voor alle NV's en financiële ondernemingen die vallen onder de Wft
- Toezichthouders kunnen bonussen van bestuurders die als onredelijk en onbillijk worden ervaren naar beneden bijstellen
- Bonussen die zijn uitgekeerd op basis van onjuiste informatie kunnen worden teruggevorderd
- Geldt ook voor niet-uitvoerende bestuurders in one tier-boards
- Waardestijging van aandelen/opties van bestuurders kunnen worden afgeroomd als de koersen zijn gestegen na een openbaar bod op beursgenoteerde vennootschappen

2014 Wft (Besluit beheerst beloningsbeleid: aanpassing Wet financieel toezicht)

- Verbod op de gegarandeerde beloning in bedrijven die onder de werking van de Wft vallen en een maximering van variabele beloning

2015 WOR (aanpassing)

- Verplichting van bestuurder om topsalaris voor te leggen aan de ondernemingsraad

Wetsvoorstellen in de pijplijn

2015 Verlaging bezoldigingsmaximum WNT

- Maximum bezoldiging: 170.000 euro
- Maximum bezoldiging: 100% ministerssalaris
- Overgangsrecht tot 2022

2015 WBFO (Wetsvoorstel Beloningsbeleid Financiële Ondernemingen; aanpassing Wft)

Openbaarmaking verschillende onderdelen van het beloningsbeleid

- Een bonusplafond tot 20% van het jaarsalaris voor alle medewerkers van bedrijven die vallen onder de werking van de Wft
- Voorwaarden waaronder een vertrekvergoeding kan worden uitgekeerd, en ten aanzien van bestuurders maximering van de vertrekvergoeding ter hoogte van één vast jaarsalaris
- Aanscherping van de voorwaarden waaronder een financiële onderneming gebruik mag maken van de bevoegdheden tot malus en claw back van een variabele beloning

2017 Uitbreiding werkingsfeer WNT

- WNT van toepassing op alle werknemers in de publieke en semipublieke overheid
- Wetsvoorstel volgt nog

Herziening van de EU Richtlijn Aandeelhoudersrechten (Say on Pay)

- Bedoeld voor ondernemingen die aan een van de Europese beurzen zijn genoteerd
- Stemrecht AVA's over het beloningsbeleid
- Stemrecht AVA's over het remuneratierapport
- Openbaarmaking pay ratio (verhouding tussen hoogste en laagste salarissen)

Reacties semipublieke overheid en bedrijfsleven

De wetgeving heeft geleid tot reacties van organisaties waar de WNT en andere beloningswetgeving op van toepassing zijn. RTL Nieuws meldde in augustus 2014 dat minister Plasterk van Binnenlandse Zaken veel brieven heeft gehad van bestuurders van ziekenhuizen, woningcorporaties en hogescholen. Het Centraal Bureau voor de Rijvaardigheid (CBR), de Nederlandse Publieke Omroep (NPO), de RDW en de koepel van universitaire ziekenhuizen noemden de wet problematisch. De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties had het over 'onaanvaardbaar'.

Ook vanuit het bedrijfsleven is er stelling genomen tegen de nieuwe wetgeving voor beloningen, met name tegen de WBFO (Wetsvoorstel Beloningsbeleid Financiële Ondernemingen). Dit wetsvoorstel beoogt om met ingang van volgend jaar een verplicht bonusplafond van 20 procent in te stellen voor financiële bedrijven en voor beursgenoteerde bedrijven.

VNO-NCW heeft vorig jaar openlijk stelling genomen tegen dit wetsvoorstel. De Nederlandse aanscherping zal leiden tot een ongelijk Europees speelveld en verslechtering van het vestigingsklimaat voor financiële ondernemingen in Nederland, aldus de ondernemingsorganisatie. De realisering van een Europese bankenunie zal er niet mee gediend zijn.

De ondernemingsorganisatie noemde de verhouding tussen variabele en vaste beloning die in het wetsvoorstel staat gekunsteld. Deze zou een beperking opleggen aan de bedrijfsstrategie. VNO-NCW stelde daarnaast dat een beperking van de variabele beloning leidt tot een hoger vast loon. Dat brengt met zich mee dat werkgevers minder kunnen besparen op de loonkosten in slechte tijden. Ook is er dan niet altijd een direct verband tussen prestatie en beloning.

Vrijheid in belonen, aldus VNO-NCW, stelt bedrijven in staat om op het juiste moment de juiste mensen aan te trekken, te behouden en te motiveren.

Ook de Raad van State is kritisch met betrekking tot het wetsvoorstel om inkomens verder te verlagen, mede omdat het kabinet niet heeft onderzocht wat de gevolgen van een verdere verlaging zijn.



Martika Jonk is advocaat partner in de corporate praktijkgroep van CMS. Zij is gespecialiseerd in fusies, overnames en joint ventures en adviseert op vennootschapsrechtelijk gebied onder meer over corporate governance vraagstukken. Martika Jonk is tevens toegelaten als advocaat in Duitsland. Zij is toezichthouder bij het Sint Antonius Ziekenhuis en commissaris bij Gasunie N.V.



Katja van Kranenburg-Hanspians is advocaat partner van CMS en leidt hier de praktijkgroep Arbeidsrecht. Zij adviseert (internationale) ondernemingen, onder meer over ontslagzaken, medezeggenschap, arbeidsvoorwaarden, beloningsvormen en overgang van onderneming. Ook procedeert zij over uiteenlopende arbeidsrechtelijke geschillen, onder andere met betrekking tot concurrentiebedingen. Binnen het corporate arbeidsrecht adviseert zij over de positie van de statutair directeur al dan niet in relatie tot aandeelhouder(s) en commissarissen en is zij regelmatig betrokken bij het adviseren over arbeidsrechtelijke vraagstukken bij transacties.



Norbert de Melker is directeur van NKCC (Nederlands KennisCentrum voor Commissarissen en Toezichthouders). NKCC is het onafhankelijk kennis- en communicatieplatform voor alle commissarissen en leden raden van toezicht in Nederland.



Robert Jan Dil is advocaat partner in de arbeids- en ondernemingsrechtpraktijk. Hij is werkzaam voor het bedrijfsleven en non-profitorganisaties (onder meer onderwijs, zorginstellingen, woningcorporaties en sportorganisaties). Robert Jan was van 2008 tot 2011 Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Arnhem. Hij is vicevoorzitter van de Tuchtcommissie van het Instituut Sportrechtspraak, lid van de Licentiecommissie van de KNVB en lid van de Raad van Discipline van de Orde van Advocaten in het ressort Arnhem-Leeuwarden.

