

Bij brief van 13 december 2018 heeft de Minister van Financiën op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over voorgenomen wettelijke maatregel beloningen financiële sector ingeval van staatssteun.

Het verzoek om voorlichting betreft de Europeesrechtelijke aspecten van de introductie van een plicht tot terugvordering van een deel van de vaste beloning van bestuurders van systeemrelevante banken ingeval van staatssteun (claw back).

De Afdeling advisering van de Raad van State begrijpt de wens om maatregelen te treffen om het vertrouwen in banken te herstellen en om bestuurders ervan te weerhouden om te veel risico te nemen. Zij concludeert echter dat de terugvorderingsverplichting zoals in alle voorgelegde varianten geschetst en de daaraan ten grondslag liggende argumentatie haaks staan op de criteria die ingevolge de Europese beloningsregels gelden voor vaste beloningen. Daardoor kan de toets aan artikel 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) niet worden doorstaan. Het huidige arbeids- en aansprakelijkheidsrecht kennen reeds mogelijkheden om in individuele gevallen een bestuurder aan te spreken.

## 1. Inleiding

### a. *Het verzoek*

In het verzoek om voorlichting gaat het om de introductie van een terugvorderingsverplichting van eerder vastgestelde en uitgekeerde vaste beloningen van bestuurders ingeval een systeembank staatssteun ontvangt.

De Minister van Financiën noemt in het verzoek in het bijzonder de volgende varianten voor terugvordering van de vaste beloning:

- 1°. Een wettelijke plicht voor de raad van commissarissen tot terugvordering van de vaste beloning van bestuurders voor het deel van de beloning dat boven het maximum in de Wet Normering Topinkomens ligt. De terugvordering heeft uitsluitend betrekking op de vaste beloning die is uitgekeerd in de periode voorgaand, bijvoorbeeld één tot drie jaar, aan het verzoek om staatssteun of ingeval van het ontbreken van een verzoek, het verlenen van staatssteun.
- 2°. Een wettelijke plicht voor de raad van commissarissen tot terugvordering van een substantieel deel van de vaste beloning, bijvoorbeeld 10%, of verhogingen van de vaste beloning (dan wel een combinatie hiervan) van bestuurders indien bestuurders verantwoordelijk zijn voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de positie van de onderneming aanmerkelijk is verslechterd. Hiermee wordt wat betreft het criterium aangesloten bij de reeds bestaande claw back van variabele beloning uit artikel 1:127 Wet op het financieel toezicht. De terugvordering heeft uitsluitend betrekking op de vaste beloning die is uitgekeerd in de periode voorafgaand, bijvoorbeeld één tot drie jaar, aan het verzoek om staatssteun of ingeval van het ontbreken van een verzoek, het verlenen van staatssteun.

- 3°. Een wettelijke plicht voor de raad van commissarissen tot terugvordering van een substantieel deel van de vaste beloning, bijvoorbeeld 10%, of verhogingen van de vaste beloning (dan wel een combinatie hiervan) van bestuurders van systeemrelevante banken ingeval van staatssteun in de periode voorafgaand aan de staatssteun waarin de bestuurder redelijkerwijs bekend had moeten zijn met het (dreigende) falen van de onderneming. De bestuurder wordt in ieder geval geacht redelijkerwijs bekend te zijn met het (dreigende) falen van de onderneming in het jaar voorafgaand aan het verzoek om staatssteun of ingeval van het ontbreken van een verzoek, het verlenen van staatssteun.
- 4°. Een wettelijke plicht voor de raad van commissarissen tot terugvordering van een substantieel deel van de vaste beloning, bijvoorbeeld 10%, of verhogingen van de vaste beloning (dan wel een combinatie hiervan) van bestuurders tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De terugvordering heeft uitsluitend betrekking op de vaste beloning die is uitgekeerd in de periode voorafgaand, bijvoorbeeld één tot drie jaar, aan het verzoek om staatssteun of ingeval van het ontbreken van een verzoek, het verlenen van staatssteun.

In het verzoek worden drie argumenten aangedragen voor de introductie van een terugvorderingsplicht:

- In de eerste plaats is zo'n maatregel erop gericht om het vertrouwen van de maatschappij in systeemrelevante banken – en daarmee ook van de financiële sector als geheel – te vergroten.
- In de tweede plaats is het doel om ervoor te zorgen dat bestuurders van systeemrelevante banken – als collectief – een grotere prikkel hebben om te voorkomen dat de onderneming in de problemen komt doordat ze persoonlijk (meer) geraakt worden. Een dergelijke afname van de risicobereidheid kan bijdragen aan een stabielere financieel stelsel.
- In de derde plaats acht het kabinet hoge vaste beloningen van bestuurders van banken als zij afhankelijk worden van staatssteun in strijd met het gevoel van rechtvaardigheid.

In het verzoek om voorlichting wordt gevraagd of de verschillende aangedragen varianten van terugvordering naar het oordeel van de Afdeling verenigbaar zijn met het Europees recht, waaronder het recht op eigendom uit het Eerste Protocol bij het EVRM en uit het Handvest. Daarnaast wordt gevraagd in te gaan op de invulling van verschillende aangedragen elementen als eventuele rechtvaardiging van een inbreuk op het eigendomsrecht. Ten slotte wordt gevraagd of de Afdeling nog andere mogelijkheden ziet tot terugvordering ingeval van staatssteun.

b. *Voorgeschiedenis en context*

Al langere tijd is er aandacht voor de beloningen van topbestuurders. De Wet normering topinkomens introduceerde een bovengrens voor inkomens in de (semi)publieke sector. De bankencrisis in 2008 en de daardoor ontstane noodzaak om met overheidssteun de continuïteit van banken te garanderen, heeft ook de discussie rondom de beloning van bankbestuurders in een stroomversnelling gebracht. Dit heeft reeds geleid tot verschillende maatregelen op Europees en op nationaal niveau.

Zo zijn in de artikelen 92 tot en met 95 van Richtlijn 2013/36/EU<sup>1</sup> regels inzake de beloningen van bankbestuurders opgenomen. Deze zijn erop gericht dusdanige voorwaarden te stellen aan de beloningsstructuur dat de (perverse) prikkels worden verminderd die van die beloningen kunnen uitgaan om onverantwoorde risico's te nemen waardoor banken in financiële problemen kunnen geraken. In dit verband is onderscheid gemaakt tussen vaste beloningen en variabele beloningen ('bonussen'). Dit onderscheid was noodzakelijk om de variabele beloningen, waarvan naar hun aard dergelijke onverantwoorde risico's kunnen uitgaan, aan voorwaarden te binden en de omvang ervan te maximeren. Nederland heeft er bij de implementatie van eerder genoemde richtlijn, gebruikmakend van de daartoe in de richtlijn geboden mogelijkheid, voor gekozen om de maximale hoogte van de variabele beloning aanzienlijk verder in te perken dan Europees is voorgeschreven (in beginsel 20% van de vaste beloning in plaats van 100% van de vaste beloning).<sup>2</sup>

In het geval dat een (systeem)bank staatssteun ontvangt, worden eveneens grenzen gesteld aan de vaste beloning van de bestuurders van de desbetreffende banken. In dergelijke situaties gelden bijzondere beloningsvoorschriften, die worden doorgevoerd als voorwaarde voor de toe te kennen staatssteun. Een aparte wettelijke regeling is hiervoor niet noodzakelijk. Daarnaast is met de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen bepaald dat een eerder uitgekeerde variabele beloning, onder voorwaarden, kan worden teruggevorderd indien staatssteun wordt verleend. Ook bestaan mogelijkheden om in geval van verwijtbaar gedrag van bestuurders een beroep te doen op het aansprakelijkheidsrecht.

De onderhavige voorstellen voegen aan de bovenstaande mogelijkheden een nieuwe toe, te weten de mogelijkheid om in geval van staatssteun ook reeds onvoorwaardelijk toegekende vaste beloningen te kunnen terugvorderen. De Afdeling heeft begrip voor de behoefte om als onrechtvaardig ervaren beloningen aan te pakken. Maar voor elke maatregel die op dit gebied wordt getroffen, moet zorgvuldig worden afgewogen hoe deze zich verhoudt tot enerzijds andere maatregelen op dit gebied. Dit betreft in het bijzonder de reeds vastgestelde Europese en nationale beloningsregels alsmede fundamentele rechten, zoals het eigendomsrecht, uitgangspunten van vennootschaps- en arbeidsrecht en de daarin reeds ontwikkelde mogelijkheden tot schadevergoeding.

## 2. Europese beloningsregels

Het beleid voor de beloning van bestuurders van systeemrelevante banken is in belangrijke mate op EU-niveau geregeld, met op specifieke punten ruimte voor invulling op nationaal niveau. Zowel de actoren als de inhoud hebben daarmee naast een nationale ook een Europese dimensie.

De Europese Centrale Bank (ECB) is primair verantwoordelijk voor het prudentiële toezicht (waaronder begrepen het toezicht op beloningsbeleid- en praktijk) op systeemrelevante banken. In Nederland zijn ABN AMRO, Rabobank, ING, Volksbank,

<sup>1</sup> 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>2</sup> Vergelijk de artikelen 1:121 Wet op het financieel toezicht en 94, eerste lid, onderdeel g, onder i, Richtlijn 2013/36/EU.

BNG en de Waterschapsbank thans systeemrelevante banken. De Nederlandse Bank (DNB) werkt als nationaal bevoegde autoriteit samen met de ECB, en voert onder de verantwoordelijkheid van de ECB het dagelijkse toezicht op de systeemrelevante banken uit. DNB en ECB dienen te goeder trouw samen te werken.

*Vaste beloning; Europese regels*

In het Europees geregeld beloningsbeleid wordt onderscheid gemaakt tussen de vaste beloning en de variabele beloning. De vaste beloning is de beloning die in de eerste plaats de relevante werkervaring en organisatorische verantwoordelijkheid dient te weerspiegelen zoals uiteengezet in een functieomschrijving die deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden. Voor de voordelen die deel uitmaken van de vaste beloning mogen geen prestatievoorwaarden in aanmerking worden genomen.<sup>3</sup>

De variabele beloning is de beloning die in de eerste plaats een duurzaam en voor risico's gecorrigeerd rendement dient te weerspiegelen, alsook de extra prestaties die zijn geleverd naast de prestaties die staan beschreven in de functieomschrijving die deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden.<sup>4</sup> 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 van de bank in het oog houden.

De Europese Bankautoriteit (EBA) is opgericht met het oog op sterkere coördinatie en afstemming van de principes die bij het toezicht op banken worden gehanteerd. De EBA heeft in Richtlijn 2013/36/EU opdracht gekregen om richtsnoeren op te stellen inzake het beloningsbeleid. Ingevolge die uitgebreide EBA-richtsnoeren worden vaste beloningen als vast aangemerkt, wanneer de voorwaarden voor de toekenning en het bedrag ervan:

“ ...

- e. onherroepelijk zijn; het vaste bedrag wordt alleen veranderd via collectieve onderhandelingen of na heronderhandelingen in overeenstemming met nationale criteria betreffende de vaststelling van salarissen;
- f. niet door de instelling kunnen worden verminderd, opgeschort of geannuleerd;
- g. geen prikkels bevatten voor het aangaan van risico's; en
- h. niet afhankelijk zijn van prestaties.”<sup>5</sup>

Overeenkomstig artikel 16, derde lid, van Verordening (EU) 1093/2010<sup>6</sup> moeten bevoegde autoriteiten en instellingen zich tot het uiterste inspannen om aan de EBA-richtsnoeren te voldoen. Dit komt ook tot uiting in artikel 4, derde lid, van Verordening (EU) 1024/2013<sup>7</sup>: ook de ECB is als verantwoordelijk toezichthouder op systeemrelevante banken gehouden om uitvoering te geven aan de EBA-richtsnoeren.

<sup>3</sup> Vergelijk overweging 64 van Richtlijn 2013/36/EU.

<sup>4</sup> Artikel 92, tweede lid, onderdeel g, van Richtlijn 2013/36/EU.

<sup>5</sup> EBA-richtsnoeren betreffende een beheerst beloningsbeleid overeenkomstig artikel 74, lid 3, en artikel 75, lid 2, van Richtlijn 2013/36/EU en openbaarmaking overeenkomstig artikel 450 van Verordening (EU) nr. 575/2013, punt 117, onderdelen f, g en h.

<sup>6</sup> Verordening (EU) 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB 2010, L 331).

<sup>7</sup> Verordening (EU) 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).

*Vaste beloning; nationale regels*

Met de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen zijn de artikelen 92 tot en met 95 van Richtlijn 2013/36/EU geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Aangesloten is bij het gemaakte onderscheid tussen vaste en variabele beloningen.<sup>8</sup> Bij de totstandkoming van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen heeft de regering aangetekend dat “vaste beloningen betalingen [zijn] die een gegarandeerd karakter hebben en waarvan de hoogte niet afhankelijk is van het bereiken van bepaalde doelen of prestaties (en daarmee onvoorwaardelijk zijn)”.<sup>9</sup>

3. Claw back vaste beloning en Europese beloningsregels

Hieronder toetst de Afdeling de terugvorderingsverplichting aan het karakter van de vaste beloning, zoals vormgegeven door de in punt 2 aangehaalde regelgeving. Hierbij wordt ook ingegaan op de in het verzoek gegeven motivering voor een terugvorderingsverplichting.

*Verschillende varianten*

De voorgelegde varianten verschillen op punten van elkaar waar het gaat om de omvang van het bedrag dat moet worden teruggevorderd, de periode waarover moet worden teruggevorderd en de mate waarin de bestuurder invloed heeft kunnen hebben op de preciaire situatie die heeft geleid tot het verlenen van staatssteun. Deze verschillen zijn echter, zoals uit het navolgende naar voren komt, niet relevant bij de beoordeling van deze varianten in het licht van de onder paragraaf 2 besproken regelgeving.

*Onherroepelijkheid*

De in het verzoek geschetste varianten voor een terugvorderingsverplichting van vaste beloningen bij systeembanken in geval van staatssteun hebben gemeen dat naderhand wordt teruggekomen op eerder toegezegde en uitgekeerde vaste beloningen.

Een belangrijk element van vaste beloningen is, gelet op de hiervoor in punt 2 genoemde EBA-richtsnoeren en de (implementatie)wetgeving, dat zij onherroepelijk zijn en niet door de instelling kunnen worden verminderd, opgeschort of geannuleerd. De introductie van een terugvorderingsverplichting leidt ertoe dat gegarandeerde vaste beloningen herroepelijk worden, in het geval dat staatssteun wordt verleend. Dit leidt ertoe dat zij niet meer aan de voorwaarden voor vaste beloningen voldoen: zij zijn wel herroepelijk en kunnen door de instelling worden verminderd. Hierdoor zal het gedeelte van de ‘vaste’ beloning dat teruggevorderd kan worden als variabel moeten worden aangemerkt. Dit beperkt ook verder de ruimte voor het geven van een variabele beloning. Dit kan in de praktijk tot gevolg hebben dat bestuurders een – bovenop het gedeelte van de vast geworden ‘variabele’ beloning – hogere vaste beloning zullen proberen overeen te komen. Zo’n gevolg zou haaks staan op de wens om een prudentieel beloningsbeleid te voeren.

*Prestaties bestuurder, prikkels*

<sup>8</sup> Artikel 1:111 Wet op het financieel toezicht.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, blz. 26.

Het voorschrift dat de reeds betaalde vaste beloning teruggevorderd dient te worden indien er staatssteun wordt verleend aan de bank, maakt de vaste beloning ook afhankelijk van de prestaties van de bestuurder. Ook dit staat haaks op de in punt 2 genoemde regelgeving en de gedachte daarachter. Het in het verzoek gegeven argument dat bestuurders daarmee geprikkeld zouden worden om problemen in de onderneming te voorkomen, is dat evenzeer.

De Afdeling begrijpt de wens om maatregelen te treffen om het vertrouwen in banken te herstellen en om bestuurders te weerhouden om te veel risico te nemen. De huidige beloningsvoorschriften en de regels inzake terugvordering van variabele beloningen zijn mede hierdoor ingegeven. Dat is begrijpelijk, omdat variabele beloningen gerelateerd zijn aan de prestaties van de desbetreffende bestuurder en daarmee van de desbetreffende bank.

Bij vaste beloningen is het verband tussen de beloning en het functioneren van de bestuurder en van de bank echter per definitie niet aanwezig.<sup>10</sup> Omdat kenmerkend is voor een vaste beloning dat deze niet is gerelateerd aan de prestaties van de desbetreffende bestuurder, ontbreekt een rechtvaardiging voor een terugvorderingsplicht inzake vaste beloningen in verband met het verlenen van staatssteun aan de desbetreffende bank. Een terugvorderingsplicht verdraagt zich daarmee niet met het karakter van de vaste beloning.

#### *Conclusie*

Gelet op het vorenstaande concludeert de Afdeling dat de introductie van een terugvorderingsplicht als geschetst in het verzoek om voorlichting niet in overeenstemming is met de Europese voorschriften inzake beloningen van bestuurders van (systeem)banken. De kenmerken die vaste beloningen volgens deze voorschriften hebben, verdragen zich niet met de mogelijkheid dat deze geheel of gedeeltelijk teruggevorderd kan worden.<sup>11</sup>

#### 4. Het recht op eigendom

In het verzoek om voorlichting wordt opgemerkt dat een verplichte terugvorderingsregeling raakt aan het recht op ongestoord genot van eigendom, vastgelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest, alsook aan het recht op vrijheid van ondernemerschap in artikel 16 van het Handvest. De jurisprudentie over het recht op ongestoord genot van eigendom geeft een zeer ruime betekenis aan wat onder eigendom dient te worden verstaan. Duidelijk is in elk geval dat reeds vastgesteld en uitgekeerd loon onder de werkingssfeer van het eigendomsrecht valt.

Het recht op eigendom is niet onbegrensd. Een inmenging op dat recht kan volgens de jurisprudentie worden gerechtvaardigd indien aan drie voorwaarden is voldaan:

<sup>10</sup> Dat sluit overigens niet uit dat er mogelijkheden zijn om een bestuurder op individuele gronden aansprakelijk te stellen, zie paragraaf 5 en 6.

<sup>11</sup> Zie in dit verband ook de kabinetsreactie op het voorstel van wet van de leden Snels, Tony van Dijk, 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 (Kamerstukken II 2018/19, 34906, nr. 9).

- de inmenging is voorzien bij wet;
- de inmenging dient een legitieme doelstelling in het algemeen belang;
- er is een behoorlijk evenwicht tussen dat algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar ('fair balance').<sup>12</sup>

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) laat de verdragsluitende partijen een ruime tot zeer ruime beoordelingsmarge ('margin of appreciation') bij de vaststelling van wat als een legitieme doelstelling in het kader van het algemeen belang kan gelden.<sup>13</sup> De ondergrens is dat de regeling niet zonder redelijke grond mag zijn.

De Afdeling merkt op dat bij een terugvorderingsverplichting van reeds uitgekeerde vaste beloningen buiten kijf staat dat sprake is van inmenging op het recht van eigendom. Op zichzelf worden in het verzoek om voorlichting legitieme doelstellingen genoemd die het treffen van maatregelen kunnen rechtvaardigen. Dergelijke overwegingen spelen ook een rol bij de maatregelen die eerder zijn getroffen met de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen. In die wet gaat het evenwel om terugvordering van variabele beloningen.

Hiervoor in punt 3 heeft de Afdeling uiteengezet dat omdat de vaste beloning per definitie niet is gerelateerd aan de prestaties van de desbetreffende bestuurder, naar haar oordeel het verband ontbreekt tussen een terugvorderingsplicht inzake vaste beloningen en staatssteun aan de desbetreffende systeembank. Anders gezegd, de maatregel kan daarmee niet dienstbaar zijn aan het doel ervan.

#### *Onherroepelijkheid*

Meer specifiek wijst de Afdeling erop dat in punt 2 is ingegaan op de EBA-richtsnoeren, die bepalen dat vaste beloningen onherroepelijk zijn en niet door de instelling kunnen worden verminderd, opgeschort of geannuleerd. Dit om te voorkomen dat van een herroepingsmogelijkheid ongewenste prikkels zouden uitgaan. Dit brengt mee dat eenmaal uitgekeerde vaste beloningen eigendom vormen van de bestuurder. Mede gelet op het geldende onderscheid tussen vaste en variabele beloningen is het niet goed mogelijk om dan alsnog een aanvaardbare rechtvaardiging in het algemeen belang te formuleren waarom dergelijk eigendom alsnog aan de eigenaar zou moeten worden onttrokken. Het evenwicht tussen het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar ('fair balance') is al getrokken in het door de EBA-richtsnoeren gemaakte onderscheid tussen vaste en variabele beloningen. Het zou ongerijmd zijn indien dit evenwicht bij het recht op eigendom daarvan afwijkend zou moeten worden beoordeeld.

#### *Rechtvaardiging*

In paragraaf 3 is ingegaan op twee van de argumenten van het kabinet voor een terugvorderingsverplichting. Het derde argument dat het kabinet noemt is dat hoge vaste beloningen van bestuurders van banken die afhankelijk worden van staatssteun, in strijd worden geacht met het gevoel van rechtvaardigheid. De Afdeling acht een rechtvaardigingsgrond aanwezig voor het aanpassen van beloningen in geval van het verstrekken van staatssteun nadat de staatssteun is verleend. Daarin is dan ook al

<sup>12</sup> EHRM 29 april 1999, (Chassagnou e.a./ Frankrijk), nr. 25088/94, paragraaf 75.

<sup>13</sup> Zie onder meer: EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79 (James e.a./Verenigd Koninkrijk), paragraaf 46 en EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02 (Depalle/Frankrijk), paragraaf 83.

voorzien.<sup>14</sup> Maar dat rechtvaardigt nog niet de terugvordering van eerder verstrekte vaste beloningen die betrekking hebben op de periode waarin de bank nog geen staatssteun had ontvangen.

In de periode die voorafgaat aan de verlening van staatssteun is veelal nog niet te voorzien welk handelen van de betrokken bestuurder mogelijk later zou kunnen leiden tot de noodzaak van staatssteun. Het is bovendien goed denkbaar dat bestuurders van hoge kwaliteit moeten worden aangetrokken om een bank in financiële moeilijkheden voor de ondergang te behoeden. Het vragen van deze personen om het risico te nemen om in een financieel moeilijke situatie zich voor het behoud van de bank in te zetten, zou ernstig worden belemmerd indien hen geen zekerheid zou kunnen worden geboden over de hoogte van hun vaste beloning.

In verband daarmee is ook het belang van de rechtszekerheid in het geding. Nu de vaste beloning reeds is vastgesteld en uitgekeerd, zal de redelijk handelende bestuurder erop mogen vertrouwen dat die beloning – thans behorende tot zijn (recht op) eigendom – niet meer kan worden aangetast.

#### *Conclusie*

De argumentatie die ten grondslag ligt aan een terugvorderingsplicht schiet – mede gelet op de uitgangspunten en criteria voor vaste beloningen in de EU- beloningsregels – tekort in het licht van de toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Hetzelfde geldt voor de in het verzoek genoemde artikelen 16 (recht op ondernemerschap) en 17 (recht op ongestoord eigendom) van het Handvest.

#### 5. Het arbeids- en rechtspersonenrecht

In het verzoek om voorlichting wordt aan het slot gevraagd of er nog andere mogelijkheden zijn tot terugvordering in geval van staatssteun. De Afdeling gaat daarom thans nog kort in op bestaande relevante regels, in het bijzonder die van arbeids- en rechtspersonenrechtelijke aard. Daarna gaat zij in op de bestaande mogelijkheden tot schadevergoeding en aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door bestuurders in de uitoefening van hun functie (paragraaf 6).

Een bestuurder van een systeembank is een werk- of opdrachtnemer. Daarmee is het arbeidsrecht ook van toepassing op de overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst van de bestuurder. De Hoge Raad gaat er in het algemeen van uit dat de reguliere bestuurder werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>15</sup> Wettelijk is bepaald dat bestuurders van beursvennootschappen niet kunnen worden aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>16</sup>

De Afdeling merkt op dat in het kader van de arbeidsovereenkomst het overeengekomen loon als bedoeld in Afdeling 2 van Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zowel vaste als variabele beloning kan omvatten. Het vaste loon

<sup>14</sup> Zie artikelen 1:128 van de Wet op het financieel toezicht en 93 Richtlijn 2013/36/EU. Zie in dat verband ook de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis ('Bankenmededeling') (PB 2013, C 216).

<sup>15</sup> Vergelijk E.S. de Bock, "De bijzondere positie van de bestuurder van de NV of BV", uit: bijzondere arbeidsverhoudingen 2016, blz. 292.

<sup>16</sup> Artikel 2:132, derde lid, BW. Enkele Nederlandse systeembanken zijn beursgenoteerd.



moet steeds worden voldaan, het variabele loon indien voldaan is aan de voorwaarden die daarvoor zijn overeengekomen.

In het arbeidsovereenkomstenrecht kan in het algemeen alleen loon worden ingehouden indien de werknemer geen werk verricht door een oorzaak die voor zijn rekening komt. De betaling van loon is dus niet afhankelijk van de beoordeling van de kwaliteit van het werk (anders gezegd de prestaties).<sup>17</sup> Ook de mogelijkheid om boetes aan werknemers op te leggen is wettelijk begrensd.<sup>18</sup> Wel is het uiteraard mogelijk aan minder goed presteren gevolgen te verbinden voor de carrièrekansen van een werknemer en kan dit er zelfs toe leiden dat de werknemer wordt ontslagen.

Het rechtspersonenrecht voorziet wel in enkele verschillen tussen de arbeidsrechtelijke positie van een 'reguliere' werknemer en een bestuurder van een rechtspersoon die ook werknemer is, maar deze verschillen hebben geen betrekking op het (vaste) loon.

Gaat het om een overeenkomst van opdracht, dan kan de beloning door de opdrachtgever – behoudens indien in de mogelijkheid is voorzien in de overeenkomst van opdracht – slechts ter discussie worden gesteld ingeval van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de opdrachtnemer. In dat geval kan de overeenkomst worden ontbonden en kan ook schadevergoeding worden gevorderd. Om van deze mogelijkheid gebruik te maken zal concreet individueel tekortkomen van de opdrachtnemer moeten worden aangetoond en kan derhalve niet het enkele feit dat de onderneming staatssteun moet aanvragen als zodanig worden aangemerkt.

Gelet hierop acht de Afdeling een terugvorderingsverplichting als thans aan de orde geen serieus inpasbare mogelijkheid in het stelsel van het arbeids- en rechtspersonenrecht. Bij niet adequaat functioneren, waarbij bijvoorbeeld de bestuurder verantwoordelijk is voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de positie van de onderneming aanmerkelijk is verslechterd (variant 2°), voorzien het arbeids- en rechtspersonenrecht reeds in andere, eerder genoemde gevolgen.

## 6. Schadevergoeding / aansprakelijkheid

De Afdeling gaat voorts nog kort in op bestaande mogelijkheden tot schadevergoeding en aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door bestuurders in de uitoefening van hun functie.

In het arbeidsrecht is het in uitzonderlijke situaties mogelijk om een vergoeding van een werknemer te vorderen wegens schade die bij de arbeid is ontstaan. Dat is alleen mogelijk indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.<sup>19</sup> Daarnaast is het mogelijk om, indien de werknemer de werkgever door opzet of schuld een dringende reden geeft om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, een vergoeding te vorderen. Deze vergoeding is beperkt in omvang.<sup>20</sup>

Ook in het rechtspersonenrecht bestaan verschillende mogelijkheden om een vordering in te stellen. Indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur kan de bestuurder voor de schade die daaruit ontstaat aansprakelijk worden gesteld, tenzij hem, mede

<sup>17</sup> Zie met name artikel 7:628 BW.

<sup>18</sup> Artikel 7:650 BW.

<sup>19</sup> Artikel 7:661, eerste lid, BW.

<sup>20</sup> Artikel 7:677, tweede en derde lid, BW.

gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>21</sup> Ook in geval van faillissement kan een bestuurder onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld.<sup>22</sup>

Uit het bovenstaande volgt dat het arbeids- en het rechtspersonenrecht in een aantal situaties voorzien in de mogelijkheid van schadevergoeding of aansprakelijkheid van een bestuurder. Daarvoor gelden echter voorwaarden die op het handelen van de bestuurder terug te voeren moeten zijn. Bij overeenkomsten van opdracht geldt de aansprakelijkheid slechts als de betrokkene toerekenbaar is tekortgekomen in de nakoming van zijn verplichtingen. Voorts zal de hoogte van de schadevergoeding contractueel vaak zijn beperkt.

Niet uitgesloten is derhalve dat een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld in een situatie waarin aan een systeembank staatssteun moet worden verleend. Dat zal in voorkomend geval thans op basis van de bestaande algemene wetgeving al mogelijk zijn, ook zonder specifieke daarop gerichte nadere wettelijke voorzieningen. Daarvoor zal dan echter moeten worden voldaan aan de daarvoor geldende – per individuele situatie te beoordelen - voorwaarden.

Ook indien men een specifieke wettelijke regeling zou willen treffen voor een door de bestuurder te betalen schadevergoeding indien door zijn toedoen een systeembank staatssteun moet aanvragen, zal bedacht moeten worden dat de wetgever ook dan zal moeten kunnen motiveren waarom het gerechtvaardigd is om een schadevergoeding te vorderen. Ook dan zal immers van belang zijn of de desbetreffende bestuurder het in zijn macht heeft gehad om de schade te voorkomen, met andere woorden dat hem bij het optreden van de schade enig verwijt valt te maken. Dat is bij staatssteun-situaties niet vanzelfsprekend het geval, alleen al omdat de situatie waarin de bank dan verkeert als regel niet door individueel handelen zal worden veroorzaakt. Daar komt bij dat risico's inherent zijn aan het uitoefenen van het bankbedrijf. Risicoloos bankieren is onmogelijk. Het is dan ook onvermijdelijk dat bestuurders van banken risico's nemen.

Er zal gezocht moeten worden naar een hanteerbaar criterium om te bepalen wanneer sprake is van het nemen van onverantwoord grote risico's. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat de wens om bestuurders aan te spreken op de gevolgen van hun handelen weliswaar begrijpelijk is, maar dit ook zal moeten afgewogen tegen het belang dat moet worden voorkomen dat men 'bange bestuurders'<sup>23</sup> krijgt. Dat is ook de reden waarom bestuurders van rechtspersonen in het algemeen niet in persoon aansprakelijk kunnen worden gesteld voor ieder financieel probleem van de rechtspersoon.

Tegen deze achtergrond lijkt de conclusie te moeten worden getrokken dat nu al in een aantal situaties op basis van het bestaande recht een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld. Indien zou worden gekozen voor de introductie van een specifieke aansprakelijkheidsregeling voor de situatie die thans aan de orde is, zal moeten worden bedacht dat ook in zo'n specifieke regeling voor die aansprakelijkheid voorwaarden zullen moeten gelden. De Afdeling ziet dan ook niet snel hoe een specifieke regeling toegevoegde waarde zal kunnen hebben.

<sup>21</sup> Artikel 2:9, tweede lid, BW.

<sup>22</sup> Artikel 2:248 BW.

<sup>23</sup> M.J. Kroeze, Bange bestuurders, Ondernemingsrecht 2006/3.

## 7. Conclusies

De Afdeling heeft eerst bestaande beloningsvoorschriften voor bestuurders van systeemrelevante banken uiteengezet. Deze zijn ingegeven door de behoefte om de prikkels voor het nemen van onverantwoorde risico's te beheersen. Het verzoek sorteert voor op een volgende stap om de beloningsvoorschriften aan te scherpen, door het introduceren van een verplichting om ook (een deel van) de reeds uitgekeerde vaste beloning bij staatssteun terug te vorderen.

De Afdeling begrijpt de aandacht voor beloningen van topbestuurders van banken en de wens om prikkels voor het nemen van onverantwoorde risico's tegen te gaan, maar wijst in de eerste plaats op de daarvoor reeds eerder ingevoerde mogelijkheden.

Zij concludeert vervolgens dat de terugvorderingsverplichting zoals nu geschetst en de daaraan ten grondslag liggende argumentatie haaks staan op de criteria die ingevolge de Europese beloningsregels gelden voor vaste beloningen. Zo'n terugvorderingsplicht kan naar het oordeel van de Afdeling daarom de toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest niet doorstaan. Gelet op de inconsistentie met de Europese beloningsregels kan het maatschappelijk belang onvoldoende worden aangetoond en aan het vereiste van een 'fair balance' kan niet worden voldaan.

Voorts lijkt sprake van strijd met ook voor deze situaties gerechtvaardigde uitgangspunten van het arbeids- en rechtspersonenrecht. Het bestaande aansprakelijkheidsrecht als alternatief kent reeds mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van bestuurders voor zover hen een verwijt treft voor de noodzaak om staatssteun te verlenen. Nieuwe regels kunnen daar weinig aan toevoegen.

De vice-president van de Raad van State,