

CORPORATE GOVERNANCE
IN BANKEN

Koen BYTTEBIER
Jeroen DELVOIE
Tom WERA
(eds.)



intersentia

Antwerpen – Cambridge

Corporate governance in banken
Koen Bytsebier, Jeroen Delvoie en Tom Wera (eds.)

© 2015 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0504-4
D/2015/7849/89
NUR 827

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

VOORWOORD VAN DE EDITORS

Op 25 april 2014 hield de vakgroep Privaat- en Economisch Recht (PREC) van de Vrije Universiteit Brussel een studiedag over corporate governance in financiële instellingen naar aanleiding van ... de wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen. Zelden was een studiedag dus beter getimed. Bij een dergelijke timing kwam uiteraard ook enig geluk kijken. Reeds in de zomer van 2013 werd het plan opgevat om een eerder beschouwende studiedag aan het thema te wijden en dit naar aanleiding van de aanneming van het Europese CRD IV-pakket op 17 juli 2013, maar ook meer algemeen de groeiende internationale wetenschappelijke aandacht voor de thematiek (zo was de prestigieuze Transatlantic Corporate Governance Dialogue die op 17 december 2012 te Brussel doorging integraal aan de bancaire sector gewijd). De Leerstoel Stewardship of Finance die sinds het academiejaar 2012-2013 op de VUB loopt, bood daartoe een uitgelezen forum aangezien die leerstoel er net op gericht is de kritische reflectie over de maatschappelijke rol van de financiële sector te stimuleren.

Toen in het najaar van 2013 bleek dat het de regering, en toenmalig minister van Financiën Koen GEENS in het bijzonder, menens was met de omzetting van CRD IV via een totaal nieuwe bankenwet, werd het programma aangevuld zodat ook de Belgische positiefrechtelijke dimensie van deze belangrijke nieuwe wet de nodige aandacht kreeg. Het tijdstip van de studiedag werd wat verlaat in de hoop dat de nieuwe wetteksten tegen de studiedag aangenomen zouden zijn in het federale Parlement. Dat de datum uiteindelijk samenviel met die van bekrachtiging en afkondiging van de nieuwe wet was dus een leuke meevaller.

Door die dubbele parentage werd het programma een verrijkende mix van meer beschouwende en meer positiefrechtelijke tussenkomsten. Dit verklaart meteen ook de tweetaligheid van de studiedag en van dit verslagboek: Engels voor de eerder beschouwende *c.q.* internationale thema's, vervolgens Nederlands voor de meer Belgisch georiënteerde tussenkomsten.

Michel FLAMÉE trapte als voorzitter van de voormiddagsessie de werkzaamheden af met enkele rake analyses en prikkelende vragen. Christophe VAN DER ELST analyseerde de goede en slechte redenen om bankgovernance bijzonder te regelen en plaatste een aantal kritische kanttekeningen bij de huidige regelgevende aanpak. Joan LOUGHREY legde de link met de Angelsaksische wereld en stelde zich vragen bij de “accountability firewall” die ze in Anglo-Amerikaanse banken ontdekte. De tekst van Joan LOUGHREY was eerder reeds voor een andere publicatie toegezegd en kon dus niet in dit verslagboek worden opgenomen, maar in het licht van de goede banden met de University of Leeds, waarmee onze vakgroep de afstudeerrichting “Dual Master Comparative and Financial Law” organiseert, werd haar tussenkomst zeer geapprecieerd. Leerstoelhouder Paul JORION nam vervolgens het woord met enkele kritische beschouwingen. Het meer positiefrechtelijke deel van de studiedag werd ingeleid door Tom SNELS, die het Europese kader en CRD IV schetste. Jeroen DELVOIE nam over met een algemeen overzicht van de Belgische governanceregels in de nieuwe Bankenwet. Ludo CORNELIS ging in op de aansprakelijkheidsgevolgen voor bestuurders, directieleden en management, maar verbond hier meteen ook een prikkelend betoog rond de aansprakelijkheid van de aandeelhouders van banken aan.

De namiddagsessie van de studiedag vervolgde onder de deskundige leiding van Régine FELTKAMP. Jo SWYNGEDOUW lichtte de nieuwe “*fit & proper*” regels voor toplui toe. Koen BYTTEBIER, Alain FRANÇOIS en Tom WERA zoomden in op het politiek wellicht meest prangende luik, met name de remuneratiediscussie. Er volgde een zeer gesmaakt debat waarin een uitgelezen panel van experts bestaande uit Tom BOEDTS, Paul JORION, Jozef LIEVENS, Philippe LAMBRECHT, Annemie ROMBOUTS, Tom SNELS en Lutgart VAN DEN BERGHE nogmaals bewees dat “*du choc des idées jaillit la lumière*”. Een geïnspireerde slotrede van Minister Koen GEENS vormde het passende orgelpunt.

Wij zijn dan ook blij u hierbij het verslagboek van deze gesmaakte studiedag te kunnen voorstellen. Zoals dat soms gaat met verslagboeken, liet het even op zich wachten. Maar ongetwijfeld zullen de debatten over bankgovernance nog wel even blijven woeden*, zowel op beleidsmatig

* Zoals, voor zoveel als nodig, geïllustreerd wordt door het feit dat, toen dit boek ter perse was, nieuwe “*Corporate Governance Principles for Banks*” van het Baselcomité werden gepubliceerd (juli 2015). De bijdragen werden voor die datum afgesloten en gaan hier dus niet op in.

niveau als in de rechtspraktijk. Wij zijn ervan overtuigd dat de bijdragen in dit verslagboek daarbij hun nut zullen bewijzen.

Koen BYTTEBIER
Jeroen DELVOIE
Tom WERA

INHOUD

<i>Voorwoord van de editors</i>	v
General Introduction	
Michel FLAMÉE	1
Comment by the Chairholder Woe to Us: Downstream rather than Upstream!	
Paul JORION	7
Corporate Governance of Banks: The Incomplete Governance Story	
Christoph VAN DER ELST	11
1. Introduction	11
2. The Development of Corporate Governance and Corporate Governance Codes	12
3. Specificities of the Banking Industry	16
3.1. What Makes Banks Special?	16
3.2. Why and How Does Corporate Governance of Banks Differ?	21
3.2.1. Bank Governance Codes	21
3.2.2. Shareholders	23
3.2.3. Boards	27
3.2.4. Management	29
3.2.5. Debt Holders	33
3.2.6. Regulation	35
4. Stakeholder Protection in Codes and Legislation	36
4.1. Bank Governance Codes	36
4.2. European Banking Legislation	39
5. Concluding Remarks	44

Governance, Remuneration and Transparency under the Fourth Capital Directive

Tom SNELS.....	47
1. Introduction.....	47
2. The Backbone of the European Union’s Response to the Crisis.....	48
3. Costs of the Crisis.....	50
4. Weaknesses and Concerns Regarding Bank Governance and Remuneration.....	53
5. Governance, Remuneration and Transparency under CRD IV.....	58
5.1. Strengthened Governance.....	58
5.2. Sound Remuneration Policies.....	61
5.3. Enhanced Transparency.....	65
6. Looking Ahead.....	67

Corporate governance in de nieuwe Bankenwet: een overzicht

Jeroen DELVOIE en Tina COEN.....	69
1. Inleiding.....	69
2. De organisatieplichten.....	74
2.1. Basisprincipe: een solide en passende bedrijfsorganisatieregeling.....	74
2.2. Negen pijlers voor een solide en passende bedrijfsorganisatieregeling.....	75
2.3. Evenredigheidsbeginsel.....	84
2.4. Uitwerking en formalisering in het governancememorandum.....	87
2.5. Responsabilisering van de raad van bestuur (en het directiecomité) m.b.t. de organisatieregeling.....	89
3. De organen van de kredietinstelling.....	91
3.1. Inleiding: het bancaire bestuursmodel.....	91
3.2. Raad van bestuur.....	92
3.2.1. Samenstelling.....	92
3.2.2. Bevoegdheden.....	97
3.2.3. Afwijkingen.....	104
3.3. Directiecomité.....	105
3.3.1. Inrichting.....	105
3.3.2. Samenstelling.....	106
3.3.3. Bevoegdheden.....	107
3.3.4. Afwijkingen.....	109

3.4.	Regels i.v.m. de uitoefening van externe functies door bestuurders en leden van het directiecomité	110
3.4.1.	Algemene regels	110
3.4.2.	Specifieke beperkingen voor leden van het directiecomité.	112
3.4.3.	Specifieke beperkingen voor niet-uitvoerende bestuurders	115
3.4.4.	Groepstelling van mandaten voor toepassing van de kwantitatieve beperkingen	116
3.5.	Comités binnen de raad van bestuur	117
3.5.1.	Algemene regels	117
3.5.2.	Auditcomité	123
3.5.3.	Risicocomité	125
3.5.4.	Remuneratiecomité	127
3.5.5.	Benoemingscomité	129
4.	Onafhankelijke controlefuncties.	132
4.1.	Algemene regels	132
4.2.	Compliancefunctie.	134
4.3.	Risicobeheerfunctie	135
4.4.	Interne auditfunctie.	137
5.	Corporate governance in groepscontext	138
5.1.	Inleiding	138
5.2.	Regels van toepassing op financiële holdings en gemengde financiële holdings.	140
5.3.	Regels van toepassing op geconsolideerde basis	143
6.	Besluit: is meer ook beter?	145

Minder is meer: aansprakelijkheidsrisico in en rond pottenbrekende kredietinstellingen

	Ludo CORNELIS en Heleen DE BOCK.	147
1.	Inleiding	147
2.	De aansprakelijkheid van de kredietinstelling en van haar bestuurders, directieleden en management.	149
2.1.	Gedragsregels	149
2.2.	De bestemmelingen van de gedragsregels	152
2.3.	De vergunningsvoorwaarden.	158
2.4.	De vergunningsprocedure: taak van de toezichthouder	166
2.5.	Andere gedragsregels.	169
2.6.	De aansprakelijkheid van leden van het wettelijke bestuursorgaan.	171

3.	De aansprakelijkheid van de aandeelhouder/kapitaalverstrekker ...	176
3.1.	Schijnwerper op de aandeelhouder	176
3.2.	De beschutte werkplaats van de aandeelhouder	181
3.3.	Het ware gelaat van de kapitaalverstrekker(s)	185
3.4.	<i>Alive and kicking</i> : de kapitaalverstrekkersaansprakelijkheid ..	189
4.	Besluit	201

Is de top van de bank “*fit & proper*”? Geschiktheid van bestuur en leiding en het toezicht daarop door de Nationale Bank van België

	Merel PIETERS en Jo SWYNGEDOUW	205
1.	Inleiding	205
2.	Wettelijk kader	206
2.1.	Europees niveau	206
2.2.	Nationaal niveau	207
3.	Het nieuwe “ <i>fit & proper</i> ”-beleid van de toezichthouder	208
3.1.	Achtergrond	208
3.2.	Toepassingsgebied	210
3.3.	Verantwoordelijkheden van de instelling en de toezichthouder	211
3.4.	Beoordelingscriteria	212
3.4.1.	Deskundigheid – “ <i>fit</i> ”	213
3.4.2.	Professionele betrouwbaarheid – “ <i>proper</i> ”	214
3.5.	Beoordelingsmomenten en -procedure	215
3.5.1.	Screening door de instelling	216
3.5.2.	Screening door de toezichthouder	216
4.	Nieuwe formulieren	218
5.	Slotbeschouwingen	219

***Corporate governance* in de financiële sector: remuneratie van bestuurders, directieleden en management**

	Koen BYTTEBIER, Alain FRANÇOIS en Tom WERA	221
1.	Wanneer arbeid zijn loon niet waard is: een aantal inleidende <i>law and economics</i> -beschouwingen omtrent het vraagstuk van de excessieve management- en bestuurdersvergoedingsmechanismen	221
1.1.	De ijzeren loonwet	221
1.2.	De (vermeend) bijzondere aard van management-dienstverlening en bepaalde kenmerken ervan	228
1.3.	Het “genieprincipe”	234

1.4. CEO-vergoedingen en -vergoedingssystemen in het bijzonder	236
1.5. Het debat sedert de financiële crisis van 2008 en de economische recessie die deze heeft veroorzaakt	243
2. Beknopte juridische situering van de regelgeving	244
3. Het beloningsbeleid in de niet-genoteerde vennootschappen die niet actief zijn in de financiële sector	248
4. Het beloningsbeleid in de (aandelen)genoteerde vennootschappen die niet actief zijn in de financiële sector	251
4.1. Bronnen	251
4.1.1. De Belgische Corporate Governance Code 2009	252
4.1.2. De Wet Deugdelijk Bestuur	260
4.2. Verhouding met de wet van 25 april 2014	271
5. Het beloningsbeleid in de vennootschappen die actief zijn in de financiële sector	274
5.1. Situering van het regelgevende kader	274
5.1.1. Beknopt overzicht van de financiële regelgeving sedert de financiële crisis van 2008-2009	274
5.1.2. De vigerende regelgeving	279
5.1.3. De toekomstige regelgeving	283
5.2. Het toepassingsgebied van de bepalingen inzake het beloningsbeleid uit de wet van 25 april 2014	286
5.2.1. Het toepassingsgebied <i>ratione personae</i>	286
5.2.1.1. De vennootschappen die actief zijn in de financiële sector	286
5.2.1.2. De betrokken medewerkers	290
5.2.2. Het toepassingsgebied <i>ratione materiae</i>	301
5.2.3. Toepassingsgebied <i>ratione temporis</i>	303
5.3. Remuneratie en organisatie	303
5.4. De bevoegdheidsverdeling bij de bepaling van het beloningsbeleid (pro memorie)	307
5.5. De structuur van het beloningsbeleid (de verhouding tussen vaste en variabele beloning)	309
5.6. De variabele beloning in het bijzonder	316
5.6.1. Vooraf: de verschillende fasen in het toekenningsproces van de variabele beloning	316
5.6.1.1. Algemeen	316
5.6.1.2. De eerste fase: de vaststelling van de doelstellingen	317

5.6.1.3.	De tweede fase: de vaststelling van de prestatiecriteria en de risicometingscriteria. . .	317
5.6.1.4.	De derde fase: de zogenaamde accrualperiode (verwervings- of opbouwperiode). . .	317
5.6.1.5.	De vierde fase: het zogenaamde award-proces (de toekenningsprocedure).	318
5.6.1.6.	De vijfde fase: het zogenaamde <i>pay-out</i> -proces (de uitbetalingsprocedure).	318
5.6.2.	De algemene principes inzake de variabele beloning . .	321
5.6.3.	De gegarandeerde variabele beloning.	322
5.6.4.	De evenwichtsregeling	323
5.6.5.	Een passend aanhoudingsbeleid	324
5.6.6.	De uitstelregeling.	325
5.6.7.	De malus- of terugvorderingsregelingen (clawback) . .	327
5.7.	Het pensioenbeleid.	331
5.8.	De antifraudebepalingen.	333
5.9.	De vertrek- en indiensttredingsvergoedingen	335
5.9.1.	De vertrekvergoedingen	335
5.9.1.1.	Het algemeen principe inzake de vertrekvergoedingen	335
5.9.1.2.	De procedure inzake hoge vertrekvergoedingen	338
5.9.2.	De indiensttredingsvergoedingen.	341
5.10.	Het beloningsbeleid in geval van uitzonderlijke overheidssteun.	342
5.10.1.	Het begrip “uitzonderlijke overheidssteun”.	342
5.10.2.	Bijzondere regels inzake de variabele beloning.	344
5.10.3.	Bijzondere regels inzake de beperking van de vertrekvergoedingen	345
5.10.4.	De rechtsaard van de bijzondere bepalingen in geval van uitzonderlijke overheidssteun	346
5.11.	Openbaarmaking en informatieverstrekking van het beloningsbeleid.	347
6.	Besluit	354
	Bijlage: vergelijkende tabel	355
Slotwoord		
	Koen GEENS	379
Paneldebat.		