Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht





Advies inzake de consultatie Wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen), het Voorstel

30 december 2013

secretaris - mr. C. Heck-Vink - Postbus 16020 - 2500 BA Den Haag - tel. 070 - 3307139 - fax. 070 - 3624568 - c.heck@knb.nl

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht
van de
Nederlandse Orde van Advocaten
en de
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake de consultatie Wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen), het Voorstel.

1. SAMENVATTING

De Gecombineerde Commissie doet de volgende aanbevelingen:

Algemeen	Heroverweging van het bonusplafond wegens de sterke afwijking met de regels in andere (Europese) landen.
Reikwijdte - algemeen	Beperking van de reikwijdte tot de Nederlandse financiële sector.
Reikwijdte-beheerders	Verduidelijking dat beheerders die MiFID-diensten verrichten op basis van een AIFMD vergunning, niet onder het Voorstel vallen.
Begrippen vaste en variabele beloning	Verduidelijking van de verschillende wijzen waarop het begrip vaste beloning wordt gebruikt.
Artikel 1:122 Wft	De tekst en/of toelichting dient op onderdelen te worden verduidelijkt.
Artikel 1:123 Wft	De reikwijdte van dit artikel is te beperkt: mogelijkheid (a) en (b) zouden als alternatief toegepast moeten kunnen worden.
Artikel 1:128 Wft	De toelichting is op diverse onderdelen verwarrend.

2. REACTIE

Algemeen

De Gecombineerde Commissie realiseert zich dat het bonusplafond dat onderdeel uitmaakt van het Voorstel rechtstreeks voortvloeit uit het Regeerakkoord. Toch hecht de Gecombineerde Commissie eraan op te merken dat het naar haar inschatting niet verstandig is om, zoals het Voorstel doet, een sterke afwijking na te streven van hetgeen te gelden heeft in andere (Europese) landen op het gebied van een bonusplafond in de financiële sector. Het zal de Nederlandse financiële sector minder competitief maken ten opzichte van buitenlandse partijen. De grote afwijking met Europese regels voor banken en beleggingsondernemingen wordt onderstreept door de voorgestelde bepalingen van artikel 1:122 lid 3 e.v. Wft, waarmee voor in het buitenland werkzame personen onder omstandigheden verhoogde bonusplafonds van 100% en 200% worden toegestaan.

Reikwijdte - algemeen

Het Voorstel raakt niet alleen financiële ondernemingen met zetel in Nederland, maar ook dochterondernemingen van dergelijke financiële ondernemingen (ongeacht of ze in Nederland zijn gevestigd, zie artikel 1:113 Wft). Voorts worden, in geval er een Nederlands “hoofd” is van de groep waartoe de Nederlandse financiële onderneming behoort, tevens alle tot de groep behorende rechtspersonen/vennootschappen geraakt (artikel 1:114 lid 1 Wft). Ook deze uitbreiding geldt ongeacht waar deze groepsonderdelen zijn gevestigd. De uitbreiding tot (andere) groepsonderdelen geldt (alleen) niet als de hoofdactiviteit van de groep niet “financieel” van aard is (artikel 1:114 lid 3 Wft).

Per saldo betekent dit dat ook dochterondernemingen of groepsmaatschappijen die zelf geen financiële onderneming zijn, door het voorstel worden geraakt. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of deze ruime reikwijdte, gelet ook op de aanleiding en achtergrond van het Voorstel die geheel zijn toegespitst op de financiële sector, terecht is.

Voorts is het beoogde grensoverschrijdend effect van het Voorstel voor de Gecombineerde Commissie een punt van zorg. Buitenlandse dochters/groepsonderdelen zijn aan lokale regels onderworpen. Met enkele Europese regels (zoals die gelden voor banken en beleggingsondernemingen) wordt in het Voorstel enigszins rekening gehouden (met name in artikel 1:122 lid 3 en 4 Wft). Deze correctie is echter naar de inschatting van de Gecombineerde Commissie onvoldoende, nu het Voorstel ook beoogt buitenlandse dochters en

groepsonderdelen te corrigeren die niet een (Europese) bank of beleggingsonderneming zijn. Met gebondenheid aan (andere) lokale regels of bestaande bindende afspraken wordt echter in het Voorstel geen rekening gehouden, terwijl wel aan de Nederlandse financiële onderneming en/of het Nederlandse groepshoofd wordt opgedragen om "zorg te dragen" voor het beoogde resultaat.

Reikwijdte - beheerders

Bepaalde ondernemingen (o.a. beheerders van beleggingsinstellingen en handelaren voor eigen rekening) zijn uitgezonderd (artikel 1:122 lid 7 Wft). Bij de beheerders is dat omdat de AIFMD andere beloningsregels stelt, waar het bonusplafond niet (goed) in past. Bij de handelaren voor eigen rekening omdat er geen klantbelang in het geding is, aldus de toelichting.

De Gecombineerde Commissie meent dat het goed zou zijn wanneer (bijvoorbeeld in de toelichting) wordt verduidelijkt dat een beheerder die ook bepaalde beleggingsdiensten verleent en daardoor onder de systematiek van de Wft tevens een beleggingsonderneming is, niet onder het bonusplafond valt.

Begrippen vaste en variabele beloning

Het lijkt alsof naast de definitie van de vaste beloning (en de toelichting daarop) in artikel 1:111 Wft onder meer in artikel 1:122 lid 1 Wft en in artikel 1:126 lid 2 Wft een ander begrip vaste beloning wordt gebruikt. Blijkens de toelichting op artikel 1:111 Wft vallen onder vaste beloning ook de pensioenbijdrage, een leaseauto e.d. Bij het bepalen van de (jaarlijkse) vaste beloning in artikel 1:122 lid 1 en 1:126 lid 2 Wft is dat volgens de toelichting (p. 17) juist niet het geval. De Gecombineerde Commissie meent dat de tekst van de wet een (duidelijk) onderscheid moet maken tussen beide begrippen en dat niet volstaan kan worden met de opmerking in de toelichting (pag. 17) dat het bij werknemers gaat om de beloning die op de jaaropgave staat.

Artikel 1:122 Wft

Dit artikel betreft het bonusplafond van 20%.

De individuele bonus zoals bedoeld in artikel 1:122 lid 1 Wft wordt door het Voorstel gemaximeerd gerelateerd aan de "vaste beloning van die persoon op jaarbasis". Het is voor de Gecombineerde Commissie niet duidelijk of het daarbij gaat om de geannualiseerde beloning of om de feitelijk ontvangen beloning. Deze vraag kan relevant zijn voor iemand die minder dan een jaar in dienst is. Hoe zit het in dat verband met een personeelslid dat wel een jaar in dienst is geweest bij de groep, maar bij verschillende dochterondernemingen?

De Gecombineerde Commissie vraagt zich voorts af hoe de vijfjaarstermijn van artikel 1:122 lid 5 Wft moet worden toegepast bij groepen waarvan wel meer dan 75% van de personeelsleden buiten Nederland werkzaam zijn, maar die nog geen vijf (of zelfs drie) jaar bestaan?

Artikel 1:123 Wft

Dit artikel laat onder bijzondere omstandigheden een uitzondering toe op het bonusplafond van 20%.

De voorwaarden van artikel 1:123 Wft zijn cumulatief. Met name het vereiste onder (a) (dat sprake moet zijn van een duurzame organisatiewijziging die tot de hogere bonus noopt) lijkt de Gecombineerde Commissie een te hoge drempel. De Gecombineerde Commissie meent dat in voorkomende gevallen ook zonder een duurzame organisatiewijziging een hogere bonus (retentievergoeding), zoals bedoeld in letter (b) moet kunnen worden betaald.

Naar aanleiding van letter (a) merkt de Gecombineerde Commissie voorts op dat de formulering van artikel 1:123 Wft zo lijkt te zijn dat de vergoeding alleen betaald mag worden indien de organisatiewijziging ook wordt doorgevoerd, terwijl het bijvoorbeeld in het vooruitzicht van een mogelijke overname de bedoeling kan zijn een bepaalde *key person* vast te houden, ook voordat de overname tot stand komt.

Inbreuk op bestaande afspraken

Het Voorstel gaat ervan uit dat bestaande, andere, afspraken van voor 1 januari 2015 nog tot 1 januari 2016 nagekomen kunnen worden, maar daarna niet meer (artikel 1:124 lid 1 Wft). Afspraken in strijd met deze wet zijn nietig (via artikel 3:40 BW, zie ook 1:23 lid 2 Wft). De wetgever gaat ervan uit dat partijen in de praktijk mogelijk variabele beloningen gaan omzetten in vaste beloningen, maar dat mag niet uit de hand lopen (artikel 1:124 lid 2 Wft). Per saldo betekent dit dat lopende afspraken na 1 januari 2016 in feite worden “onteigend”.

In de toelichting wordt wel aandacht besteed aan deze problematiek, maar de Gecombineerde Commissie is er niet van overtuigd dat hiermee, op het niveau van de individuen die deze onteigening zullen ondergaan, in voldoende mate recht wordt gedaan aan de waarborgen die artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM eist.

Claw back

Dit artikel voorziet in een aanscherping van het (nieuwe) artikel 2:135 BW voor de financiële sector.

Artikel 1:128 Wft ziet niet alleen op de claw back maar ook op de aanpassing van nog niet uitgekeerde bonussen. De Gecombineerde Commissie wijst op de volgende passage uit de toelichting op dit artikel: "*In twee gevallen dient de onderneming ten allen tijde tot aanpassing en terugvordering van de variabele beloning over te gaan. Beide gevallen laten een ruime beoordelingsruimte aan de onderneming*." De combinatie van aan de ene kant een verplichting om over te gaan tot aanpassing of terugvordering en aan de andere kant de beschikbaarheid van een grote beoordelingsruimte, is niet duidelijk.

De Gecombineerde Commissie wijst voorts op de volgende passage, in verband met de verplichting van de onderneming om een bonus terug te vorderen van de persoon die verantwoordelijk is voor verslechtering van de positie van de onderneming: "*Van een vordering van de onderneming jegens een persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid kan alleen sprake zijn indien er een causaal verband bestaat tussen de verliezen en de uitgekeerde variabele beloningen of vertrekvergoeding. Was de onderneming op het moment van toekenning of uitkering bekend geweest met de (toekomstige) financiële situatie van de onderneming dan had zij geen, of een lagere variabele beloning of vertrekvergoeding uitgekeerd of toegekend.*" Het in de eerste zin aangehaalde causaal verband, kan naar de inschatting van de Gecombineerde Commissie niet bedoeld zijn.

De Gecombineerde Commissie plaatst ook vraagtekens bij de volgende passage uit de toelichting: "*Ten slotte is in onderdeel c van het tweede lid een derde situatie opgenomen waarin ten allen tijde tot aanpassing dient te worden overgegaan. Deze situatie heeft betrekking op de resultaten van de onderneming. Wanneer deze geringer of negatief zijn ten opzichte van de financiële resultaten van het voorgaande (boek)jaar, dan dient de toegekende variabele beloning hiermee in lijn te worden gebracht: te worden verlaagd*." Een dergelijke teruggang zegt echter niets over de vraag of aan de performance criteria is voldaan; binnen een arbeidsrelatie kan dat een ongewenst en zeer demotiverend effect hebben. De Gecombineerde Commissie acht voorstelbaar dat een teruggang aanleiding kan zijn om een hernieuwde beoordeling voor te schrijven, maar meent dat het te ver gaat om voor te schrijven, zonder dat acht geslagen kan worden op de omstandigheden van het geval, dat die beoordeling bindend tot een verlaging moet leiden. De wijze waarop artikel 1:128 Wft is geformuleerd roept daarbij de vraag op of, indien de in lid 1 bedoelde rechtspersoon een lager of negatief resultaat realiseert,

de in lid 4 bedoelde dochter- en groepsondernemingen zelf wel ten minste een gelijk resultaat hebben gerealiseerd, toch lid 2 ook ten aanzien van personeelsleden van die dochter- en groepsondernemingen moet worden toegepast. Omgekeerd rijst ook de vraag of indien de in lid 1 bedoelde onderneming ten minste een gelijk resultaat heeft gerealiseerd, maar de dochter- of groepsonderneming zelf een lager of negatief resultaat heeft geboekt, toch aan de personeelsleden van de dochter- of groepsmaatschappij een ongewijzigde variabele beloning mag worden uitgekeerd.

Niet duidelijk is hoe met artikel 1:128 lid 4 Wft moet worden omgegaan in het geval dat een onderneming die zelf geen financiële onderneming is, in de loop van een boekjaar een dochter- of groepsonderneming als bedoeld in dit lid wordt van een in artikel 1:128 lid 1 Wft bedoelde rechtspersoon. De Gecombineerde Commissie gaat er van uit dat op het moment dat een onderneming als bedoeld in artikel 1:128 lid 4 Wft ophoudt een dochter- of groepsonderneming te zijn van een in lid 1 bedoelde onderneming, artikel 1:128 Wft met onmiddellijke ingang ophoudt op de (voormalige) dochteronderneming van toepassing te zijn.

De Gecombineerde Commissie wijst er voorts op dat hoe groter de kring van personen is waarvan terugvordering van betaalde bonussen kan plaatsvinden, hoe groter het belang is om goed te regelen wat de gevolgen van een terugvordering zijn op fiscaal gebied en op het gebied van de heffing van betaalde sociale verzekeringspremies. Het meest logische lijkt dat in ieder opzicht de terugvordering leidt tot een correctie van het inkomen over het jaar waarin de oorspronkelijke bonusbetaling in de betrokken belasting c.q. heffing is betrokken en dat degene ten opzichte waarvan aanspraak wordt gemaakt op terugbetaling zich van zijn betalingsverplichting, voor zover die staat tegenover de fiscale en premieverplichtingen, kan kwijten door zijn vorderingen aan de onderneming over te dragen. Zo kan worden voorkomen dat een terugbetaling bruto moet plaatsvinden terwijl de ontvangsten netto zijn geweest.

Den Haag, 30 december 2013