

# **GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT**

**van de**

**Nederlandse orde van advocaten**

**en de**

**Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie**

**Inbreng vraagpunten**

**in het kader van de evaluatie**

**Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen**

## **1. ALGEMEEN**

In een vervolg op de bijeenkomst bij het Ministerie van Financiën op 28 augustus 2017, volgt hieronder de inbreng van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: **GCV**), op de thema's en vraagpunten die door het Ministerie van Financiën in het kader van de evaluatie van *Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen* zijn voorgelegd.

## **2. DE REACTIE VAN DE GCV OP DE GESTELDE VRAGEN**

*Vraag 1: Hoe oordeelt u over de uitvoerbaarheid van de wet? Over welke bepalingen krijgt u de meeste verzoeken om advies?*

De plaatsing van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (**Wbfo**) in deel 1 van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**), heeft met name kort na de invoering geleid tot vragen over de reikwijdte van de regeling. Dit betreft onder andere de vraag of ondernemingen die geheel of gedeeltelijk zijn uitgezonderd of vrijgesteld van het toezicht onder de Wft (bijvoorbeeld: vrijgestelde betaaldienstverleners), niettemin vallen onder de reikwijdte van de Wbfo. De uiteenlopende wijze waarop (bijvoorbeeld) in afdeling 1.1.3 de reikwijdte van de Wft wordt aangeduid, draagt bij aan deze onduidelijkheid.

In de praktijk zijn er ook de nodige vragen gerezen over de afbakening tussen de begrippen vaste en variabele beloning. Hierover zijn destijds in de memorie van toelichting enkele opmerkingen gemaakt. Nadien zijn EBA-richtsnoeren gepubliceerd betreffende een beheerst beloningsbeleid (EBA/GL/2015/22, d.d. 27/06/2016). Deze richtsnoeren bevatten (ook) een omschrijving van de begrippen vaste en variabele beloning. Deze omschrijving sluit niet geheel aan bij die in de memorie van toelichting bij de Wbfo. Vraag is hoe deze (latere) richtsnoeren zich verhouden tot de Wbfo.

Als gevolg van het rigide onderscheid onder de Wbfo tussen vaste en variabele beloning zijn ook ten aanzien van de kwalificatie van de vertrekvergoeding in de praktijk vragen gerezen. De effecten van de Wbfo strekken zich dus niet alleen uit tot bonussen. In dit verband is opmerkelijk dat de vertrekvergoeding onder de kwalificatie van de vaste of variabele beloning onder de Wbfo is gebracht. Gelet op de bijzondere aard van de vertrekvergoeding die zich onderscheidt van variabele beloning, leidt dit onderscheid voor de vertrekvergoeding tot onnodige complicaties. Het is wenselijk dat dit bij de evaluatie wordt heroverwogen. Een andere vraag die verband houdt met vertrekregeling is wat precies 'ernstig verwijtbaar' is in de zin van de 1:125 Wft, in welk geval geen ontslagvergoeding mag worden betaald. Niet duidelijk is of hier bedoeld is aan te sluiten bij de terminologie van artikel 2:9 BW.

De beantwoording van vragen omtrent de reikwijdte is in de praktijk niet vereenvoudigd door (bijvoorbeeld) de publicatie van de AFM van veel gestelde vragen en antwoorden over de Wbfo. In deze beantwoording wordt onder andere een standpunt ingenomen over de (niet) toepasselijkheid van de Wbfo op uitbestedingsrelaties. Onduidelijk is gebleven of deze interpretatie de juiste is, en of ook de andere nationale toezichthouder (DNB) zich hierbij aansluit.

Onduidelijkheden ten aanzien van de reikwijdte, althans vragen daarover, hebben zich ook voorgedaan bij de cross sectorale toepassing, bijvoorbeeld op verzekeraars, en ten aanzien van de publicatieverplichtingen. Ook het begrip ‘plaatselijke onderneming’ dat van belang is voor de toepassing van artikel 1:121 lid 7 Wft levert vraagpunten op de in de praktijk.

Tenslotte bestaat in de praktijk onduidelijkheid hoe dient te worden omgegaan met de pro rata toepassing van de bonuscaps (dus op een deel van de beloning) bij groepsbestuurders en overige werknemers die slechts een deel van hun tijd werken voor de financiële onderneming

In zijn algemeenheid kan worden geconstateerd dat een betere toelichting behulpzaam had kunnen zijn bij het voorkomen van onnodige interpretatievragen.

*Vraag 2: Welk gebruik van de uitzonderingsmogelijkheden op het bonusplafond van 20% ziet u?*

De uitzondering van lid 2, waarbij de mogelijkheid bestaat voor ondernemingen die niet onder een cao vallen om een middeling toe te passen van de variabele beloning (waarbij een individueel plafond geldt van 100% en een gemiddeld plafond van 20%), wordt in de praktijk wel gebruikt.

Naar de waarneming van de GCV is de toepassing van de zogenoemde holdinguitzondering van lid 5 in de praktijk beperkt. De nadere interpretatie van DNB (van 3 maart 2017) over de lid 5 uitzondering levert nieuwe vragen op. Het lijkt er namelijk op dat de uitleg van de Nederlandsche Bank enigszins *contra legem* is. Dit betreft zowel de uitleg van de vijf jaar-periode als het element dat de holdinguitzondering ook (rechtstreeks) van toepassing kan zijn op een financiële onderneming zelf, evenals de interpretatie van het begrip “in Nederland gevestigde moedermaatschappij van een internationale groep”. Bij een Nederlandse dochtermaatschappij van bijvoorbeeld een Amerikaanse bank zou dat hoofd niet de Amerikaanse moeder zijn, maar de hoogste holding (hoofd) binnen de EER. Volgens het systeem van art. 2:24b BW zou dat echter de Amerikaanse moedermaatschappij zijn. Daarmee is deze nadere interpretatie op zich niet voldoende om marktpartijen ervan te overtuigen dat zij, ook in de door DNB geschetste situaties, van deze uitzondering gebruik zouden kunnen maken. Er resteert nog enige onzekerheid.

Bovendien kunnen er vragen worden gesteld bij de logica om (bijvoorbeeld in het kader van het bieden van mogelijkheden aan financiële groepen uit het Verenigd Koninkrijk die op zoek zijn naar een ‘Brexit-hedge’) in te zetten op de holding-uitzondering. Deze uitzondering stimuleert immers juist dat het merendeel van het personeel (zelfs: 75% of meer) werkzaam zal zijn *buiten Nederland*.

Naar de inschatting van de GCV staat deze inzet op gespannen voet met de opinies van de ESA’s (European Supervisory Authorities) in het kader van verhuizingen van financiële ondernemingen, waarvan juist de inzet is dat nationale toezichthouders dienen te letten op ruim voldoende lokale aanwezigheid (‘*regulatory substance*’) van (leidinggevend) personeel (zie bijvoorbeeld: ESMA, 13 juli 2017/ESMA35-43-762, *Opinion to support supervisory convergence in the area of investment firms in the context of the United Kingdom withdrawing from the European Union* en EIOPA, 11 juli 2017, EIOPA-BoS-17/141, *Opinion on supervisory convergence in light of the United Kingdom withdrawing from the European Union*).

Een vergelijkbare constatering kan worden gedaan ten aanzien van art. 1:121 lid 6 Wft, waarmee bijkantoren van financiële ondernemingen onder de reikwijdte van de bonuscap worden gebracht, *tenzij*

het gaat om bijkantoren van banken/beleggingsondernemingen die vallen onder de CRD IV regels inzake beloningen (art. 92-96 CRD IV). Deze carve-out stimuleert juist dat banken/beleggingsondernemingen een ander Europees land kiezen voor hun hoofdkantoor dan Nederland en (hooguit) een bijkantoor in Nederland openen.

De GCV meent dat zich hiermee een zekere kunstmatigheid ontwikkelt ten aanzien van het van toepassing zijn van de bonuscap en de uitzonderingen daarop, die naar de inschatting van de GCV aanleiding zou moeten zijn voor heroverweging van de handhaafbaarheid van een nationaal bonusplafond dat (sterk) afwijkt van de Europese inzet.

*Vraag 3: Denkt u dat er door veranderingen in beloningsbeleid minder perverse prikkels zijn? Minder onverantwoorde risico's voor de onderneming worden genomen? Het klantbelang minder wordt veronachtzaamd?*

De GCV beschikt niet over empirische gegevens om op deze vraag een onderbouwd antwoord te kunnen geven.

De waarneming van (leden van) de GCV in de praktijk is dat (discussies over) onderwerpen als (i) de generieke zorgplicht, (ii) de nadruk binnen het gedragstoezicht op klantbelang centraal, (iii) de (nadere) regels omtrent productontwikkelingsprocessen, (iv) de bankiers-eed, in een zekere mate hebben bijgedragen aan een nadere sturing binnen financiële ondernemingen waarbij het klantbelang een niet meer weg te denken plaats heeft veroverd, maar dat dit niet zozeer kan worden toegerekend aan de bonuscap.

*Vraag 4: Denkt u dat de cultuur in de financiële ondernemingen is veranderd richting een duurzame en aan de burger dienstbare sector door invoering van de Wbfo?*

Verwezen wordt naar het antwoord op vraag 3.

*Vraag 5: Denkt u dat de invoering van de Wbfo een positief effect heeft gehad op het vertrouwen in de financiële sector?*

Verwezen wordt naar het antwoord op vraag 3.

*Vraag 6: Signaleert u naast de te verwachten gevolgen ook gevolgen van de Wbfo die niet eerder aan de orde zijn gekomen?*

Geconstateerd kan worden dat de 20% bonuscap betekent dat vaste beloning een relatief groot gedeelte van de beloning dient uit te maken. Dit belemmert flexibele beloningsstructuren die met name voor kleinere financiële ondernemingen nuttig zouden kunnen zijn. Ook bij veel internationale ondernemingen past een hoge vaste beloning en een lage variabele beloning vaak niet binnen de manier waarop binnen de groep wordt beloond.

*Vraag 7: Heeft u concrete data over de gevolgen van de bonuswetgeving op het aantrekken en behouden van personeel in de financiële sector?*

De GCV beschikt niet over dergelijke data.

*Vraag 8: Heeft u concrete data over de gevolgen van de bonuswetgeving op het vestigingsklimaat?*

De GCV beschikt niet over concrete data. De advisering in de praktijk levert wel vrij breed het beeld op dat het bestaan van de Wbfo en de bonuscap in het bijzonder, een significante overweging is voor veel financiële ondernemingen die bijvoorbeeld in het kader van de Brexit hun opties dienen te overwegen, om niet voor Nederland te kiezen.

Den Haag, 31 oktober 2017

## **Bijlage**

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olffen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,  
Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,  
Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,  
Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam,  
Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,  
Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,  
Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,  
Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,  
Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,  
Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Jones Day, Amsterdam,  
Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,  
Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,  
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)  
Postbus 16020  
2500 BA 's-Gravenhage  
Tel. 070-3307158  
e-mail: c.heck@knb.nl