

# Consultatie implementatiewet richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV)

## Hoofdstuk 1.9 Maximale variabele beloning voor bank of beleggingsonderneming

Aan: Ministerie van Financiën

Datum: 24 mei 2014

Van: Van Doorne N.V.

---

Dit memorandum bevat onze reactie op een onderdeel van het voorontwerp van het wetsvoorstel (hierna: het **Wetsvoorstel**) ter implementatie van de Wijziging van de Wet [op het] financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2013/.../EU van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de toegang tot de werkzaamheden van kredietinstellingen en het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat (PbEU 2013, L ...) (hierna: **CRD IV**).

Het onderdeel van het Wetsvoorstel waar wij ons op richten is Hoofdstuk 1.9, "Maximale variabele beloning voor bank of beleggingsonderneming" (hierna: **het Bonushoofdstuk**). Het Bonushoofdstuk behandelt uitsluitend de met betrekking tot *identified staff* toegestane maximale verhouding tussen vaste en variabele beloning. De overige beloningsvoorschriften uit CRD IV zullen, conform de Memorie van Toelichting (de "**Memorie**"), worden opgenomen in de Regeling Beheerst Beloningsbeleid (hierna: de **RBB**) van De Nederlandsche Bank (**DNB**).

Hieronder benoemen we eerst enkele hoofdpunten die ons zijn opgevallen in het Bonushoofdstuk. Daarna volgt een aantal punten van meer technische aard met betrekking tot het Bonushoofdstuk. Aangezien de ons ter beschikking staande versie van CRD IV nog onderworpen is aan juridische redactie, wijkt de uiteindelijke tekst mogelijk af van de door ons bestudeerde versie, hetgeen gevolgen kan hebben voor de accuraatheid van deze reactie.

Deze reactie is voorbereid door onderstaande personen die graag bereid en beschikbaar zijn om zo nodig de commentaarpunten nader toe te lichten. Deze reactie mag openbaar worden gemaakt.

Naam/expertise	Telefoonnummer	E-mailadres
Paul Witteveen (arbeidsrecht/corporate governance)	020 6789 265	<a href="mailto:witteveen@vandoorne.com">witteveen@vandoorne.com</a>
Constant van Tuyll (arbeidsrecht/financieel recht)	020 6789 472	<a href="mailto:tuyllc@vandoorne.com">tuyllc@vandoorne.com</a>

## I. Hoofdpunten

### (i) Reikwijdte; verzekeraars etc.

De bepalingen uit CRD IV over beloningsbeleid (artikel 88 tot en met 91) vormen een herziene versie van de beloningsvoorschriften uit CRD III (2010/76/EU). CRD IV (en ook CRD III) zijn van toepassing op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen. De beloningsvoorschriften uit CRD III zijn opgenomen in de RBB. DNB heeft destijds het toepassingsbereik van het beloningsbeleid uit CRD III verruimd tot (enkele) andere financiële ondernemingen, te weten clearinginstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, premiepensioeninstellingen en verzekeraars. De reden hiervoor was dat "het voeren van een beheerst beloningsbeleid niet alleen relevant [is] voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, maar voor alle financiële ondernemingen".

Tegen deze achtergrond wekt het verbazing dat het Bonus hoofdstuk uitsluitend van toepassing is op banken en beleggingsondernemingen. Het is onduidelijk waarom in dit geval wel de reikwijdte van de richtlijn is gevolgd. Nu de overige beloningsvoorschriften uit CRD IV kennelijk wel in de RBB worden opgenomen gaan we ervan uit dat deze voorschriften wel weer voor alle hiervoor genoemde financiële ondernemingen gaan gelden. Zonder nadere toelichting is dit onbegrijpelijk en verwarrend.

#### ***Aanbeveling:***

**Onze aanbeveling is op dit punt een consistent beleid te voeren. Dus ofwel het beloningsbeleid uit CRD IV van toepassing verklaren op de genoemde financiële ondernemingen dan wel terugkeren naar het beperkte toepassingsbereik van de richtlijn en het beloningsbeleid uit CRD III en CRD IV enkel van toepassing laten zijn op banken en beleggingsondernemingen. Met het oog op het met de richtlijn beoogde *level playing field* en de concurrentiepositie van Nederland, heeft deze laatste optie onze voorkeur. Voor verzekeraars en entiteiten voor risico-acceptatie zullen bovendien EU-breed de beloningsvoorschriften uit de Solvency II-richtlijn gaan gelden.**

### (ii) Reikwijdte; niet-onder toezicht staande ondernemingen

Het Bonus hoofdstuk is geplaatst in deel 1 van de Wft. Dit heeft ons inziens onbedoelde en ongewenste gevolgen:

Eenzijds betekent dit dat de reikwijdte van het Bonushoofdstuk niet beperkt is tot banken en beleggingsondernemingen met een vergunning van een van de Nederlandse (financiële) toezichthouders<sup>1</sup>. Hierdoor gaat voor het Bonushoofdstuk een breder toepassingsbereik gelden dan voor de RBB, terwijl dit niet door de Europese regelgever is beoogd. Zo komen banken/beleggingsondernemingen die op basis van een zogeheten Europees paspoort in Nederland actief zijn onder de reikwijdte van het Bonushoofdstuk te vallen, terwijl het idee van het Europees paspoort nu juist is dat het (prudentiële) toezicht niet aan DNB, maar aan de toezichthouder van het land van herkomst is voorbehouden. Toezicht van DNB op de prudentiële aspecten van het bonusbeleid van deze ondernemingen past derhalve niet in de systematiek van het Europees paspoort<sup>2</sup>. Dit geldt temeer nu lidstaten binnen het raamwerk van CRD IV restrictievere beloningsmaatregelen mogen treffen, zodat het toezicht dat door een toezichthouder van een andere EU-lidstaat wordt uitgeoefend niet per se gelijk is aan dat van DNB. Een ander gevolg van plaatsing van het Bonushoofdstuk in deel 1 van de Wft, is dat ook banken/beleggingsondernemingen die om een andere reden niet over een vergunning van een van de Nederlandse (financiële) toezichthouders beschikken (bijvoorbeeld vanwege een vrijstelling of ontheffing), zich op dit punt ineens dienen te verantwoorden.

Anderzijds menen wij dat door de plaatsing in deel 1 van de Wft de Nederlandse wetgever niet voldoet aan alle eisen uit CRD IV. CRD IV neemt namelijk tot uitgangspunt dat *"the application [] shall be ensured by competent authorities for institutions at group, parent company and subsidiary levels, including those established in offshore financial centres"* en *"variable remuneration is not paid through vehicles or methods that facilitate the non-compliance with the requirements of this Directive or Regulation"*<sup>3</sup>. Deze twee voorwaarden zijn wel opgenomen in de RBB<sup>4</sup>, maar komen niet met zoveel woorden terug in het Bonushoofdstuk.

#### **Aanbeveling:**

**Plaatsing van het Bonushoofdstuk in de RBB, gelet op de onbedoelde en ongewenste gevolgen van plaatsing in deel 1 van de Wft. Het argument dat dit vanwege de status van de RBB als toezichthouderrichtlijn en de impact van het Bonushoofdstuk niet wenselijk zou zijn, hetgeen de Memorie lijkt te suggereren, achten we gelet op het feit dat de contouren van het Bonushoofdstuk al grotendeels vastliggen, niet doorslaggevend. Als (additionele) democratische legitimatie niettemin noodzakelijk is, stellen we plaatsing in deel 3 van de Wft dan wel plaatsing in onderliggende regelgeving voor (waarbij in het laatste geval gebruik gemaakt kan worden van de zogenaamde voorhangprocedure).**

<sup>1</sup> We wijzen erop dat de onbedoelde gevolgen die plaatsing van beloningsvoorschriften in deel 1 van de Wft met zich meebrengt reeds door de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht in het kader van het Wetsvoorstel bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers (32 512, de "claw-back regeling") is gesignaleerd, zie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, "Advies wetsvoorstel 32 512, wijziging van boek 2 BW en de Wft in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers", 11 november 2010, te vinden op <http://www.knb.nl/adviezen-gcv>. Opvallend is dat de regering in dat geval vrij laconiek met dit commentaar omsprong: "In concrete gevallen zal de werking van de bepaling in samenhang met de toepasselijke civiele en arbeidsrechtelijke bepalingen in de betrokken landen bezien moeten worden" (Kamerstukken II 2010-2011, 32 512, nr. 6, p. 8-9, 14). Nu het Bonushoofdstuk een regeling is die EU-breed zal worden ingevoerd, met een zeer grote impact op de beloning van betrokkenen, menen wij dat op dit punt vooraf duidelijkheid zou moeten worden verschaft.

<sup>2</sup> Het beloningsbeleid zoals dat voortvloeit uit CRD III/CRD IV heeft immers een prudentiële achtergrond en is gericht op het tegengaan van onverantwoorde prikkels die de financiële soliditeit, stabiliteit en/of weerbaarheid van de financiële instelling bedreigen.

<sup>3</sup> Artikel 88 (1) respectievelijk 90 (1) sub n CRD IV.

<sup>4</sup> Als onderdeel van de implementatie van CRD III, zie artikel 23 voor het omzeilingsverbod en artikel 24 voor de verruiming tot de groep waartoe de financiële onderneming behoort.

### (iii) Reikwijdte: het niet vaste deel van de beloning

Kort samengevat mag ingevolge het Bonushoofdstuk het niet vaste deel van de beloning maximaal 100% van de vaste beloning bedragen (ratio 1:1), met dien verstande dat de ratio met toestemming van de aandeelhouders kan worden verhoogd tot maximaal 1:2. Als reden voor het gebruik van de term "het niet vaste deel van de beloning" (in plaats van "variabele beloning") wordt in de Memorie gegeven dat hiermee "aansluiting [is] gezocht bij de formulering van het bonusverbod bij staatssteun in artikel 1:112, eerste lid". Wij vinden deze verwijzing ongelukkig. In de Wet bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen zijn onder "het niet vaste deel van de beloning" immers ook vertrekvergoedingen geschaard<sup>5</sup>. De bedoeling van CRD IV lijkt evenwel niet om vertrekvergoedingen onder de noemer variabele beloning te brengen. Zo worden onder 90 (1) sub g CRD IV vertrekvergoedingen apart geadresseerd ("do not reward failure or misconduct") en zien de regels van uitgestelde bonusbetaling (deferral, retention etc.) niet op vertrekvergoedingen, maar wel op "variable remuneration"<sup>6</sup>.

Een verruiming van het bonusplafond tot vertrekvergoedingen zou in onze ogen ook (te) verstrekkende consequenties hebben. Bij de berekening van de maximaal toegestane jaarlijkse variabele beloning dient dan immers ook rekening te worden gehouden met een eventueel overeengekomen vertrekvergoeding. Los van het feit dat de betrokkenen hierdoor onevenredig hard worden geraakt (met als mogelijk gevolg dat in enig jaar helemaal geen bonus mag worden uitgekeerd), levert dit veel stof voor discussie op. Zo is de vraag of in dat geval ieder jaar het hele bedrag aan contractuele ontslagvergoeding zou moeten worden meegenomen of uitsluitend in het jaar dat de vergoeding is overeengekomen dan wel het jaar waarin deze tot uitkering komt. En als bijvoorbeeld ieder jaar een deel van de contractuele vertrekvergoeding moeten worden meegenomen in de berekening van de maximaal toegestane variabele beloning, rijst de vraag hoe groot dat deel dan zou moeten zijn als niet op voorhand duidelijk is wanneer het contract met de betrokken medewerker eindigt en dus de ontslagvergoeding tot uitkering komt.

Voorts valt op dat de begrippen "vast deel van de beloning" en "het niet vaste deel van de beloning" niet nader zijn uitgewerkt in die zin dat helder is welke (geldelijke en niet-geldelijke) beloningsbestanddelen tot het vaste respectievelijk niet vaste deel van de beloning worden gerekend. Wij vinden dit een gemiste kans, zeker nu voor de berekening van de hoogte van de maximaal toegestane variabele beloning de hoogte van de vaste beloning als uitgangspunt dient en marktpartijen er dus belang bij hebben om hierover de discussie met DNB aan te gaan. Tot slot vragen wij ons af hoe de waardering van afgeleide financiële instrumenten zoals aandelenopties plaats moet vinden. De uitvoerwaarde kan immers gedurende de hele looptijd nul bedragen.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 058, nr. 5, p. 7. In navolging overigens van de regeling claw-back waar de term "niet vaste deel van de bezoldiging" voor het eerst wordt gebruikt bij nota van wijziging om aan te duiden dat daarmee niet alleen in hoogte variabele beloning, maar ook een incidentele, in hoogte vaststaande beloning wordt bedoeld, daaronder begrepen overeengekomen vertrekvergoedingen (Kamerstukken II 2010-2011, 32 512, nr. 7, p.3).

<sup>6</sup> Ook overweging 48 van CRD IV leidt niet tot een andere conclusie: "*variable remuneration, which includes additional payments, or benefits depending on performance or, in exceptional circumstances, other contractual elements but not those which form part of routine employment packages*". Zo is de hoogte van een vertrekvergoeding niet per se afhankelijk van prestaties, maar (ook) bijvoorbeeld van dienstjaren en/of leeftijd en kan een externe omstandigheid - onafhankelijk van het presteren van de betrokken medewerker - ertoe leiden dat de ontslagvergoeding tot uitkering komt (bijvoorbeeld een reorganisatie). Voor medewerkers die onder de Code Banken en/of Corporate Governance Code vallen is een vertrekvergoeding van (maximaal) één jaarsalaris bovendien eerder regel dan uitzondering.

**Aanbevelingen:**

- ✓ **De reikwijdte van "het niet-vaste deel van de beloning" specifiek beperken tot bonussen. Voor contractuele vertrekvergoedingen geldt een apart regime onder CRD IV.**
- ✓ **Nader uitwerken welke bestanddelen tot het vaste respectievelijk niet vaste deel van de beloning worden gerekend. *Guidance* verstrekken met betrekking tot de waardering van afgeleide financiële instrumenten zoals aandelenopties.**

**(iv) Bonusplafond: aangekondigde verlaging**

In de Memorie wordt aangekondigd dat het bonusplafond naar verwachting per 1 januari 2015 zal worden aangepast in lijn met het regeerakkoord (maximale ratio 1:0,2). Wij pleiten ervoor eerst de uitkomsten van de evaluatie van de Europese Commissie af te wachten, waarover uiterlijk 30 april 2016 gerapporteerd wordt (zie artikel 150 (1) CRD IV), alvorens verdergaande maatregelen te nemen. In het evaluatierapport komt onder meer naar voren wat het effect zal zijn van het bonusplafond op de concurrentiekracht en de financiële soliditeit van de banken/beleggingsondernemingen. Het lijkt ons niet meer dan verstandig om de bevindingen van de Europese Commissie af te wachten en op basis daarvan eventueel stringenter maatregelen te nemen, dan om eigenstandig op de muziek vooruit te lopen, zonder inzichtelijk te hebben wat de precieze gevolgen daarvan zijn. Niet alleen loopt Nederland hiermee het risico haar concurrentiepositie ten opzichte van landen buiten de EU te schaden, maar zij benadeelt zichzelf mogelijk ook ten opzichte van andere landen binnen de EU.

**Aanbeveling:**

**Het ligt voor de hand om de uitkomsten van het evaluatierapport van de Europese Commissie af te wachten voordat (eventueel) wordt overgegaan tot instelling van een stringenter bonusplafond.**

**(v) Bonusplafond: kortingsfactor**

CRD IV staat een kortingsfactor toe van maximaal 25% van de variabele beloning zolang deze is uitgekeerd in specifiek genoemde (deels in samenhang met de EBA nader uit te werken) instrumenten waarvan de uitkering minimaal 5 jaar is uitgesteld. Dit deel van de variabele beloning mag buiten beschouwing worden gelaten bij de berekening van de maximaal toegestane ratio in een concreet geval. Zoals gezegd is in de Memorie aangegeven dat de regering voornemens is het bonusplafond te zijner tijd in lijn met het regeerakkoord uit te werken, in welk verband een lagere ratio vast/variabel zal worden vastgesteld. Aangezien het regeerakkoord niet rept over een kortingsfactor voor bonussen die in de vorm van lange termijn-instrumenten worden uitgekeerd, gaan we ervan uit dat de regering het maximale kortingspercentage van 25% handhaaft.

Wij achten handhaving van het maximale kortingspercentage goed verdedigbaar nu een bank/beleggingsonderneming, in overeenstemming met de RBB, een volledig flexibel beleid dient te voeren met betrekking tot lange termijn-instrumenten waarvan de uitkering is uitgesteld, inclusief de

mogelijkheid in het geheel geen bonus uit te keren zolang het betreffende lange termijn-instrument nog niet onvoorwaardelijk is geworden. Met andere woorden, in dit type instrument ligt reeds een correctiemechanisme besloten op grond waarvan de betrokken persoon het instrument (lees: de bonus) niet verwerft als achteraf blijkt dat hieraan een prikkel ten grondslag heeft gelegen die niet in overeenstemming is met de financiële soliditeit van de bank/beleggingsonderneming. Hiermee is de facto eenzelfde soort effect beoogd als met het in te voeren bonusplafond, met als verschil dat het bonusplafond op voorhand onverantwoorde prikkelvorming tegen gaat. Dit betreft echter niet zozeer een inhoudelijk verschil, maar eerder een kwestie van techniek.

**Aanbeveling:**

**Handhaven van de maximale kortingsfactor van 25% van de totale variabele beloning.**

**(vi) Handhaving: civielrechtelijke sanctie**

Het Bonushoofdstuk is gericht tot banken/beleggingsondernemingen en niet tot de *identified staff* waar de bonusrestrictie betrekking op heeft. Hoewel het klopt dat, zoals de Memorie vermeld, Nederland een uitgewerkt stelsel van sanctionerende bevoegdheden kent, zien deze bevoegdheden veelal op handhaving door en/of bestraffing van de normadressaat, in casu banken/beleggingsondernemingen. Zoals bij de bespreking van de RBB herhaaldelijk is opgemerkt<sup>7</sup>, wordt de effectiviteit daarvan aangetast, in die zin dat financiële ondernemingen enerzijds uitvoering dienen te geven aan een veelheid aan beloningsvoorschriften, maar anderzijds gebonden zijn aan de contractuele afspraken die zij hierover met hun personeelsleden hebben gemaakt. Aangezien het Nederlandse arbeids-/contractenrecht bovendien allerm minst vanzelfsprekend is dat deze afspraken (eenzijdig) door de onderneming gewijzigd kunnen worden (althans niet zonder afdoende compensatie te bieden), bevinden deze financiële ondernemingen zich dus dikwijls in een lastige spagaat.

Dit speelt des te meer nu het bij de invoering van het Bonushoofdstuk in veel gevallen om een substantiële aanpassing van de salarisafspraken zal gaan, waar de betreffende medewerker naar verwachting niet zonder slag of stoot zijn medewerking aan zal verlenen. Het laat zich denken dat als medewerking al wordt verleend, dit gepaard zal gaan met een flink eisenpakket ten aanzien van het vaste deel van de beloning. We betwijfelen of dit de kant is die de regering op wil gaan en, niet onbelangrijk, of dit vanuit prudentieel oogpunt te billijken is.

In lijn met de Wet bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen pleiten wij er dan ook voor om in het Bonushoofdstuk een civielrechtelijke sanctie op te nemen luidende dat het deel van de variabele beloning dat de vastgestelde ratio overstijgt van rechtswege op € 0 wordt gezet. CRD IV lijkt deze mogelijkheid ook te bieden en zelfs aan te moedigen. Zo vermeldt overweging 33 CRD IV dat: "*Member States may provide for other sanctions in addition to those mentioned in this Directive []*."

Overigens achten wij niet wenselijk dat ook het zogenoemde 'strekkingenverbod' uit de Wet bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen (artikel 1:112 lid 4 Wft) wordt overgenomen. Niet alleen is de reikwijdte van dit artikel onduidelijk en in dit licht de sanctie te verstrekkend (nietigheid), CRD IV

<sup>7</sup> Zie (o.a.) A.M. Helstone, 'Financieel toezicht op beloningen', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* 2012, nr. 2, p. 63- 69.

kent met artikel 90 (1) sub o reeds een eigen regeling om ontduiking tegen te gaan ("*variable remuneration is not paid through vehicles or methods that facilitate the non-compliance with the requirements of this Directive or Regulation*").

**Aanbeveling:**

**Implementatie van genoemde civielrechtelijke sanctie op overtreding van het Bonushoofdstuk.**

\*\*\*\*\*

## II. Technische punten

Onderwerp	Artikel Bonus hoofdstuk	Opmerkingen, vragen en/of aanbevelingen
Term "reikwijdte"	1:114 lid 2 (a) (i) Wft	Blijkens artikel 90 (1) sub (IV) (a) CRD IV wordt onder de term "reikwijdte" in ieder geval verstaan hetgeen onder ii. tot en met iv. van artikel 1: 114 lid 2 (a) Wft is opgenomen. We kunnen ons voorstellen dat de reikwijdte ook het percentage waarmee de onderneming de variabele beloningen wenst te verhogen omvat. Wellicht dat hieromtrent in de Memorie <i>guidance</i> kan worden verschaft.
Term "eigendomsrechten"	1:114 lid 2 (b) Wft	Artikel 90 (1) sub (IV) (aa) CRD IV spreekt van <i>equivalent ownership rights</i> . Hiermee is denkkelijk (mede) bedoeld op banken met een lidmaatschapsstructuur (coöperatieve banken). De term "eigendomsrechten" dekt derhalve niet de volledige lading: naar onze mening zou achter "eigendomsrechten" moeten worden toegevoegd "of lidmaatschapsrechten" (2x).
Zinsnede "binnen een redelijke termijn"	1:114 lid 2 (c) Wft	We zouden graag zien dat in de Memorie reeds <i>guidance</i> wordt gegeven over welke termijn als



		redelijk moet worden beschouwd. Het lijkt logisch om aan te knopen bij de oproeping van de AvA. Maar wat heeft te gelden als de AvA wordt verzocht om buiten vergadering over het verzoek tot verhoging van het percentage variabele beloning te stemmen?
Zinsnede "medewerkers [] waarop het hogere maximum percentage van toepassing is mogen geen stemrechten uitoefenen"	1:114 lid 2 (g) Wft	We vragen ons af of de aandelen/lidmaatschapsrechten van personen die niet mogen meestemmen wel worden meegenomen in de berekening van het quorum/meerderheidsvereiste. Met andere woorden, zijn dit blanco stemmen of tellen de stemmen in het geheel niet mee in de berekeningsgrondslag? Wellicht dat hieromtrent in de Memorie <i>guidance</i> kan worden verschaft.
Zinsnede "medewerkers of personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van de bank of beleggingsonderneming"	1:114 lid 2 (g) Wft	Deze voorwaarde komt niet terug in artikel 90 (1) sub (IV) (d) CRD IV. We stellen voor om deze voorwaarde te schrappen, mede omdat dit de deur opent voor discussies of een persoon in het concrete geval onder verantwoordelijkheid van de bank/beleggingsonderneming werkzaam is (bijvoorbeeld in een detacheringssituatie).
Term "instrumenten"	1: 114 lid 3 Wft	Het betreffen hier (lange termijn-)instrumenten als bedoeld onder artikel 90 (1) sub j (i) en (ii) CRD IV. Mede om een duidelijk onderscheid te maken met "financiële instrumenten" in de zin van artikel 1:1 Wft, stellen we voor om een verwijzing naar de richtlijn dan wel een definitie in artikel 1:1 Wft toe te voegen.