

Ministerie van Financiën
Zijne excellentie Ir. J.R.V.A. Dijsselbloem
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Datum 23 december 2013
Referentie BR2068

Betreft: Consultatiereactie Wetsvoorstel beloningsbeleid financiële ondernemingen

Geachte heer Dijsselbloem,

Via deze weg maakt de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Wetsvoorstel beloningsbeleid financiële ondernemingen ('Wbfo'). Alvorens op een aantal specifieke zaken in het wetsvoorstel in te gaan, geef ik graag eerst een meer algemene reactie. Tevens vindt u in de bijlagen een door PriceWaterhouseCoopers opgestelde notitie waarin de mogelijke marktgevolgen van de Wbfo voor de financiële sector nader zijn uitgewerkt.

Nederlandse banken werken hard aan vernieuwing, verbetering van de dienstverlening aan de klant én versobering. Alhoewel we ons realiseren dat een aantal zaken is mis gegaan rechtvaardigt dit in onze ogen niet een specifiek Nederlands beloningsbeleid dat afwijkt van het Europese beleid, en dat hebben we ook niet nodig om verder te gaan met het versoberen van beloningen. De meest recente rapportage van de European Banking Authority ('EBA') bevestigt dat de Nederlandse bankensector reeds een zeer gematigd bonusbeleid heeft ten opzichte van andere Europese lidstaten.

Variabele beloningen bij Nederlandse banken zijn de afgelopen jaren aanzienlijk beperkt en perverse beloningsprikkelers zijn geschrapt. Nederland loopt daarmee sinds de crisis voorop in Europa. Ook werken Nederlandse banken hard aan versterking van de stabiliteit van de sector en verbetering van cultuur en gedrag, onder meer door de invoering van de bankierseed voor alle medewerkers en tuchtrecht. In een tijd waarin wordt gewerkt aan een Europese bankenunie past geen Nederlandse 'Alleingang'. Deze zet Nederlandse banken op achterstand binnen Europa en doet geen recht aan onze inspanningen waarmee wij overigens voluit door gaan.


Nederlandse banken lopen in Europa voorop met het matigen van variabele beloningen. Sinds het uitbreken van de crisis zijn verschillende stappen gezet om te komen tot een versobering van de arbeidsvoorwaarden en het voorkomen van ongewenste prikkels. Het beloningsbeleid is de afgelopen jaren over de hele linie (van bestuurders tot werkvloer) gematigd. In zowel de Code Banken als Europese- en nationale regelgeving zijn strikte regels gesteld om excessen te voorkomen. Sinds 2010 geldt de Code Banken met daarin afspraken voor een zorgvuldig, beheerst en duurzaam beloningsbeleid, dat rekening houdt met de internationale omgeving en het maatschappelijk draagvlak. Banken hebben de variabele beloning voor bestuurders als eerste in Europa gemaximeerd tot 100% van de vaste beloning. Ook hebben banken hun variabele beloningen gekoppeld aan lange termijndoelstellingen en klanttevredenheid.

Zowel de hoogte van de variabele beloning, als het aantal mensen dat op die manier beloond wordt, is in de afgelopen jaren sterk afgenomen. De betreffende medewerkers zijn schaarse specialisten die banken nodig hebben om het bedrijfsleven de beste financiële dienstverlening te kunnen bieden of bijvoorbeeld om het internetbankieren veilig te houden. Deze specialisten kunnen ook aan de slag bij andere bedrijven waarvoor de maximering niet geldt. Omdat het voorstel alleen betrekking heeft op banken en verzekeraars, en niet geldt voor andere delen van de financiële sector en het bedrijfsleven, zet dit banken en verzekeraars op achterstand.

Tegen deze achtergrond en gelet op de gevolgen van het wetsvoorstel verzoek ik u om onze aandachtspunten zorgvuldig af te wegen.

Bij voorbaat dank voor uw aandacht. Vanzelfsprekend is de NVB tot nadere toelichting graag bereid.

Met vriendelijke groet,



Chris Buijink
Voorzitter NVB

Consultatiereactie Wetsvoorstel beloningsbeleid financiële ondernemingen

1. INTRODUCTIE EN ACHTERGROND

- 1.1. Deze brief bevat een reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken ("**NVB**") op het Voorontwerp voor een Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen ("**Wbfo**") die op 26 november 2013 met een concept Memorie van Toelichting ("**MvT**") is gepubliceerd. De Wbfo introduceert een wettelijk bonusplafond van 20% van de vaste beloning ("**Bonusplafond**") voor personen die werkzaam zijn bij een financiële onderneming.
- 1.2. Het toepassingsbereik van de Wbfo kent twee dimensies: (i) de *ondernemingen* binnen de financiële sector waarop de voorschriften van toepassing zullen zijn en (ii) de *natuurlijke personen* die werkzaam zijn binnen die ondernemingen ten aanzien waarvan de beloningen moeten voldoen aan de voorschriften. De wetgever beoogt met de Wbfo een einde te maken aan de "*lappendeken*" van de verschillende regels van de Wet financieel toezicht ("**Wft**") die beloningen in de financiële sector normeren¹ en deze in één wet te integreren.
- 1.3. Op 26 november 2013 is de consultatie over de Wbfo gestart. In dit verband worden financiële marktpartijen in de gelegenheid gesteld om hun visie over de Wbfo naar voren te brengen in de periode tot 31 december 2013 ("**Consultatieperiode**").
- 1.4. Tegen deze achtergrond wenst NVB in deze brief als volgt te reageren op de consultatie over de Wbfo.
- 1.5. Hierna volgt eerst een overzicht van de meest belangrijke aandachtspunten voor de consultatie. Samengevat zijn deze als volgt:
 - (A) Aanzienlijke verstoring van het nationale en internationale gelijke speelveld.
 - (B) Impact van Wbfo op buitenlandse contractuele verhoudingen.
 - (C) Verhouding tot Europese en andere bestaande nationale wet-en regelgeving zoals CRD IV en de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 ("**RBB**").
 - (D) Praktische knelpunten / bijzondere gevolgen.
- 1.6. Tot slot besteden wij nog aandacht aan de aandachtspunten bij het tijdsplan en de overgangsmaatregelen van de Wbfo.

¹ Wij verwijzen hiervoor naar de aanbiedingsbrief bij het voorontwerp van de Wbfo aan de Tweede Kamer d.d. 26 november 2013. Voorbeelden van de bestaande regels voor beloningen uit de Wft zijn de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 en de Wet aansprakelijkheidsbepanking DNB en AFM en het bonusverbod voor staatsgesteunde ondernemingen.

2. ALGEMENE OBSERVATIES VOOR CONSULTATIE

(A) Aanzienlijke verstoring van het nationale en internationale gelijke speelveld

2.1. Anders dan de MvT suggereert, zal de Wbfo een aanzienlijke verstoring van het nationale en internationale gelijke speelveld (*level playing field*) tot gevolg hebben. Hierbij moet in ieder geval worden gedacht aan de volgende situaties:

- Nederlandse vestigingen (bijkantoren) van in een andere lidstaat gevestigde banken en beleggingsondernemingen vallen niet onder de reikwijdte van het Bonusplafond. Het merendeel van de Nederlandse bijkantoren van buitenlandse financiële ondernemingen behoort tot de categorie bank of beleggingsonderneming. Nederlandse banken en beleggingsondernemingen zullen daarmee minder goed in staat zijn om op de arbeidsmarkt te concurreren met Nederlandse vestigingen van buitenlandse concurrenten. Een werknemer van een Nederlandse bank kan eenvoudig overstappen naar een Nederlandse vestiging van bijvoorbeeld een Engelse of Franse bank of beleggingsonderneming in dezelfde stad.
- Buitenlandse kantoren van Nederlandse financiële ondernemingen zijn gebonden aan het Bonusplafond, terwijl niet-Nederlandse financiële ondernemingen met een vestiging in diezelfde staat daar niet aan gebonden zijn. Nederlandse banken in andere financiële centra (in de EER of daarbuiten) ondervinden dus belangrijke nadelen bij het werven van gekwalificeerd personeel voor de buitenlandse kantoren van deze Nederlandse banken.
- Nederlandse ondernemingen buiten de financiële sector zijn niet gebonden aan de restricties uit de Wbfo. Dit betekent dat het voor een financiële onderneming moeilijker wordt om te concurreren met niet-financiële ondernemingen bij het werven en het behoud van schaars personeel. Dit klemmt met name bij medewerkers met schaarse vaardigheden waar ook buiten de financiële sector vraag naar is. Zo kan een deskundige op het terrein van informatietechnologie of beveiliging eenvoudig bij een niet-financiële onderneming aan de slag, terwijl de komende jaren bij banken grote behoefte bestaat aan dit soort medewerkers. Maar ook personen met een gedegen financiële achtergrond zijn schaars en mobiel. Corporate finance boutiques en managementadviesbureau's en andere financieel adviseurs verrichten werkzaamheden die veel lijken op de werkzaamheden van de adviestak van banken. Deze ondernemingen doen dus deels hetzelfde werk, maar zijn niet gebonden aan de bonuscap.
- De Wbfo creëert - behoudens enkele beperkte uitzonderingen - een verplichting voor de groep waarvan een Nederlandse financiële onderneming deel uitmaakt, om de belangrijkste beloningsbeperkingen uit de Wbfo toe te passen op de gehele groep. Die ruime verplichting geldt echter niet indien de groep geen Nederlandse holding heeft. Daarmee worden groepen met een Nederlandse holding met zwaardere beperkingen geconfronteerd dan groepen met een buitenlandse holding. Dit kan een negatieve impact hebben op het vestigingsklimaat voor Nederlandse holdings.

(B) Impact van Wbfo op buitenlandse contractuele verhoudingen

- 2.2. Door de uitbreiding van de reikwijdte tot buitenlandse dochters van een Nederlandse financiële groep of een Nederlandse financiële onderneming, zijn de beloningsrestricties uit de Wbfo ook van toepassing op de medewerkers van dergelijke dochters. De Nederlandse wetgever is echter niet in staat om rechtstreeks in te grijpen in buitenlands arbeids- en verbintenissenrecht en in de beloningen die zijn toegekend door een niet-Nederlandse vennootschap aan niet-Nederlandse medewerkers. Het territorialiteitsbeginsel verzet zich daartegen en ook de Europese richtsnoeren bij de CRD-restricties gaan ervan uit dat lokale regels bij toepassing van de beloningsvoorschriften dienen te worden gerespecteerd.²
- 2.3. De Wbfo verlangt dat het groepshoofd c.q. de financiële onderneming "ervoor zorgdraagt" dat de desbetreffende dochter zich houdt aan de beperkingen uit de Wbfo (vgl. de voorgestelde artt. 1:113 en 1:114 Wft). Het is echter maar zeer de vraag of de aandeelhouder daar wel toe in staat is, zeker wanneer lokaal dwingend recht (bijvoorbeeld lokaal arbeidsrecht of verbintenissenrecht) of het belang van de vennootschap op grond van lokaal recht zich daartegen verzetten.

(C) Geen noodzaak Wbfo; verhouding tot Europese en andere bestaande nationale wet- en regelgeving

- 2.4. De recente Europese restricties voor beloningen (CRD IV) worden per 1 januari 2014 van kracht. Niet valt in te zien waarom de effecten van deze Europese regels niet eerst worden afgewacht en zorgvuldig worden geëvalueerd. Immers, de CRD IV regels zijn gebaseerd op dezelfde overwegingen als die van de Wbfo en zij dienen hetzelfde doel. Gelet op de forse verstoringen van de concurrentieverhoudingen die de Wbfo onvermijdelijk tot gevolg zal hebben, en het feit dat er geen reden is om aan te nemen dat de CRD IV regels onvoldoende effect zullen sorteren, bestaat er geen grondslag om de Wbfo al op 1 januari 2015 in werking te laten treden. Eerst dient de implementatie van CRD IV zorgvuldig te worden uitgevoerd en de gevolgen hiervan geëvalueerd. Pas dan kan een afweging voor de noodzaak van de Wbfo worden gemaakt.
- 2.5. De beloningsregels van CRD IV en het bijbehorende bonusplafond treden pas op 1 januari 2014 in werking. De wetgever verzuimt in dit verband aan te geven op welke punten de restricties voor beloningen van CRD IV tekortschieten, en op grond waarvan het Bonusplafond en de overige restricties uit de Wbfo noodzakelijk zijn om de genoemde doelstellingen te bereiken.
- 2.6. Nu op grond van dezelfde overwegingen en motieven (tegengaan van ongewenste en onverantwoorde prikkels en bescherming van publieke belangen en consumenten) het Europese bonusplafond is vastgesteld op 100%, lijkt de gekozen 20% norm van het

² Para. 27 van de CEBS-Guidelines on Remuneration Policies and Practices d.d. 10 december 2010: "The EU parent institution has a top-down influence, but subsidiaries might have local responsibilities in the implementation of remuneration policies. Any group-wide remuneration policy should take into account local regulations (e.g. fiscal or employment legislation) in the jurisdiction in which the institution's subsidiaries operate. It is the subsidiary's primary responsibility to ensure compliance with the specific local requirements. "

Bonusplafond arbitrair. Er ontbreekt ook een precieze motivering waarom het Europese bonusplafond niet zou voldoen. En dat terwijl deze norm nog niet eens in werking is en de effectiviteit van de norm dus ook nog niet is getoetst. De inbreuk die de Wbfo maakt op de beloning van de personen die onder de reikwijdte vallen is daarom niet proportioneel (geen sprake van "fair balance"). Dat klemmt temeer nu de Wbfo permanente maatregelen bevat en de beloningsvoorschriften niet tijdelijk van aard zijn.

- 2.7. De Wbfo zou volgens de wetgever een einde moeten maken aan de "lappendeken" van bestaande wet-en regelgeving op het gebied van beloningen: deze beoogt één geïntegreerde wet tot stand te brengen die beloningen in de financiële sector reguleert. De Wbfo vervangt de bestaande regels van de RBB en CRD IV echter niet.
- 2.8. Deels zijn bepalingen van de RBB en CRD IV wel geïntegreerd in de Wbfo; deels ook niet. Dat leidt tot samenloop-en afbakeningsvraagstukken die ongewenst zijn. Gelet op het Bonusplafond, is de vraag of het onderscheid tussen Identified Staff en overige medewerkers nog wel relevant en praktisch werkbaar is. In beginsel zal nog steeds onverkort moeten worden voldaan aan de regels van de RBB en CRD IV ten opzichte van Identified Staff. Dat betekent dat de strenge restricties van deze regels (zoals bijvoorbeeld uitstel en de verplichting om minimaal 50% van de variabele beloning in non-cash instrumenten uit te betalen) en bijbehorende ratio's nog steeds van toepassing zijn, ook na inwerkingtreding van de Wbfo. Hieraan wordt echter geen aandacht besteed in de Wbfo en de MvT.

Er worden verschillende begrippen voor vaste en variabele beloning gehanteerd in de RBB, CRD IV en de Wbfo. De vraag rijst dan hoe zich dit verhoudt tot de nadere richtsnoeren bij CRD IV die in het voorjaar van 2014 door de European Banking Authority ("**EBA**") zullen worden gepubliceerd.³

- 2.9. Deze inconsistenties zijn ongewenst en zullen moeten worden verduidelijkt in het wetgevingstraject van de Wbfo.

(D) Praktische knelpunten / ongewenste gevolgen

- 2.10. De consultatieversie van de Wbfo bevat bepalingen die in ieder geval leiden tot de volgende praktische knelpunten en ongewenste gevolgen:

³ Onderdeel van deze nieuwe richtsnoeren bij CRD IV zijn de nieuwe criteria van EBA voor de selectie van Identified Staff, die zojuist op 16 december 2013 in finale concept vorm aan de Europese Commissie zijn overgelegd ("*EBA FINAL draft regulatory technical standards on criteria to identify categories of staff whose professional activities have a material impact on an institution's risk profile under Article 94 (2) of Directive 2013/36/EU*").

Strijd met het recht op collectieve onderhandelingsvrijheid

De beloningsvoorschriften van de Wbfo leveren strijd op met het recht op collectieve onderhandelingsvrijheid. Kort gezegd houdt dit recht in dat in vrijheid en zonder overheidsbemoeienis moet kunnen worden onderhandeld over arbeidsvoorwaarden tussen werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers. De Wbfo voorziet in een voorafgaande beperking met verstreckende gevolgen voor de onderhandelingsruimte van werkgevers en werknemers bij de totstandkoming van collectieve en individuele arbeidsvoorwaardelijke afspraken. De overweging in de MVT (p. 11) dat de gevolgen voor personen die onder een cao vallen beperkt zouden zijn, kunnen wij in dit verband niet plaatsen.

Onderscheid variabele en vaste beloning

De definities van (a) variabele en (b) vaste beloning volgen reeds uit bestaande regelgeving, en zullen tevens verder worden uitgewerkt in de nieuwe richtsnoeren van de EBA (de verwachting is dat deze richtsnoeren in het voorjaar van 2014 zullen worden gepubliceerd). De vraag is of een noodzaak bestaat voor invoering van een begrippenkader dat afwijkt van de Europese richtlijnen. Hieraan dient de nodige aandacht te worden besteed tijdens het wetgevingsproces. In ieder geval dienen de nadere richtsnoeren van EBA bij CRD IV te worden afgewacht, zodat kan worden gewaarborgd dat er geen afwijkende begrippen in de Wbfo worden gehanteerd. Het begrippenkader van (a) variabele en (b) vaste beloning is praktisch niet werkbaar. In de Wbfo is bewust gekozen voor een complementair systeem; een beloning is volgens deze systematiek altijd óf een variabele beloning óf een vaste beloning. Voor variabele beloning is als criterium aangelegd dat de beloning afhankelijk moet zijn van doelen en prestaties. Vaste beloningen zijn betalingen of voordelen die een gegarandeerd karakter hebben en waarvan de hoogte niet afhankelijk is van het bereiken van bepaalde doelen of prestaties. Het onderscheid tussen de variabele en vaste beloning in de Wbfo is onder meer van belang om vast te stellen of het Bonusplafond wel of niet van toepassing is. Dit onderscheid tussen vaste en variabele beloning getuigt van een starre benadering en leidt tot ongewenste gevolgen.

In de eerste plaats zijn er beloningsvormen die niet als variabele of vaste beloning kunnen worden aangemerkt zoals een lease-auto, een reiskostenvergoeding of een vergoeding voor opleidingskosten. Zo zou de maatstaf voor variabele beloning, namelijk dat de hoogte afhankelijk zou moeten zijn van het bereiken van bepaalde doelen of prestaties, voor een vergoeding zoals bijvoorbeeld opleidingskosten betekenen dat deze dan ook onder het begrip variabele beloning zou vallen en dus onder het Bonusplafond.

In de tweede plaats leidt het complementaire systeem ertoe dat ook incidentele beloningscomponenten die zijn gekoppeld aan bijzondere omstandigheden zoals een sign-on bonus voor het eerste jaar van indiensttreding, een retentiebonus voorafgaand aan een overname of herstructurering of een vertrekvergoeding onder het Bonusplafond vallen. Hierdoor is toekenning van een beloning die is gekoppeld aan bijzondere en incidentele omstandigheden praktisch onmogelijk. Dat is ongewenst.

Tot slot wordt in de MvT ook onderscheid gemaakt tussen het begrip vaste beloning en de (reguliere) vaste beloning op jaarbasis. Zo kan een vertrekvergoeding wel een vaste beloning zijn, maar telt deze niet mee bij de jaarlijkse vaste beloning. Ook dit onderscheid is onwenselijk.

Onze conclusie is dat (i) het onderscheid vast/variabel dient te worden herzien en (ii) consistent moet zijn met de Europese en andere bestaande regels en dat (iii) in ieder geval alle hiervoor bedoelde beloningsvormen buiten de reikwijdte van het Bonusplafond en de toepasselijke ratio's zouden moeten worden gebracht.

Vertrekvergoeding

In de MvT is opgemerkt dat de vertrekvergoeding doorgaans afhankelijk zou zijn van een vaste formule op basis van de Kantonrechtersformule met "*een duidelijk afgebakend karakter*" in de jurisprudentie. Om die reden geldt als uitgangspunt bij de Wbfo dat een vertrekvergoeding een vaste beloning is. Een vertrekvergoeding wordt echter als variabele beloning aangemerkt als prestaties uit het verleden en bereikte doelen worden meegewogen. In dat geval is het Bonusplafond van toepassing.

Onjuist is dat de uitkomst van de Kantonrechtersformule volledig objectiveerbaar en voorspelbaar is. Dat is niet het geval. Weliswaar ligt de formule $AxBxC$ vast en gelden er op grond van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters richtlijnen voor de hoogte van de correctiefactor C maar die bieden in de praktijk ook de nodige flexibiliteit en ruimte om hiervan af te wijken.

Nog afgezien van het feit dat een vertrekvergoeding binnen de gebruikelijke beloningssystematiek niet als variabele beloning kan worden aangemerkt, druist het onderscheid vast/variabel hier in tegen het doel van een beheerst beloningsbeleid. Het is immers op basis van een beheerst beloningsbeleid vereist om de prestaties en doelen mee te wegen bij een vertrekregeling van een medewerker.⁴ Het lijkt dan ook ongepast om hierop het Bonusplafond toe te passen.

Ook hier zou het onderscheid vast/variabel dus moeten worden geschrapt; de vertrekvergoeding zou in ieder geval hiervan moeten worden uitgezonderd.

Wij vragen ons verder af of het wenselijk is om de restricties van de Wbfo toe te passen op een vertrekvergoeding voor medewerkers (niet-statutair bestuurders) die werkzaam zijn in de financiële sector. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief ontstaat hierdoor immers een ongelijk speelveld tussen (i) enerzijds medewerkers die werkzaam zijn in de financiële sector en (ii) anderzijds medewerkers die in andere commerciële sectoren werkzaam zijn en voor wie onverkort de Kantonrechtersformule geldt. Dat leidt tot ongelijke behandeling bij vertrek en ongewenste gevolgen. Hieraan dient de nodige aandacht te worden besteed in het wetgevingstraject.

Tot slot plaatsen wij de volgende kanttekeningen bij de restricties die gelden voor bestuurders bij vertrekvergoedingen (1:126 lid 2 Wft). Weliswaar is de 100% norm in overeenstemming met de bestaande norm van de Code Frijns maar die geldt in beginsel uitsluitend voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen en is ook geen wettelijke norm. Gelet op het groepsbegrip van de Wbfo en de internationale context, is disproportioneel dat alle bestuurders onder de reikwijdte

⁴ Wij verwijzen hiervoor ook naar artikel 16 RBB: "*De financiële onderneming keert slechts een ontslagvergoeding uit, indien deze samenhangt met in de loop der tijd gerealiseerde prestaties en zodanig is vormgegeven dat falen niet wordt beloond.*"

van deze norm worden gebracht, ongeacht waar zij werkzaam zijn binnen de groep. Ook dient te worden bedacht dat dit de mobiliteit van bestuurders beperkt; hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan tijdelijke detacheringen als bestuurder. Het is onwenselijk dat ook deze bestuurders onder de restricties van de Wbfo worden gebracht.

De wetgever lijkt zich onvoldoende te realiseren dat de restricties van art. 1:126 lid 2 Wft zich uitstrekken tot de statutaire bestuurders van alle financiële ondernemingen binnen een groep. Van een grote financiële groep kunnen diverse dochtervennootschappen deel uitmaken die een bescheiden omvang en activiteit kennen. Het bestuur van dergelijke dochters wordt niet zelden gevormd door reguliere werknemers van de desbetreffende bank, die een dergelijke bestuursfunctie in het kader van de normale uitoefening van hun werknemerschap vervullen. In de Code Banken is hiermee rekening gehouden en gelden de regels alleen voor bestuurders werkzaam op het hoogste niveau binnen de groep. Toepassing van de restricties op het niveau van andere financiële ondernemingen binnen de groep dan de centrale vergunninghouder zet een rem op de mobiliteit van de personen werkzaam in dit soort functies. Een ontheffingsmogelijkheid zou hier flexibiliteit kunnen bieden, waarbij het uitgangspunt zou moeten zijn dat de bekleeders van dit soort functies niet onder de restricties van art. 1:126 Wft zouden moeten vallen.

Sign-on bonus

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, heeft het onderscheid vast/variabel ook gevolgen voor de mogelijkheid om bij indiensttreding een sign-on bonus toe te kennen (met inachtneming van de bestaande regels van de RBB). Het onderscheid zou in de Wbfo moeten worden geschrapt; de sign-on bonus zou hier in ieder geval van moeten worden uitgezonderd.

Retentiebonus

Ten onrechte gaat de Wbfo er vanuit dat een voorwaarde voor de aanspraak op een retentiebonus is dat een 'duurzame organisatiewijziging' (bijvoorbeeld een overname) ook daadwerkelijk moet plaatsvinden. In de praktijk is dat niet altijd het geval. Ook tijdens het overnameproces wensen koper en verkoper zich te verzekeren van de blijvende beschikbaarheid van sleutelfunctionarissen. Retentiebeloningen worden daarom juist al vaak voorafgaand aan de overname aangeboden met het doel om de continuïteit van de bedrijfsvoering te waarborgen. Hiermee dient rekening te worden gehouden in de Wbfo.

In de situaties waarin retentiebonussen worden aangeboden (fusie, overname, splitsing) is haast over het algemeen geboden. Hiermee wordt in de Wbfo geen rekening gehouden. Er dient om die reden te worden verduidelijkt hoe lang de procedure voor goedkeuring van de toezichthouder in beslag neemt. Voor de praktijk is van cruciaal belang dat er een mogelijkheid is voor een spoed termijn voor afwikkeling de goedkeuringsprocedure bij de toezichthouder. Ook moet er een mogelijkheid zijn voor een snelle en vertrouwelijke beroepsprocedure als de toestemming van de toezichthouder wordt onthouden.

Gelet op het uitzonderlijke en incidentele karakter van een retentiebonus, zou ook de retentiebonus moeten worden uitgezonderd van het onderscheid vast/variabel. Een retentiebonus vormt immers geen onderdeel van het reguliere beloningspakket van medewerkers, maar wordt slechts toegekend in uitzonderlijke en incidentele situaties.

Terugvordering en aanpassing van bonussen

Wij vragen ons af of het wenselijk is om naast de al bestaande regelingen voor aanpassing en terugvordering (artikel 20 lid 2 RBB en de mogelijkheden op grond van het arbeidsrecht en algemene verbintenisrecht) nog een aparte regeling op te nemen in de Wbfo die geldt voor alle medewerkers. Het is op zijn minst opmerkelijk dat de *claw-back* regeling uit artikel 2:135 lid 6 en lid 8 BW voor financiële ondernemingen een *bevoegdheid* tot aanpassing en terugvordering introduceert ten aanzien van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers, terwijl in de Wbfo een *verplichting* wordt geïntroduceerd voor *alle* medewerkers. Ook deze regeling maakt een onevenredige inbreuk op de positie van de medewerkers in de financiële sector. De noodzaak hiervoor is niet onderbouwd.

Verder dient in het wetgevingstraject de nodige aandacht te worden besteed aan de fiscale gevolgen van de *malus* en *claw-back* voor individuele medewerkers en werkgevers. Voor de **medewerkers** geldt dat terugbetaling tot een fiscale aftrekpost zou moeten gelden omdat sprake is van negatief loon. Voor **werkgevers** geldt bij eindheffingen dat die zouden moeten worden gerestitueerd (bijvoorbeeld restitutie van 16% crisisheffing).

Ook dienen de gevallen waarin gebruik moet worden gemaakt van de *claw-back* in de Wbfo te worden verduidelijkt. Wat wordt bijvoorbeeld precies bedoeld met geringe prestaties en in welke gevallen zal de variabele beloning moeten worden teruggevorderd?

Publicatieverplichtingen

De Wbfo bevat publicatieverplichtingen die deels al volgen uit bestaande verplichtingen uit boek 2 BW, art. 25 RBB, CRD IV en de Code Frijns. De noodzaak voor vastlegging van deze verplichtingen in de Wbfo is niet duidelijk. In ieder geval is wenselijk dat alle publicatieverplichtingen die gelden voor financiële ondernemingen in de Wbfo worden geïntegreerd zodat ook in dit opzicht niet langer sprake is van een "*lappendeken*".

Daarnaast dient het belang van transparantie te worden afgezet tegen de gevolgen uit hoofde van privacy en veiligheid voor individuele medewerkers; publicatie van beloningen is immers mogelijk (bijvoorbeeld door weergave van het bedrijfsonderdeel waar een individu werkzaam is) individueel herleidbaar. Hieraan moet tijdens het wetgevingsproces aandacht worden besteed.

Expatriates

Gelet op het tijdelijke karakter van de afspraken die worden gemaakt met expatriates en het bijzondere karakter van de vergoedingen die zij ontvangen dient deze groep (op zijn minst tijdelijk) te worden uitgezonderd van de reikwijdte van de Wbfo. Ook het onderscheid tussen vaste en variabele beloning zal ten aanzien van deze groep medewerkers (gelet op het bijzondere karakter van de vergoedingen die zij ontvangen) tot praktische knelpunten leiden.

Verhouding tot Wetsvoorstel Werk en Zekerheid

Wij vragen aandacht voor de verhouding tot het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid dat drie dagen na aanvang van de Consultatieperiode aanhangig is gemaakt. Hoe verhouden de bepalingen met betrekking tot de vertrekvergoeding zich tot de (transitie) vergoedingen in dit wetsvoorstel? Het is van belang dat dit in het wetgevingstraject wordt verduidelijkt.

3. TIJDSPAD EN OVERGANGSMAATREGELEN

- 3.1. De Wbfo zal naar verwachting in het voorjaar van 2014 (na afronding van de Consultatieperiode) na behandeling in de ministerraad en advisering door de Raad van State formeel aanhangig worden gemaakt bij de Tweede Kamer. De uitkomst van de behandeling van de Wbfo in de Tweede Kamer zal moeten worden afgewacht.
- 3.2. Er wordt beoogd om de Wbfo al per 1 januari 2015 in werking te laten treden. Tot 1 januari 2015 dienen alle financiële ondernemingen contractuele afspraken te herzien en hierover in overleg te treden met individuele medewerkers (p. 14 van de MvT). Nu het wetgevingsproces in 2014 en de Wbfo nog moet worden voortgezet en niet in definitieve vorm kenbaar is, kan de Wbfo niet met terugwerkende kracht op bestaande contractuele afspraken worden toegepast en dient daarnaast een redelijke overgangsperiode in acht te worden genomen. Onder deze omstandigheden en gelet op de vergaande inbreuk van de Wbfo is het redelijk dat het overgangsrecht in ieder geval nog steeds van toepassing blijft over het volledige kalenderjaar van 2015.

Wet belonings- beleid financiële ondernemingen

***Reactie naar aanleiding van de
consultatie van het voorontwerp Wet
beloningsbeleid financiële
ondernemingen***

18 december 2013

Inhoudsopgave

1.	Introductie	3
2.	Gevolgen 'level playing field'	4
3.	Proportionaliteit en samenloop EU Regelgeving	6
4.	Risico beheersing	8
5.	Begrippenkader	9
6.	Praktische uitwerking	10

1. *Introductie*

Deze reactie is opgesteld door PwC in opdracht van de Nederlandse Vereniging van Banken ('NVB'). Aanleiding hiervoor is het voorontwerp Wbfo dat op 26 november 2013 is gepubliceerd. Met ingang van diezelfde datum is de consultatieperiode gestart welke duurt tot 31 december 2013. De NVB wenst in het kader van deze consultatie een onafhankelijke reactie te ontvangen ten aanzien van de mogelijke marktgevolgen van de Wbfo voor de Nederlandse financiële sector.

Onze reactie richt zich daarom op de volgende gebieden:

- A. Gevolgen voor het 'level playing field' zowel binnen Nederland, de Europese Unie als wereldwijd (hoofdstuk 2);
- B. Toepassing van het proportionaliteit beginsel en samenloop van de Wbfo met de EU regelgeving ten aanzien van beloningsbeleid in de financiële sector (hoofdstuk 3);
- C. De gevolgen van de Wbfo op de risico beheersing binnen financiële ondernemingen (hoofdstuk 4);
- D. Het in het voorontwerp gehanteerde begrippenkader dat zowel tot onduidelijkheid als mogelijk onbedoelde gevolgen leidt (hoofdstuk 5); en
- E. De praktische uitwerking van de Wbfo. Het beloningsbeleid van ondernemingen betreft een ingewikkeld landschap van afspraken tussen werkgever en individuele werknemer, maar ook vakbonden, ondernemingsraad, belastingdienst, uitvoeringsinstellingen, externe providers etc. Er zal daarom rekening moeten worden gehouden met bestaande processen, timing en arbeidsrechtelijke beperkingen (hoofdstuk 6).

Tenslotte merken wij op dat hoewel het voorontwerp mede tot doel heeft om een "lappendeken" aan wetgeving te voorkomen, de voorgestelde maatregelen naar onze mening de huidige consistentie in regelgeving die binnen de Europese Unie tot stand is gekomen ondermijnt. Dit betekent tevens dat de maatregel tot een aanzienlijke verzwaring van administratieve lasten zal leiden voor financiële ondernemingen die internationaal opereren of ondernemingen die verschillende diensten binnen de sector aanbieden.

Mocht u vragen hebben ten aanzien van deze reactie of aanvullende informatie wensen ten aanzien van onze onderbouwing, dan vernemen wij dit natuurlijk graag.

Hoogachtend,
PwC



mw drs. J. Visbeen

2. Gevolgen ‘level playing field’

De wijze waarop de voorgestelde maatregelen zijn verankerd in de Wbfo betekent naar onze mening dat er sprake is van een verstoring van zowel de arbeidsmarkt als de concurrentie positie (het zogenaamde level playing field) voor financiële ondernemingen die hun zetel in Nederland hebben. Hieronder hebben we dit nader toegelicht.

Verstoring arbeidsmarkt

- De beperking van de variabele beloning is, zoals blijkt uit het voorontwerp, gericht op een versobering van het arbeidsvoorwaardenpakket in de sector. In andere sectoren is een dergelijke beperking niet van toepassing waardoor er een verstoring van het gelijke speelveld op de arbeidsmarkt plaatsvindt en financiële ondernemingen beperkt worden in de mogelijkheid om talentvolle medewerkers te werven op het gebied van met name niet-sector gebonden functies (bijv. IT, fusies & overnames, juridische en fiscale zaken, marketing etc.).
- Het kunnen aantrekken van buitenlandse talenten, zowel binnen Nederland maar meer nog lokaal in de betreffende buitenland, wordt door de Wbfo bemoeilijkt. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat de Wbfo ook van toepassing is op buitenlandse kantoren van financiële instellingen die in Nederland hun hoofdzetel hebben. Deze bijkantoren van Nederlandse instellingen concurreren lokaal met ondernemingen die niet of in mindere mate beperkt worden door de betreffende maatregelen. Dit is zeker het geval in de VS en in Azië waar lokale spelers niet of nauwelijks wettelijke beperkingen kennen ten aanzien van de hoogte van de beloning en dit ook nog eens cultureel bepaald een belangrijk punt is om talent te kunnen werven. Binnen Europa worden instellingen gereguleerd door de Europese wetgeving maar deze is ook ruimer dan de Wbfo omdat (i) beperkingen alleen zijn gericht op geselecteerde medewerkers (Identified Staff); (ii) de mogelijkheid bestaat tot verhoging van de variabele beloning tot 200% in geval van goedkeuring aandeelhouders; en (iii) medewerkers die vallen onder, bijvoorbeeld, de AIFMD en UCITS V geen beperking ten aanzien van de hoogte van de variabele beloning kennen.
- In Nederland ontstaat een verschil in positie tussen financiële ondernemingen die hun zetel in Nederland hebben en Nederlandse vestigingen van in andere lidstaten gevestigde banken en beleggingsondernemingen. Deze laatste worden niet beperkt tot het 20% bonusplafond terwijl zij vergelijkbare diensten in dezelfde Nederlandse markt aanbieden. In de regel betreft dit gewoon Nederlandse medewerkers die er ook voor hadden kunnen kiezen om voor een Nederlandse financiële instelling te werken. Ook hier is daarom sprake van een verstoring van het gelijke speelveld.

Wbfo bonusplafond	Bonusplafond EU Regelgeving	Geen bonusplafond
<ul style="list-style-type: none"> - Financiële ondernemingen met zetel in NL - Bijkantoren in NL van financiële ondernemingen gevestigd buiten de EU 	<ul style="list-style-type: none"> - Financiële ondernemingen gevestigd binnen de EU, inclusief bijkantoren in NL - Bijkantoren in EU (niet NL) van financiële ondernemingen gevestigd buiten de EU - Buitenlandse bijkantoren van financiële ondernemingen met zetel in NL* 	<ul style="list-style-type: none"> - Niet-financiële ondernemingen (niet-sector gebonden functies) - Financiële ondernemingen buiten de EU, met betrekking tot activiteiten buiten de EU - Niche aanbieders binnen FS die niet in het bereik van de Wbfo vallen - Financiële instellingen binnen de EU die onder het bereik van de AIFMD, UCITSV en MiFID vallen

* M.u.v. de verhoging naar 200% in geval van goedkeuring aandeelhouders

Verstoring concurrentie positie

- Het terugbrengen van de variabele beloning zal in de meeste gevallen leiden tot een (gedeeltelijke) compensatie in de vaste beloning. Dit wordt bevestigd door recent marktonderzoek van PwC waaruit blijkt dat in reactie op de introductie van CRD IV 75% van de grote financiële ondernemingen binnen Europa voornemens is om in 2014 de vaste beloning aan te passen. Een verhoging van het vaste salaris leidt tot hogere vaste personeelskosten. Een verhoging van de vaste kostenbasis heeft nadelige gevolgen voor de concurrentie positie en beperkt de flexibiliteit van instellingen om mee te bewegen met de huidige en toekomstige markt ontwikkelingen. Dit is nadelig voor de financiële soliditeit en mogelijk ook de kapitaalbasis van de betreffende instellingen. Daar waar concurrenten niet of in mindere mate dezelfde beperking om variabele beloning te betalen kennen, is er sprake van een verstoring van het level playing field.
- Aandeelhouders en andere vermogensverschaffers hebben veelal de wens om te borgen dat de belangen van management of investeerders direct gekoppeld zijn aan hun belangen (alignment). Met name niet-Nederlandse aandeelhouders of vermogensverschaffers achten dit een belangrijke factor bij de bepaling of en waar zij in investeren. Dit blijkt onder meer uit de werkwijze van zogenaamde proxy voters, rating agencies en andere belangenbehartigers die deze 'alignment' specifiek in kaart brengen bij de jaarlijkse review of investment due diligence die wordt uitgevoerd. Door de Wbfo zullen Nederlandse financiële instellingen hier lager op scoren en daarmee mogelijk minder aantrekkelijk worden voor (buitenlandse) investeerders.

De hierboven genoemde argumenten komen naar onze mening slechts beperkt aan de orde in het voorontwerp. Dat de wet- en regelgeving omtrent beloningsbeleid tot een zeer serieuze verstoring van de concurrentie verhoudingen kan leiden blijkt onder meer uit de procedure die het Verenigd Koninkrijk in dit kader is gestart in verband met de legitimiteit van het bonusplafond dat is opgenomen in de CRDIV wetgeving. Ook de EBA zelf ziet in dat enige ruimte dient te worden gecreëerd om een gezonde concurrentie verhouding tussen Europa en de rest van de wereld te kunnen borgen. In dit kader stelt de EBA voor om uitzonderingen op het bonusplafond toe te staan, mits dit geen materiële risico's met zich meebrengt voor de risico positie van de financiële instelling. Dit is mede van belang voor het adequaat kunnen beheersen van risico's in de sector (zie verder hoofdstuk 5). Nu Nederland binnen de EU besluit de regelgeving ten aanzien van het bonusplafond meer strikt in te vullen dan de andere lidstaten, lijkt het daarmee zeer wenselijk om de gevolgen voor het level playing field uitgebreid in kaart te brengen en in de overwegingen te betrekken, alvorens deze wetgeving te introduceren.

3. *Proportionaliteit en samenloop EU Regelgeving*

De Wbfo heeft onder meer als doel om alle algemene normen met betrekking tot het beloningsbeleid bijeen te brengen. De meeste van deze normen zijn gebaseerd op de Europese regelgeving op dit gebied. Bij de invulling van het voorontwerp Wbfo is echter door de wetgever gekozen om enkele belangrijke onderdelen af te wijken van het Europese normenkader. Met name waar het de invulling van het proportionaliteitsbeginsel betreft en daar waar de lokale wetgeving samenloopt met specifieke EU regelgeving is de reikwijdte onduidelijk.

Proportionaliteit

- Eén van de basisbeginselen van de EU Verordeningen ten aanzien van het beloningsbeleid betreft het proportionaliteitsbeginsel. Op basis van dit beginsel kunnen onderdelen van de regelgeving buiten werking worden geplaatst om onbedoelde of ongewenste effecten te voorkomen. Omdat het voorontwerp Wbfo een zeer uitgebreide reikwijdte heeft en daarom ook onbedoelde situaties kan treffen, lijkt een verankering van het proportionaliteitsbeginsel wenselijk.
- Een beperking van de maximale variabele beloning tot 20% van de vaste beloning betekent dat de zogenaamde 'at-target' variabele beloning veelal lager zal dienen te worden vastgesteld. Dit om te voorkomen dat de variabele beloning niet al vanaf aanstonds vaststaat en de facto een vaste beloning in de vorm van een bonus betreft. Indien de variabele beloning een zo beperkte omvang heeft is het de vraag of, in het kader van proportionaliteit, de regels ten aanzien van uitstel, betaling in instrumenten e.d. buiten werking kunnen worden gesteld. Bijvoorbeeld indien de variabele beloning een bepaalde drempel niet overschrijdt. In geval van een beperkte variabele beloning zullen de kosten van naleving van de regelgeving anders buitensporig hoog zijn. Tevens verdwijnt hiermee de positieve prikkel die variabele beloning heeft voor de focus op risico, gedrag en het leveren van duurzame (lange termijn) prestaties zoals voorgestaan door de Europese regelgeving ten aanzien van beloningsbeleid.
- Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel is met name relevant voor beleggingsondernemingen welke door gebruik te maken van dit beginsel ook de betreffende bepalingen ten aanzien van het beloningsplafond terzijde kunnen plaatsen. Een beroep op het proportionaliteitsbeginsel is hierbij alleen mogelijk indien en voor zover de risico's voldoende zijn gemitigeerd. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het in voldoende mate "ringfencen" van deze activiteiten binnen een grotere financiële onderneming. In het voorontwerp wordt hier geen invulling aan gegeven anders dan dat in lid 7 van artikel 1:122 een beperkte groep personen binnen beleggingsondernemingen is uitgezonderd van het bonusplafond.

Samenloop EU Regelgeving

CRD IV staat het lokale lidstaten toe om het bonusplafond aan te scherpen. De door Nederland voorgestane verdere beperking van het bonusplafond kan daarom binnen het kader van de Europese regelgeving worden ingevuld. Zie in dit kader ook de verscherpte uitwerking van CRD IV die eerder deze maand in Italië is voorgesteld, waarbij binnen de lokale uitwerking van CRD IV is besloten tot aanscherping van met name de ex post risico maatregelen en de beloning van control functies. Bij de uitwerking middels de Wbfo wordt echter voorbij gegaan aan de basisbeginselen van de Europese regelgeving. Dit blijkt zowel uit de reikwijdte als de toepassing. De structuur en opzet van de Europese regelgeving lijkt door de Nederlandse wetgever in het voorontwerp daarom los gelaten. Dit verschil in reikwijdte en toepassing betekent dat er significante afwijkingen zullen bestaan tussen de uitwerking en interpretatie door de Nederlandse toezichthouder en de andere toezichthouders binnen Europa welke wel de basisbeginselen van de Europese richtlijnen volgen. Dit vormt met name een probleem voor:

- Financiële ondernemingen met een zetel in Nederland welke ook in andere lidstaten actief zijn. Zij zullen bij de uitwerking van het groepsbrede beloningsbeleid tegen afwijkende vereisten van de lokale toezichthouder lopen.

Illustratieve voorbeelden:

Lidstaat	Afwijkende bepaling
Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Hongarije, Italië, Luxemburg, Zweden	Gestructureerde toepassing van proportionaliteit op basis waarvan ondernemingen door omvang of aard van activiteiten (gedeeltelijk) zijn vrijgesteld.
Frankrijk	De totale beloning dient zodanig te zijn gebalanceerd dat een significant deel wordt betaald op basis van individuele en ondernemingsprestaties.
Ierland	Beloning dient voldoende koppeling met duurzame prestaties en retentie te hebben.
Bulgarije	Betaling van voldoende variabele beloning om malus en clawback inhoud te kunnen geven.

- Financiële ondernemingen of bedrijfsonderdelen hiervan die binnen de reikwijdte van sector specifieke regelgeving vallen (AIFMD, UCITSV, MiFID etc.). Deze sector specifieke regelgeving kent afwijkende vereisten waarbij een koppeling van de beloning met de rendementen van beleggers essentieel is.
- Financiële ondernemingen met medewerkers die internationaal mobiel zijn. Door de afwijkende Nederlandse regelgeving zal dit zowel voor medewerkers die vanuit Nederland tijdelijk naar het buitenland worden gestuurd als voor buitenlandse medewerkers die in Nederland gaan werken een aanzienlijke aanpassing van hun beloningspakket betekenen. Hoe wordt er in dit kader omgegaan met specifieke regelingen in het kader van de uitzending (bijvoorbeeld specifieke vergoedingen, tax equalization afspraken etc.) bestaande bonusregelingen of incentive plannen, deferrals en andere arbeidsrechtelijke afspraken? Omdat het normaliter tijdelijke werkzaamheden betreft en om de mobiliteit van medewerkers niet te frustreren lijkt het wenselijk om voor deze categorie medewerkers een expliciete uitzonderingsbepaling op te nemen of proportionaliteit toe te staan.

4. *Risico beheersing*

In de aanbiedingsbrief bij het voorontwerp Wbfo geeft de minister aan dat perverse beloningsprikkelers als één van de oorzaken van de financiële crisis worden gezien. Dit betreft met name prikkels die aanleiding kunnen geven tot het nemen van ongewenste en onverantwoorde risico's. De Wbfo past volgens de minister daarom in een groter geheel van maatregelen gericht op cultuurverandering in de sector en verbetering van de stabiliteit van het financiële stelsel. Ten aanzien van het effect van de Wbfo op de risico beheersing binnen financiële ondernemingen maken wij echter de volgende opmerkingen.

Cultuur en gedrag

- In het voorontwerp ligt de nadruk op de negatieve gedragseffecten die kunnen uitgaan van variabele beloning. Variabele beloning kan echter ook werken als effectief instrument voor het sturen op het behalen van duurzame prestaties en gewenst gedrag van medewerkers. De nadruk van het voorontwerp had beter kunnen liggen op de kwalitatieve invulling van de variabele beloning (focus op duurzame prestaties, klant belang en risico management) dan op de hoogte (kwantitatieve invulling) van de variabele beloning. Deze benadering had ook beter aangesloten bij de maatregelen in Europees verband. Dit betreft naar onze mening daarom een gemiste kans.
- Het terugbrengen van de variabele beloning vereist een transformatie van het HR en prestatie management binnen de sector. Omdat de flexibiliteit ten aanzien van zowel kosten als aansturing op gedrag door de wetgeving wordt beperkt, zal er meer nadruk komen te liggen op het creëren van een flexibele schil en op actiever formatie management ('hire-and fire'). Dit draagt naar onze mening niet bij tot de gewenste cultuurverandering in de sector waarbij duurzaamheid en focus op klant belang voorop dient te staan.

Financiële soliditeit

- Zoals eerder beschreven is het waarschijnlijk dat een verdere beperking van de variabele beloning leidt tot een verhoging van de vaste kostenbasis van financiële ondernemingen. Omdat personeelskosten voor professionele dienstverleners een aanzienlijk deel van de totale kosten uitmaakt is dit niet wenselijk in het kader van de financiële soliditeit van instellingen. Gegeven de transformatie in de sector en de onzekere economische ontwikkelingen is het in dit kader van belang dat er sprake is van flexibiliteit in de kostenbasis, bijvoorbeeld door het verstrekken van variabele beloning.
- In hoofdstuk 2 zijn reeds de gevolgen van het voorontwerp op het level playing field beschreven. Hierdoor wordt het steeds moeilijker voor Nederlandse financiële ondernemingen om te concurreren in internationale markten en in bepaalde deelgebieden binnen de financiële sector. Dit beperkt de mogelijkheid tot zowel diversificatie als internationale spreiding van activiteiten. In tegenstelling tot hetgeen door de minister wordt uiteengezet bij de aanleiding voor het voorontwerp, verhoogt de wetgeving hiermee juist het risico profiel van Nederlandse financiële ondernemingen. Zij worden hiermee sterk afhankelijk van hun lokale markt en zijn daarmee kwetsbaarder dan instellingen die internationaal en in meerdere markten acteren. Dit kan tevens een ongewenst domino effect creëren voor de Nederlandse economie vanwege de sterke betrokkenheid van de Nederlandse financiële sector bij de groei en ontwikkeling van het lokale bedrijfsleven.

5. *Begrippenkader*

In de Memorie van Toelichting ('MvT') is aangegeven dat voor de interpretatie van de Wbfo wordt aangesloten bij de interpretatie zoals voorgestaan door de EBA in haar richtsnoeren. In het voorontwerp Wbfo wordt ten opzichte van de bestaande regelgeving echter ook een aantal nieuwe definities en begrippenkader geïntroduceerd. Dit begrippenkader is wezenlijk voor de uitwerking en implementatie van de Wbfo. In dat kader hebben wij met name vraagpunten bij de volgende begrippen/definities:

Groepsbrede werking

- De reikwijdte van het voorontwerp betreft financiële ondernemingen met hun zetel in Nederland. Deze reikwijdte wordt verder uitgebreid voor dochtermaatschappijen van financiële ondernemingen met hun zetel in Nederland, ook als deze dochtermaatschappijen in het buitenland zijn gevestigd. De moedermaatschappij is vervolgens verantwoordelijk voor de toepassing. Onduidelijk is hoe hier mee om te gaan als toepassing niet mogelijk is omdat (i) dit in strijd is met lokale wet- en regelgeving; of (ii) de moedermaatschappij toepassing niet juridisch kan afdwingen (bijvoorbeeld in geval van een joint venture, prioriteitsaandeel, rechten van een onafhankelijke Raad van Commissarissen etc.).
- In het kader van de groepsbrede toepassing van de Wbfo is het van groot belang om vast te stellen waar de moedermaatschappij van de groep is gevestigd. Hoe wordt in het kader van artikel 1:114 lid 3 bepaald of de hoofdactiviteiten van de groep bestaan uit het aanbieden van financiële producten, het verlenen van financiële of beleggingsdiensten of het verrichten van beleggingsactiviteiten? Is dit gebaseerd op omzet, winst, aantallen medewerkers, feitelijke leiding etc.? Wat gebeurt er als de moedermaatschappij wel financiële diensten verricht maar door de activiteiten van zustermaatschappijen de hoofdactiviteiten van de groep als geheel niet uit financiële diensten bestaat. Dit lijkt nu op een open norm waarbij de toezichthouder zelf grotendeels de grenzen van het toezicht kan invullen.

Vaste en variabele beloning

- Het voorontwerp beoogt een complementaire definitie van variabele beloning te hanteren, zijnde alle beloning die geen vaste beloning vormt. De vaste beloning wordt op haar beurt gedefinieerd als alle onvoorwaardelijke financiële en niet-financiële betalingen en voordelen ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden voor de financiële onderneming. In de MvT is verder toegelicht dat de vaste beloning als kenmerk heeft dat deze contractueel vastgelegd en gegarandeerd is. De hierna gehanteerde voorbeelden leiden helaas niet tot een verduidelijking. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk hoe om te gaan met specifieke verstrekkingen aan individuele medewerkers of groepen medewerkers indien deze discretionair of incidenteel zijn (bijvoorbeeld vergoedingen voor opleiding of studie, huisvesting en verhuiskosten, afzien auto, voordeel personeelsleningen etc.).
- Uit door PwC uitgevoerd marktonderzoek binnen de EU blijkt dat in reactie op CRD IV 89% van de financiële ondernemingen en 100% van de grote financiële ondernemingen voornemens zijn om gebruik te zullen maken van een vorm van tijdelijke vaste beloning om invulling te kunnen geven aan de beperking van de variabele beloning. Dit is bedoeld om een marktconforme beloning te kunnen betalen maar ook om de flexibiliteit te behouden om deze te kunnen versoberen indien marktonwikkelingen of financiële ontwikkelingen binnen de onderneming daartoe nopen. Gegeven de ontwikkelende marktgebruiken adviseren wij om bij de invulling van de definitie van vaste en variabele beloning aan te sluiten bij het begrippenkader dat in Europees verband wordt gehanteerd. De EBA zal in het kader van CRD IV nog met nadere richtsnoeren hieromtrent komen in 2014. Het zou daarom helder zijn om met het begrippenkader volledig aan te sluiten bij de Europese regelgeving.

6. *Praktische uitwerking*

Naast de eerder door ons genoemde aandachtspunten voorzien wij uitvoeringstechnische problemen bij de introductie van de Wbfo welke bij voorkeur voor de datum inwerkingtreding dienen te zijn opgelost. De belangrijkste hiervan zijn hieronder nader beschreven.

Praktische uitvoerbaarheid

- Op basis van de huidige tekst van het voorontwerp blijven vele vragen bestaan ten aanzien van de praktische uitvoerbaarheid. Het is daarom niet eenvoudig om hier nu reeds in het kader van de consultatie een reactie op te geven. De praktische uitvoerbaarheid is wel een zeer belangrijk punt voor de betreffende instellingen, juist omdat dit niet alleen de onderneming betreft maar haar medewerkers en sociale partners. Voorbeelden van onduidelijkheden zien bijvoorbeeld op:
 - o De variabele beloning bedraagt ten hoogste 20% van de vaste jaarbeloning van de betreffende persoon. Omdat bonusafspraken aan het begin van het prestatiejaar worden gemaakt, betekent dit dat óf een inschatting moet worden gemaakt van de vaste beloning van het betreffende jaar of dat de bonusafpraak dient te worden gebaseerd op de vaste beloning in het voorliggende jaar. Dit is met name relevant indien, bijvoorbeeld, salarisverhogingen en promoties pas lopende het jaar worden vastgesteld;
 - o De hoogte van de variabele beloning is niet altijd eenduidig vooraf vast te stellen. Zo wordt onder de regelgeving de variabele beloning van Identified Staff gedeeltelijk uitgesteld en betaald in de vorm van instrumenten. De waarde van deze instrumenten (bijvoorbeeld aandelen) is vaak afhankelijk van de financiële prestaties van de onderneming of marktontwikkelingen;
 - o Artikel 1:122 lid 2 voorziet in een middeling van het 20% plafond voor de variabele beloning van de medewerkers die niet binnen het bereik van de CAO vallen. Door mutaties in het personeelsbestand, uitzendingen, promoties e.d. is dit een continue veranderende norm. Wat gebeurt er als er een bonustoezegging is gedaan aan individuele medewerkers en er door ontwikkelingen gaandeweg het jaar (bijvoorbeeld wijziging CAO of verkoop bedrijfsonderdeel) niet langer aan de in lid 2 beschreven norm wordt voldaan?
 - o De uitzonderingsbepaling zoals opgenomen in lid 5 artikel 1:122 gaat uit van een berekening van de locatie van de werkzaamheden van medewerkers over een periode van 5 kalenderjaren. Ook hier komen praktische vragen op over hoe dit te meten maar ook wat dit betekent voor met medewerkers gemaakte afspraken en het beloningsbeleid van een organisatie indien, bijvoorbeeld, de organisatiestructuur wijzigt en niet langer wordt voldaan aan de norm. Is er dan sprake van een overgangsjaar? Hoe wordt omgegaan met uitstaande deferrals etc.?

Het huidige voorontwerp bevat geen uitvoeringsregeling en geeft daarom onvoldoende inzicht ten aanzien van de praktische uitwerking. Gegeven de grote verschillen tussen financiële instellingen ten aanzien van de uitvoering van het beloningsbeleid adviseren wij dan ook dat bij de praktische implementatie er een 'principle based' in plaats van een 'rule based' benadering wordt gevolgd door de toezichthouder.

- In het voorontwerp wordt niet alleen getracht een complementaire definitie van vaste en variabele beloning te bewerkstelligen maar wordt tevens beoogd tot een optelling of samenvoeging te komen van alle variabele beloning die wordt betaald. Hierbij wordt geen rekening gehouden met het feit of deze beloning structureel of niet-structureel van aard is. Zo worden niet-structurele beloningen zoals vertrekvergoedingen, retentie bonussen etc. geacht te zijn begrepen in de jaarlijkse maximale ratio's die voor de variabele beloning in enig jaar worden gesteld onder de Wbfo. Dit is praktisch niet uitvoerbaar en daarmee onwenselijk. De betaling van deze niet-structurele beloningen is namelijk onzeker (zowel in timing als hoogte) en kan daarom beleidsmatig niet worden voorzien in samenloop met de reguliere variabele beloning. Wij adviseren dan ook de niet-structurele beloning als een separate vorm van beloning te behandelen en niet in te kaderen in de definities van vaste en variabele beloning.

Vertrekvergoedingen

- Vertrekvergoedingen worden verder beperkt. Dit zal in de praktijk leiden tot een aanzienlijke toename in juridische procedures. In het bijzonder ten gevolge van de bepaling dat er geen vertrekvergoeding kan worden betaald als de vroegtijdige beëindiging door of op initiatief van de betreffende persoon plaatsvindt. In gevallen van beëindiging in onderling overleg zal men dit risico niet willen lopen. Indien een eenvoudige bevestiging vanuit de onderneming dat het vertrek op initiatief van de onderneming plaats vindt volstaat, dan is deze bepaling een dode letter en zal dit de inzet zijn van afspraken betreffende vertrekregelingen. Verder zal een procedure bij vertrek van bestuurders of beleidsbepalers tot aanzienlijke reputatie schade kunnen leiden voor zowel de persoon als de onderneming.
- Ten aanzien van bestuurders wordt de vertrekvergoeding beperkt tot 100% van de reguliere vaste beloning op jaarbasis. Wat wordt hier bedoeld met 'regulier'? Dient er over meerdere jaren te worden gemiddeld? Gegeven de gevoeligheid van deze bepaling is een verdere toelichting of uitwerking wenselijk.

Retentie bonussen

- De invulling van de criteria om een retentie bonus als bedoeld in onderdeel b) van artikel 1:123 te kunnen betalen aan individuele medewerkers is voor de uitvoeringspraktijk zeer relevant. Een verdere toelichting is dan ook gewenst om consistente invulling in de praktijk te borgen. Wij adviseren om hierbij zo veel als mogelijk aan te sluiten bij de uitwerking en interpretatie zoals deze in Europees verband plaatsvindt.
- Om een retentie vergoeding onder artikel 1:123 te kunnen betalen is schriftelijke toestemming van de toezichthouder vereist. We merken hierbij op dat voor de praktische uitvoerbaarheid van dit artikel de vertrouwelijkheid in dit kader geborgd dient te zijn.

Internationale mobiliteit

- Een groep medewerkers die specifieke aandacht behoeft met name ten aanzien van de uitvoeringspraktijk, betreft internationaal mobiele medewerkers. Deze groep medewerkers heeft vaak specifieke afspraken en arbeidsvoorwaarden die tot discussie onder de Wbfo kunnen leiden. Denk bijvoorbeeld aan de duiding van bruteringskosten, specifieke vergoedingen, bijdragen aan pensioensystemen in het thuisland etc. Wat kwalificeert als vaste beloning en wat als variabel? Verder heeft men vanuit het arbeidsverleden vaak al toekenningen van lange termijn beloning of deferrals staan die tijdens de periode van hun uitzending onvoorwaardelijk worden en mogelijk in de Nederlandse beloning voor fiscale doeleinden dient te worden begrepen. Vanwege de complexiteit en het vaak tijdelijke karakter van de werkzaamheden adviseren wij daarom om voor een geclausuleerde periode een uitzondering op de Wbfo toe te staan.