



Ministerie van Financiën

Ter attentie aan Zijne excellentie Ir. J.R.V.A. Dijsselbloem

Postbus 20201

2500 EE Den Haag

Ingediend via website www.internetconsultatie/wbfo2015

Consultatie Wetsvoorstel beloningsbeleid financiële ondernemingen

Inbreng CMS Derks Star Busmann N.V.

Amsterdam, 30 december 2013

CMS Derks Star Busmann N.V.

Contactgegevens voor deze inbreng:

Mr. Katja van Kranenburg-Hanspians, 020-301 6402, katja.vankranenburg@cms-dsb.com;

Prof. dr. Bart P.M. Joosen, 020-301 6356, bart.joosen@cms-dsb.com

Amstelplein 8A
NL-1096 BC Amsterdam

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	3
2. Internationale dimensie	3
3. Extraterritoriale werking van de bepalingen van het Wbfo.....	4
4. Inpassing van de regelingen van het Wetsvoorstel Wbfo in het Nederlandse rechtstelsel.....	6
5. Rechtszekerheid dient voorop te staan	6
6. Uitzonderingen op de hoofdregel ex artikel 1:122 lid 1 Wbfo.....	7
6.1. Uitzondering gemiddelde variabele beloning binnen onderneming	7
6.2. Uitzondering werkzaamheden in hoofdzaak in een andere staat.....	7
6.3. Uitzondering werkzaamheden meer dan 50% buiten Nederland.....	8
7. Internationale Reikwijdte Wbfo	8
8. Gegarandeerde beloningen.....	9
9. Vertrekvergoedingen.....	9
10. Claw back regeling van artikel 1:127 Wbfo.....	10
11. Definitie vaste en variabele beloning en nalevingskosten	12

1. INLEIDING

CMS Nederland ("**CMS**") maakt deel uit van de internationale CMS organisatie. De internationale CMS organisatie is in 1999 opgericht door 5 toonaangevende Europese advocatenkantoren. Inmiddels telt CMS 10 member firms en behoort tot de top van wereldwijd opererende juridische ondernemingen. CMS heeft 56 kantoren in 46 wereldsteden in 31 landen, met ruim 2800 juristen, onder wie 750 partners, en een totale staf van ongeveer 5000 medewerkers.

CMS maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het wetsvoorstel Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen ("**Wetsvoorstel Wbfo**" of "**Wbfo**") dat op 26 november 2013 door het Ministerie van Financiën ter consultatie is gepubliceerd. CMS heeft geen bezwaar tegen openbare publicatie van haar inbreng op de website van het Ministerie van Financiën of anderszins.

Het Wetsvoorstel Wbfo beoogt op alle in Nederland gevestigde financiële ondernemingen een rigide beloningsbeleid op te leggen door hen onder meer te verplichten een variabele beloning toe te kennen die niet hoger is dan 20% van de vaste beloning op jaarbasis. Indien een in Nederland onder toezicht staande financiële onderneming zich niet aan deze verplichting houdt, wacht in een uiterst geval de sanctie van intrekking van de vergunning.

Uit de toelichting bij het Wetsvoorstel Wbfo valt op dat het Kabinet om uiteenlopende redenen meent te hebben moeten komen tot dit Wetsvoorstel Wbfo. Rode draad is de maatschappelijke 'onrust' die variabele beloningen in de bancaire sector teweeg hebben gebracht gecombineerd met de veronderstelling dat de economische crisis een direct gevolg is van deze sector en het door haar gehanteerde beloningsbeleid. Een andere reden voor het plafond van 20% blijkt te zijn om financiële ondernemingen kostenflexibiliteit te bieden in economisch lastigere tijden zodat zij in staat worden gesteld een sobere beloning uit te keren. De laatst beschreven reden doet vermoeden dat de sector zelf om een wettelijke versobering heeft gevraagd, wat niet het geval is. De als eerste beschreven reden lijkt de daadwerkelijke reden te zijn: een voorbeeld stellen binnen Nederland (in de hoop dat een en ander ook in Europa weerklank vindt) in het bijzonder vanwege de roep van het electoraat: een politieke keuze gegoten in een wet(svoorstel).

Wat daar allemaal van zij, wij menen dat het Wetsvoorstel Wbfo elementen bevat die niet alleen in de praktijk niet goed werkbaar zijn maar die in internationaal en in arbeidsrechtelijk verband mogelijk geen stand houden. Hier lijkt onvoldoende rekening mee te zijn gehouden in het Wetsvoorstel Wbfo en in de toelichting daarop.

2. INTERNATIONALE DIMENSIE

Een opvallend element van het Wetsvoorstel Wbfo is dat Nederland een veel lager plafond hanteert dan CRD IV¹ voor banken en beleggingsondernemingen voorschrijft (100% variabel), dat het wetsvoorstel alle financiële ondernemingen betreft en niet is beperkt tot banken en beleggingsondernemingen maar nog opvallender is dat de ambitie wordt uitgesproken dat de verplichtingen uit het Wetsvoorstel Wbfo ook werking (zouden moeten) hebben voor ondernemingen die buiten Nederland opereren dan wel werking zouden moeten hebben op bijkantoren in Nederland

¹ Richtlijn nr. 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen ("**CRD IV**"), waarvan de implementatiedeadline 31 december 2013 is maar waarbij Nederland pas eerst in de loop van 2014 zal overgaan tot aanpassing van de Wet op het financieel toezicht om deze richtlijn te implementeren.

van ondernemingen met een zetel in het buitenland.

Ten eerste geldt, uiteraard, dat met het Wetsvoorstel Wbfo het streven van de Europese wetgever om te komen tot maximale harmonisatie van de in de Europese Unie geldende regelgeving voor banken en beleggingsondernemingen op dit punt volledig wordt ondermijnd. CRD IV, waarin in artikel 94 CRD IV een uitgebreide regeling is opgenomen betreffende de variabele elementen van beloning, beoogt op het niveau van de volledige Europese Unie een regeling te treffen voor tal van aspecten van "variabele beloning" in een moeizaam tot stand gekomen politiek akkoord tussen de lidstaten van de Europese Unie.

Met het na lange onderhandelingen in Europa bereikte compromis is een stelsel gecreëerd waarmee de Europese onderhandelaars hebben gemeend recht te doen aan de belangen van alle betrokkenen in de verschillende lidstaten. Het compromis betreft enerzijds het bevorderen van beheerste beloning voor een precies omschreven groep van betrokkenen bij het senior management en bepaalde kritieke functies van banken en beleggingsondernemingen, anderzijds beoogt de regeling van artikel 94 CRD IV een realistische grens te trekken wat betreft de bemoeienis van de overheid ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen tussen werkgevers en werknemers.

Dat laatste werd ook met veel klem bepleit door de lidstaten waarin belangrijke activiteiten in de financiële sector worden uitgeoefend, zoals het Verenigd Koninkrijk. De vrees is namelijk, dat Europa zich wat betreft de wereldwijd georganiseerde financiële sector buiten spel zou zetten door regels vast te stellen die in de internationale verhoudingen geen enkel draagvlak zouden vinden. Gevreesd wordt voor een vlucht van getalenteerde medewerkers en senior management naar andere delen van de wereld. Mobiliteit van werknemers is in de internationale sector een reeds lang in de praktijk geworteld fenomeen en te strenge regels op het vlak van beloningsbeleid zou dergelijke mobiliteit versterken, waardoor uitholling plaatsvindt van de mogelijkheden om getalenteerde en zeer ervaren medewerkers aan in Europa gevestigde bedrijven te blijven binden.

Het Wetsvoorstel Wbfo staat naar onze mening haaks op de in Europa bereikte compromissen, die, zoals hiervoor aangegeven, niet zonder reden na lang onderhandelen tot stand zijn gekomen. Naar onze mening onderschat de Nederlandse politiek het te verwachten effect van strengere regels in de Nederlandse omgeving die het in Europa tot stand gekomen 'level playing field' volstrekt ondermijnt. Wij vragen ons daarbij af of het in de huidige economische omstandigheden zo verstandig is om dergelijke belemmeringen voor de werkgelegenheid in Nederland op te werpen, nog daargelaten de te verwachten distorsies in de lokale arbeidsmarkt wat betreft de werving van getalenteerde medewerkers. Het in het Wetsvoorstel Wbfo eenzijdig op de financiële sector opgelegde regime komt willekeurig over en wij stellen ons de vraag of er daardoor niet op de langere termijn een teloorgang zal ontstaan van de aantrekkelijkheid voor jonge en getalenteerde arbeidskrachten om zich nog te richten op een toekomst in de financiële sector.

3. EXTRATERRITORIALE WERKING VAN DE BEPALINGEN VAN HET WBFO

Een belangrijk onderdeel van de voorstellen opgenomen in het Wetsvoorstel Wbfo betreft de extraterritoriale werking van de beperkende regelingen. Met deze regelingen klinkt de extreme ambitie door van de Nederlandse wetgever om haar invloed op een, in de Nederlandse verhoudingen kennelijk gewenste wijziging, ook op te leggen aan al diegenen in het buitenland die op een of andere wijze zijn verbonden aan een onderneming die wortels heeft in de Nederlandse rechtssfeer. Daarbij wordt er,

naar onze mening, volledig voorbijgegaan aan de mogelijke botsingen die een dergelijke extraterritoriale werking kan hebben met lokaal recht, met lokale gewoonten en met in de lokale buitenlandse verhoudingen geldende beginselen. Het is, naar onze mening, een illusie om te veronderstellen dat de Nederlandse beginselen als een "one size fits all" regeling kan worden opgelegd aan medewerkers in het buitenland. Het gaat, naar onze inschatting, leiden tot rigoureuze stappen van in Nederland gevestigde ondernemingen of ondernemingen die in Nederland bepaalde activiteiten uitoefenen tot verlegging van de centrale leiding naar het buitenland, of het aan de andere kant reorganiseren van de activiteiten in internationaal verband. Opnieuw beklemtonen we hier de te verwachten effecten op de werkgelegenheid in tijden dat de Nederlandse economie impulsen nodig heeft in plaats van regels die de verhoudingen in de arbeidsmarkt ernstig zullen verstoren.

Ook het omgekeerde geval van werking van de regels op Nederlandse filialen van in het buitenland gevestigde ondernemingen kan naar onze mening uiterst complicerend zijn vanuit het perspectief van de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland. Bovendien staan deze voorstellen haaks op een aantal fundamentele juridische uitgangspunten. De uitleg in de Memorie van Toelichting (pagina's 9 en 10) waarom het Kabinet meent dat het bonusplafond kan worden opgelegd aan ondernemingen die bijkantoren zijn van financiële ondernemingen met zetel in een andere staat lijkt juridisch niet waterdicht. Erkend wordt dat in een bepaalde lidstaat van de EU getroffen maatregelen die leiden tot een inbreuk ex artikel 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie onder zeer beperkte gronden mogelijk zijn. De legitimiteit voor de inbreuk op de verdragsbepaling zoals beschreven in het Wetsvoorstel Wbfo is er volgens het Kabinet omdat sprake is van een redelijke maatregel die noodzakelijk is voor de bescherming van bepaalde publieke belangen. Volgens het Kabinet is daarbij voldaan aan het Europeesrechtelijk vereiste evenredigheidsbeginsel. De maatregel is, volgens het Kabinet, geschikt voor het beoogde doel en mag niet verder gaan dan noodzakelijk om dat doel te bereiken. Het publieke belang dat het Kabinet met het bonusplafond denkt te dienen is de bescherming van de consument. Het bonusplafond zou het gewenste doel bereiken, namelijk variabele beloningen worden in hoogte gemaximeerd. Een betere maatregel zou niet denkbaar zijn en de maatregel zou ook niet verder gaan dan het te bereiken doel.

CMS betwijfelt of deze redenering de rechterlijke toets kan doorstaan en acht het denkbaar dat hierover proefprocedures bij het Europese Hof van Justitie zullen worden gevoerd. Niet ondenkbaar overigens is ook dat de Europese Commissie zich tot het Europese Hof zal wenden om te laten toetsen of de in het verband van de Europese Unie overeengekomen regelingen in CRD IV op een correcte wijze zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving.

Wat daar ook van zij, de stelling dat deze maatregel dient ter bescherming van het publieke belang, namelijk de belangen van de consument, lijkt kort door de bocht. Immers, er wordt van uitgegaan dat er anno 2013 een causaal verband is tussen variabele beloningen die binnen financiële ondernemingen zijn afgesproken en de 'gevolgen' die de consument daarvan ondervindt. Het is ons niet duidelijk welke gevolgen dat zijn en welk (direct/indirect) verband bestaat tussen variabele beloningen en consumentenbelang. Daarbij menen wij dat er niet aan voorbijgegaan mag worden dat de afgelopen vier jaren vele wijzigingen in wet- en regelgeving betreffende het toezicht op de financiële sector hebben plaatsgevonden. De suggestie dat het consumentenbelang (niet helemaal duidelijk is welk belang wordt bedoeld nu de consument wordt geduid als klant van de financiële onderneming en als belastingbetaler) uitsluitend kan worden gediend door 'werknemers' van financiële ondernemingen in Nederland of zelfs buiten Nederland te verplichten een zeer strikt beloningsbeleid te aanvaarden,

houdt naar onze mening geen stand.

4. INPASSING VAN DE REGELINGEN VAN HET WETSVOORSTEL WBFO IN HET NEDERLANDSE RECHTSTELSEL

Hoewel het ergens begrijpelijk is dat het Kabinet middelen zoekt om (met name) consumenten het gevoel te geven dat er oplossingen zijn om een nieuwe economische/financiële crisis te voorkomen, schuilt het gevaar dat de rechterlijke macht uitspraken wijst van een andere strekking dan het Wetsvoorstel Wbfo, bijvoorbeeld omdat toepassing buiten de Nederlandse grenzen niet mogelijk blijkt of omdat bepaalde bepalingen in het Wetsvoorstel Wbfo voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Wij menen dat het aannemelijk is dat dergelijke uitspraken zullen volgen. Dat gaat leiden tot averechtse effecten en het gaat leiden tot grote onzekerheid voor werknemers in de financiële sector. Het recent door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel 32 512 (Voorkoming excessieve beloningen en claw back) bevat eveneens elementen waarvan de Raad van State in zijn advies bij dit wetsvoorstel heeft opgemerkt dat deze voor meerdere uitleg vatbaar zijn en dat toepasbaarheid moet blijken op basis van de betreffende feiten. Het is in dat licht niet goed te begrijpen waarom er met het Wetsvoorstel Wbfo de indruk wordt gewekt dat de politiek arbeidsvoorwaarden binnen private ondernemingen kan opleggen en beperken terwijl de praktijk zal wijzen dat dat niet het geval is. CMS stelt daarom voor om in ieder geval daar waar het Wetsvoorstel Wbfo evident conflicteert met Nederlands arbeidsrecht, deze bepalingen te schrappen.

5. RECHTSZEKERHEID DIENT VOOROP TE STAAN

De timing van het Wetsvoorstel Wbfo valt op nu deze relatief kort na de invoering van verschillende wet- en regelgeving² ligt die (eveneens) elementen bevatten die betrekking hebben op de beperking van beloningen in dezelfde sector. Uit de toelichting bij het Wetsvoorstel Wbfo volgt niet eenduidig waarom er niet voor gekozen is om eerst de effecten van de bestaande en nieuwe wet- en regelgeving af te wachten alvorens wederom in te grijpen en de sector te bezwaren met een deels overlappend pakket aan verplichtingen. Het had voor de hand gelegen om het gewenste plafond van 20% aan de sector voor te houden als toekomstmuziek indien de sector niet zelf in staat was gebleken om een transparanter en meer op de lange termijn gericht beloningsbeleid te hanteren. Uit de toelichting blijkt wel dat het Kabinet meent dat de financiële sector de afgelopen jaren onvoldoende stappen heeft genomen om variabel belonen te beperken³ waarbij nota bene onder meer wordt verwezen naar cao's (die alleen tot stand kunnen komen na onderhandelingen door en met de sociale partners) waarin zichtbaar onvoldoende soberheid van belonen is opgenomen. Zodoende meent het Kabinet dat er aanleiding is om nu (althans beoogd per 1 januari 2015) in te grijpen in de vrijheid die private ondernemingen, normaliter, hebben bij de toekenning van arbeidsvoorwaarden.

Om te voorkomen dat financiële ondernemingen met schijnconstructies werken om buiten de werking van het Wetsvoorstel Wbfo te vallen, is de groep van (natuurlijke) personen op wie het Wetsvoorstel Wbfo van toepassing ruim opgezet. Het Wetsvoorstel Wbfo is niet alleen van toepassing op alle werknemers van financiële ondernemingen, maar ook op personen die niet via een

² Code Banken in 2010, CRD III, Besluit en Regeling Beheerst Beloningsbeleid, Verbod op bonus bij staatssteun en het recent door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel 32 512 ter voorkoming van excessieve beloningen en de mogelijkheid tot claw back daarvan.

³ Memorie van Toelichting, p. 6.

arbeidsovereenkomst maar bijvoorbeeld op basis van een opdrachtovereenkomst werken. In deze inbreng wordt verwezen naar "personen" waarbij wordt bedoeld zowel de werknemer als de opdrachtnemer.

Het is op zich begrijpelijk dat het Kabinet zogenaamde sluiproutes door de keuze voor een bepaalde overeenkomst op basis waarvan wordt gewerkt, sluit. Echter, in de praktijk verhoudt de opdrachtovereenkomst met als kenmerken het ontbreken van zeggenschap van de opdrachtgever over de uitvoering van de opdracht, geen gezagsverhouding, veelal meerdere opdrachtgevers en betaling op basis van gewerkte uren maal tarief exclusief BTW (factuur) zich niet met (al dan niet) variabele beloningen en vertrekregelingen.

6. UITZONDERINGEN OP DE HOOFDREGEL EX ARTIKEL 1:122 LID 1 WBFO

6.1. Uitzondering gemiddelde variabele beloning binnen onderneming

Allereerst de uitzondering beschreven in 1:122 lid 2 die mogelijk maakt dat de persoon wiens beloning niet uitsluitend volgt uit een cao meer dan 20% aan variabele beloning mag krijgen indien de gemiddelde variabele beloning van alle personen wiens beloning niet uitsluitend uit een cao volgt, de 20% niet overschrijdt.

Het is niet helemaal duidelijk welke groep personen onder deze uitzondering valt omdat er een discrepantie is tussen de hierboven onderstreepte tekst van artikel 1:122 lid 2 Wbfo (niet uitsluitend volgt) en de uitleg op dit lid in de Memorie van Toelichting. Uit de tekst van het artikel lijkt te volgen dat uitgezonderd zijn personen op wie de betreffende cao in ieder geval deels van toepassing is, met andere woorden personen die onder de werkingssfeer van de cao vallen. Immers, 'niet uitsluitend volgt' betekent taalkundig dat de beloning van de betreffende persoon in ieder geval deels wordt bepaald door de (toepasselijke) cao waaruit volgt dat deze persoon onder de werkingssfeer van de cao valt. Uit de Memorie van Toelichting⁴ blijkt niet of de uitzondering is bedoeld voor personen die onder de cao vallen maar waarvoor de betreffende (minimum) cao de ruimte biedt om op onderdelen in positieve zin af te wijken of bedoeld is voor personen die buiten de werkingssfeer van de betreffende cao vallen en met wie individuele afspraken zijn gemaakt. Voor de groep personen die onder dit lid valt, geldt dat er individueel meer dan 20% aan variabele beloning mag worden toegekend mits het gemiddelde binnen deze groep de 20% niet overschrijdt. Het is van belang te weten welke personen tot deze groep moeten worden gerekend om te kunnen bepalen binnen welke groep individuele afwijkingen mogelijk zijn. CMS stelt voor dat op dit punt in elk geval duidelijkheid wordt gegeven over de reikwijdte van dit lid.

6.2. Uitzondering werkzaamheden in hoofdzaak in een andere staat

Ten tweede (artikel 1:122 lid 3 Wbfo) geldt een uitzondering voor de persoon die zijn werkzaamheden in hoofdzaak uitoefent in een andere staat. Met andere woorden, een persoon werkzaam onder verantwoordelijkheid van een Nederlandse financiële onderneming komt in aanmerking voor een variabele beloning van maximaal 100% van zijn vaste beloning indien ten minste 50% van de gewerkte uren buiten Nederland wordt gewerkt.

De gedachte achter deze uitzondering is niet helder onder meer niet in het licht van de wens om via

⁴ Memorie van Toelichting pagina's 7 en 23.

artikel 1:113 en 1:114 Wbfo onder andere buitenlandse dochterondernemingen van een in Nederland gevestigde onderneming ook onder de reikwijdte van het Wetsvoorstel Wbfo te laten vallen. Immers, de persoon bedoeld onder artikel 1:122 lid 3 Wbfo kan een werknemer in dienst van een Nederlandse financiële onderneming zijn die in een kalenderjaar meer dan 50% werkzaam is buiten Nederland. Indien dat het geval is, dan komt deze persoon (voor dat jaar) in aanmerking voor een variabele beloning van maximaal 100% (indien werkzaam in een lidstaat) of 200% (indien werkzaam in een ander land, zie uitzondering ex artikel 1:122 lid 4 Wbfo). Het is zodoende denkbaar dat een persoon op wie het Nederlandse arbeidsrecht van toepassing is, niet valt onder de hoofdregel ex artikel 1:122 lid 1 Wbfo maar dat een persoon werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst naar bijvoorbeeld Frans recht en (tijdelijk) werkzaam in een bijkantoor in Nederland wel onder de hoofdregel valt. CMS meent dat de afwijking ex artikel 1:122 lid 3 Wbfo dient te worden verduidelijkt.

6.3. Uitzondering werkzaamheden meer dan 50% buiten Nederland

In artikel 1:122 lid 4 Wbfo is bepaald dat personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van de financiële onderneming in hoofdzaak meer dan 50% van de werkzame uren werken buiten Nederland en buiten een lidstaat in aanmerking kunnen komen voor een variabele beloning van 200% van de vaste beloning.

Bij deze uitzondering geldt dezelfde kanttekening als bij de uitzondering in lid 3. CMS meent dat nadere uitleg moet worden gegeven over de met dit lid 4 beoogde afwijking alsmede op basis waarvan de Nederlandse wetgever meent dat het een verplichting kan opleggen aan ondernemingen wiens werknemers werkzaam zijn op basis van een (arbeids)overeenkomst waarop Nederlands recht niet van toepassing is. Het is in die gevallen zeer de vraag of het mogelijk is om bedoelde, buitenlandse, ondernemingen dergelijke verplichtingen op te leggen, los van de vraag of het wenselijk is.

7. INTERNATIONALE REIKWIJDTE WBFO

Artikel 1:122 lid 5 Wbfo verklaart de regelingen van het Wetsvoorstel Wbfo van toepassing op holdingvennootschappen met zetel in Nederland binnen een groep ex artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek ("BW").

De oprekking van de reikwijdte van het Wetsvoorstel Wbfo zoals neergelegd in artikel 1:122 lid 5 Wbfo lijkt nodeloos ingewikkeld en in de praktijk niet goed uitvoerbaar. Het artikel is bedoeld voor de holding die in Nederland zetelt en die onderdeel is van een groep ondernemingen zoals bedoeld in artikel 2:24b BW (zie het voorgestelde artikel 1:114 Wbfo). De definitie van groep in de zin van artikel 2:24b BW is niet altijd eenduidig. Er moet namelijk sprake zijn van een economische eenheid alsmede van een organisatorische verbondenheid hetgeen het geval kan zijn wanneer wordt opgetreden onder een gezamenlijke leiding die de zeggenschap heeft over de ondernemingen binnen de 'groep'. Artikel 1:122 lid 5 Wbfo verplicht de financiële onderneming een soort logboek bij te houden waaruit volgt of binnen een periode van vijf jaar ten minste drie losse jaren door ten minste 75% van het totale aantal werknemers van de gehele groep in hoofdzaak buiten Nederland heeft gewerkt.

CMS meent dat dit soort regelingen tot gevolg zullen hebben dat internationale ondernemingen die om moverende redenen een holding in Nederland hebben, in dergelijke wetgeving aanleiding zullen zien om hun zetel buiten Nederland te verplaatsen. Daarbij valt op en deze terminologie wordt bij meer artikelen in het Wetsvoorstel Wbfo gehanteerd, dat de bewoordingen 'werkzaam onder

verantwoordelijkheid van de onderneming' voor meerderlei uitleg vatbaar is. Wordt hiermee bedoeld op de arbeidsrechtelijke band en/of de direct contractuele band of wordt er bedoeld op een ander verband wat niet eenduidig uit de Memorie van Toelichting volgt. Naar onze mening behoeft het begrip 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van de onderneming' dan ook een zeer zorgvuldige en uitgebreide toelichting om misverstanden in de toekomst te vermijden.

Artikel 1:122 lid 6 Wbfo heeft als doel om leden 1 (de hoofdregel van maximaal 20%) en 2 (uitzondering voor personen die deels onder de betreffende cao vallen) van artikel 1:122 Wbfo van toepassing te laten zijn op in Nederland gelegen bijkantoren van in het buitenland gevestigde financiële ondernemingen (niet zijnde banken of beleggingsondernemingen).

In aanvulling op hetgeen hiervoor is opgemerkt, geldt het volgende. Voor zover met bijkantoor wordt bedoeld een branche (vaste inrichting, niet een entiteit met rechtspersoonlijkheid) dan geldt arbeidsrechtelijk dat de betreffende personen werkzaam in de branche in Nederland in dienst kunnen zijn op voorwaarden die worden beheerst door buitenlands recht. De praktijk leert dat dergelijke werknemers niet meer dan een paar jaar werkzaam zijn in Nederland waardoor Nederlands arbeidsrecht ook niet op grond van verdragen of jurisprudentie van toepassing wordt. Voor zover dit lid beoogt dat, in casu, de buitenlandse werkgever ten tijde van de uitzending van de werknemer naar Nederland het plafond van 20% variabele beloning toepast, moet worden opgemerkt dat uit de Memorie van Toelichting niet volgt op basis waarvan het Kabinet meent dat een dergelijke 'verplichting' juridisch ook naar het buitenlandse recht standhoudt. Nederland kan niet zomaar in internationaal verband overeengekomen beginselen van internationaal privaatrecht terzijde stellen.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt bijvoorbeeld niet dat het Kabinet advies heeft ingewonnen van buitenlandse juristen die bevestigen dat dergelijke verplichtingen standhouden wanneer individuele werknemers van een lidstaat deze verplichting aanvechten, bijvoorbeeld omdat dit een eenzijdige wijziging is in verband met de uitzending naar Nederland en omdat er dan niet langer sprake is van gelijke beloning voor gelijke arbeid. Volgens vaste regels van het internationale privaatrecht kan een bijkantoor geen afwijkende (arbeids)overeenkomsten aangaan die naar Nederlands recht worden beheerst, als de werknemers van de buitenlandse rechtspersoon arbeidsovereenkomsten aangaan die worden beheerst door buitenlands recht.

8. GEGARANDEERDE BELONINGEN

Artikel 1:125 Wbfo beperkt de mogelijkheid tot het toekennen van gegarandeerde variabele beloningen door financiële ondernemingen met zetel in Nederland. De gegarandeerde beloning kan wel als sign-on bonus worden toegekend binnen het eerste jaar van het (totale) dienstverband met de onderneming die een solide eigen vermogen heeft.

De verwachting is dat de praktijk zal proberen de verplichte demping van de variabele beloning te compenseren door een relatief hoge sign-on bonus toe te kennen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, mogelijk in tranches uitgekeerd en onder bepaalde voorwaarden.

9. VERTREKVERGOEDINGEN

Arbeidsrechtelijk is de beperking van artikel 1:126 Wbfo eveneens kwestieus. Dit artikel stelt voorwaarden aan de toekenning van vertrekvergoedingen onder meer door in lid 1 een

vertrekvergoeding te verbieden in de volgende gevallen:

- a) bij een voortijdig einde van de arbeidsovereenkomst door of op initiatief van de werknemer;
- b) bij verwijtbaar tekortschieten in de vervulling van zijn functie; of
- c) falen van de onderneming indien de betreffende persoon dagelijks beleidsbepaler is.

Hierna lichten we onze bezwaren op de drie afzonderlijke voorwaarden nader toe.

Ad a: De bewoordingen 'voortijdig einde' doen vermoeden dat het moet gaan om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die voor de overeengekomen einddatum eindigt of om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die eindigt voor de AOW-leeftijd van de persoon. Belangrijker is de (onduidelijkheid van de) bedoeling van het woord 'door'. In de praktijk wordt in het merendeel van de gevallen onderhandeld over een (tussentijdse/voortijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Het is gebruik om in de beëindigingsovereenkomst op te nemen dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever eindigt en dat de werknemer geen verwijt kan worden gemaakt. Met andere woorden, aan deze praktijk, ook na inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid, zal geen einde komen en het zal dus niet mogelijk zijn om te voorkomen dat er een vertrekvergoeding wordt toegekend terwijl dat feitelijk haaks staat op de bedoeling van dit lid. Daarbij zal het in sommige gevallen in de praktijk ondoenlijk zijn om als werkgever te bewijzen dat de beëindiging is veroorzaakt door de werknemer.

Ad b: Verwijtbaar tekortschieten in de vervulling van de functie is arbeidsrechtelijk niet altijd goed aan te tonen. De werkgever kan menen dat sprake is van verwijtbaar tekortschieten, uiteindelijk zal een rechter aan de hand van de feiten (in een relatief korte procedure ex artikel 7:685 BW die zich niet goed leent voor het voeren van bewijs) moeten vaststellen of sprake is van verwijtbaar tekortschieten. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de wetgever zich ervan bewust is dat een rechter wel een vertrekvergoeding kan toekennen ook indien sprake is van verwijtbaar tekortschieten.

Ad c: De terminologie falen van een onderneming is (ook) arbeidsrechtelijk niet eenvoudig te duiden. Hoewel in de Memorie van Toelichting een klein aantal voorbeelden wordt gegeven, zijn er voldoende omstandigheden te bedenken waar verschil van mening kan ontstaan over de vraag of sprake is van falen van een onderneming. Kortom, dit lid wekt de onjuiste suggestie naar de samenleving dat wanneer de opvatting is dat een onderneming heeft gefaald, dit automatisch leidt tot het niet mogen toekennen van een vertrekvergoeding. Het is goed om de verwachtingen op dat punt bij te stellen omdat de kans groot is dat een rechter hier op basis van de feiten uiteindelijk anders over beslist.

10. CLAW BACK REGELING VAN ARTIKEL 1:127 WBFO

Een aanscherping van de claw back regeling: de wijziging van boek 2 van het BW en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers dat in december 2013 door de Eerste Kamer is aangenomen ("**Claw Back Wet**"), is alleen van toepassing op dagelijks beleidsbepalers. Het lijkt er op dat de regeling van artikel 1:127 Wetsvoorstel Wbfo financiële instellingen verplicht om variabele beloningen en vertrekvergoedingen van alle natuurlijke personen aan te passen en terug te vorderen wanneer bijvoorbeeld sprake is van het schenden van beroepsnormen of wanneer de medewerker verantwoordelijk is voor grote verliezen. Daarmee lijkt de regeling van de Claw Back Wet te worden uitgebreid tot een aanzienlijk ruimere kring van personen die werkzaam zijn binnen de

financiële onderneming. Ook deze regeling staat haaks op de overigens in Europeesrechtelijk verband overeengekomen reikwijdte van dit verstreckende voorschrift. Verwezen wordt naar de definiëring van de kring personen die aan de regelingen van artikel 94 CRD IV zijn onderworpen en de definitie van de betreffende kring van personen in artikel 92 lid 2 CRD IV.

In arbeidsrechtelijke zin is het voor handhaving ten minste noodzakelijk dat een werkgever aan de werknemer tevoren kenbaar heeft gemaakt, welke wettelijke en/of andere normen op de overeenkomst van toepassing zijn alsmede dat overtreding daarvan wordt gesanctioneerd en dan meer specifiek welke sanctie kan worden opgelegd. De werkgever (of toezichthouders van de werkgever) kan naar onze mening niet volstaan met verwijzing naar de artikelen uit het Wetsvoorstel Wbfo en op basis daarvan een betaling terugvorderen (of vertrekvergoeding weigeren, variabele beloning maximeren etc.).

Tegelijkertijd kan een consument die schade heeft geleden door toedoen van een overtreding door een werknemer van een financiële onderneming, de werkgever aanspreken en onder omstandigheden ook de betreffende werknemer. De aansprakelijkheid van de werkgever jegens de derde is (onder meer) gestoeld op artikel 6:170 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat de werkgever een risicoaansprakelijkheid heeft voor fouten van werknemers wanneer bewezen is dat zij onrechtmatig handelen of hebben gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). De werkgever kan jegens een derde aansprakelijkheid niet afwenden door te stellen dat zijn werknemer in strijd handelde met – duidelijke – (werk)instructies. Hij zal wel kunnen pogen een beroep te doen op de regresbepaling neergelegd in artikel 6:170 lid 3 BW.⁵ Daarvoor dient vast komen te staan dat de schade is ontstaan door opzettelijk of bewust roekeloos handelen van de werknemer. Het betreft een strenge toets aangezien bewezen zal moeten worden dat de werknemer zich bewust was van zijn vergaande nonchalante gedrag en dit gedragspatroon desondanks aanhield.⁶ De handelwijze mag niet worden aangemerkt als een verminderde oplettendheid of onvoorzichtigheid die van een werknemer onder omstandigheden geaccepteerd kan worden.⁷ Een werkgever die op grond van artikel 7:661 BW de schade van een klant wil verhalen vanwege schending van de (interne) gedragsnormen door de werknemer, zal niet snel de toets van voornoemd artikel doorstaan wanneer die normen voor een werknemer onduidelijk of onbekend waren. Daarbij speelt mee dat de werkgever zichzelf niet geheel buiten spel kan zetten gezien zijn inspanningsverplichtingen ter voorkoming van schending. Het zal hem in dat licht kunnen worden aangerekend wanneer hij bijvoorbeeld nalaat duidelijke instructienormen op te stellen of andere maatregelen te treffen om schade – zoveel als mogelijk - te voorkomen.

Het voorgaande laat onverlet dat de derde die schade heeft geleden ook de werknemer aansprakelijk kan stellen op grond van onrechtmatige daad. Los van de gronden om te komen tot een succesvolle vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is bekend dat opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht een strenge toets ondergaan en dus zelden worden aangenomen. Het is namelijk niet eenvoudig te bewijzen dat de werknemer direct voorafgaand aan het ‘schade toebrengende’ feit als doel had de schade toe te brengen.⁸ Kortom, er moet worden geoordeeld dat werknemer, tegen de achtergrond van zijn functie en zijn capaciteiten en verantwoordelijkheden, een zodanig ernstig

⁵ Zie artikel 7:658 lid 2 BW voor een vergelijkbare regresvordering.

⁶ Rechtbank Zwolle 8 november 1995, *JAR* 1996/59.

⁷ Hof Amsterdam 26 februari 2013, *LJN* BZ5653.

⁸ Kantonrechter Zwolle 9 augustus 2005, *LJN* AU0933, *ROR* 2005, 109 en Hoge Raad 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (Pollemans/Hoondert).

verwijst treft als bedoeld in artikel 7:661 BW.

11. DEFINITIE VASTE EN VARIABELE BELONING EN NALEVINGSKOSTEN

In de toelichting bij het Wetsvoorstel Wbfo wordt een geheel eigen invulling gegeven van de definitie van de begrippen vast en variabele beloning die, wanneer deze ongewijzigd ingevoerd worden, ten minste zullen leiden tot veel administratieve en juridische rompslomp voor financiële ondernemingen. De uitleg bij deze begrippen lijkt niet helemaal te stroken met de uitleg die arbeidsjuristen aan sommige van deze begrippen geven. Het is de vraag of het Kabinet het oor te luister heeft gelegd bij de praktijk alvorens deze, eigen, interpretatie aan bedoelde begrippen te geven.

In artikel 1:111 van het Wetsvoorstel Wbfo is bepaald dat alle beloningen die niet vast zijn, variabel zijn. Een redenering waar weinig tegenin te brengen valt.

In hetzelfde artikel is bepaald dat een vaste beloning: *het deel van de beloning is dat bestaat uit onvoorwaardelijke financiële of niet-financiële voordelen zoals uitgewerkt in het beloningsbeleid van de financiële onderneming of in de overeenkomst ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden voor de financiële onderneming.*

Uit de toelichting volgt dat onder een vaste beloning wordt verstaan de beloning die niet afhankelijk is van het bereiken van bepaalde doelen en prestaties en die vooraf door een formule wordt vastgelegd. Het is de vraag of deze definitie de lading dekt. De suggestie lijkt te worden gewekt dat een werknemer salaris ontvangt zonder dat men gehouden is doelen en prestaties te bereiken om in aanmerking te kunnen komen en te blijven voor salaris. Onduidelijk is eveneens op welke formule in relatie tot bijvoorbeeld de totstandkoming van het salaris wordt gedoeld. CMS geeft het Kabinet in overweging om deze definitie aan te scherpen.

In het licht van deze definitie wordt voorgesteld het er toe te leiden dat pensioenbijdragen van de werkgever tot de vaste beloning worden gerekend. Ons lijkt dat binnen de redenering dat het bruto loon een vaste beloning is, het ook past dat de pensioenbijdrage van de werkgever een vaste beloning is.

Hoewel het geenszins ons doel is om het er toe te leiden dat de vertrekvergoeding onder de definitie van de variabele beloning valt, is er wel wat af te dingen op de redenering die wordt gehanteerd om de vertrekvergoeding onder de definitie van vaste beloning te plaatsen en in sommige gevallen onder de definitie van variabele beloning. Van dat laatste zou sprake zijn indien de variabele vergoeding mede wordt bepaald op basis van de geleverde doelen en prestaties van betrokkene. Uit de (arbeidsrecht) praktijk volgt dat met dat laatste altijd en juist rekening wordt gehouden wanneer werkgever en werknemer onderhandelen over een vertrekvergoeding of wanneer partijen in rechte proberen te bepleiten waarom een bepaalde vertrekvergoeding wel of niet moet worden toegekend. Deze definitie 'lokt' partijen ergens uit om in een overeenkomst een zogenaamde golden parachute vast te leggen en deze zo te formuleren dat een dergelijke vergoeding onder de definitie van vaste beloning valt of om een vertrekvergoeding door de rechter te laten vaststellen.

Nalevingskosten

Dan tenslotte nog een enkele opmerking over de uiteenzetting van waarschijnlijke tijdsbesteding en daarmee kosten voor ondernemingen met de invoering van de Wbfo. Deze is, op zijn zachtst uitgedrukt, schromelijk onderschat. Het is mogelijk dat onder omstandigheden de wijziging van een

beloningsregeling binnen een financiële onderneming instemmingsplichtig is zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 sub c van de Wet op de Ondernemingsraden. Hier is sprake van indien de systematiek van de toekenning verandert of indien de financiële onderneming de Ondernemingsraad een instemmingsrecht (of een adviesrecht ex artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden) toekent of reeds op basis van een convenant heeft toegekend. Kortom, indien hier sprake van is, dan moet rekening worden gehouden met een proces van tientallen uren (opstellen documentatie waaronder instemmingsverzoek, overlegvergadering door ondernemer met Ondernemingsraad, documentatie ter afronding tenzij geen instemming waarna de wijziging pas kan worden ingevoerd na vervangende instemming van de kantonrechter).

Ook indien de wijziging of invoering niet onderhevig is aan de Wet op de Ondernemingsraden, is het een illusie te denken dat men er met een paar uur praten met een werknemer is. Het is namelijk de vraag of een (individuele) werknemer met wie andere afspraken zijn gemaakt over vaste en variabele beloning, bereid is na een gesprek (van een uur) in te stemmen met deze eenzijdige wijziging van zijn arbeidvoorwaarde, ook al is deze werknemer 'hoog opgeleid'. Het voert voor nu te ver om een uiteenzetting te schetsen van de mogelijkheden voor een werkgever om een arbeidsovereenkomst op onderdelen eenzijdig te wijzigen maar de invoering van de Wbfo brengt in ieder geval geen automatische wijziging met zich mee en het is onder omstandigheden de vraag of de werknemer gehouden is volledig mee te werken met de wijziging dan wel met de oplegging van een bonusplafond dat zo sterk afwijkt van het plafond in CRD IV.

Ook de tijdsbesteding in administratieve zin (15 minuten) is veel te laag ingeschat. Mogelijk dat de louter administratieve aanpassing op zich niet meer dan 15 minuten kost, ook dat wordt betwijfeld omdat niet wordt verwacht dat het slechts het invoeren van nieuwe tekst is om te komen tot de toepassing van de Wbfo.

Internationale en nationale financiële ondernemingen zullen in verschillende jurisdicties advies willen en moeten inwinnen om te begrijpen welke verplichting Nederland via de Wbfo hen tracht op te leggen, of zij hier aan 'moeten' voldoen en welke sancties aan hen kunnen worden opgelegd indien met besluit hier niet aan te voldoen of indien men stelt dat het niet mogelijk is hier aan te voldoen.

Kortom, de berekening van de kosten van naleving die thans zijn begroot op EUR 10.890.000 zullen vele malen worden overschreden.

Tot slot benadrukken wij dat wij het op prijs stellen wanneer deze bijdrage openbaar wordt gemaakt via Uw Ministerie. Tevens zijn wij graag bereid een nadere mondelingen toelichting te geven op onze bijdrage.

Hoogachtend,

Bart Joosen en Katja van Kranenburg-Hanspians