

CONSULTATIE WET BELONINGSBELEID FINANCIËLE ONDERNEMINGEN

Aan: Ministerie van Financiën

Datum: 31 december 2013

Van: Loyens & Loeff N.V.

Dit memorandum bevat onze reactie op het voorontwerp van het wetsvoorstel (hierna: het **Wetsvoorstel**) Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen d.d. 26 november 2013 en het daarbij behorende concept voor een memorie van toelichting (hierna: de **Toelichting**).

In dit memorandum zullen wij aandacht besteden aan de volgende (deel)onderwerpen van het Wetsvoorstel:

- reikwijdte
- verhouding met nationale wetgeving of voorgestelde wetgeving
- bonusplafond van 20%: het vast en variabel loon begrip, het toetsingsmoment, de afwijkingsmogelijkheden en de toepassing op zelfstandigen en uitzendkrachten
- vertrekvergoedingen
- aanpassing en terugvordering van variabele beloningen

I REIKWIJDTE

Samenloop

Het Wetsvoorstel ziet niet alleen op financiële ondernemingen met zetel in Nederland, maar ook op hun dochterondernemingen (ongeacht of deze in Nederland zijn gevestigd). Ook worden in de regeling betrokken alle tot de groep behorende rechtspersonen/vennootschappen (ongeacht of deze in Nederland zijn gevestigd) indien er een Nederlandse holding is van de groep waartoe de Nederlandse financiële

onderneming behoort (artikel 1:114 lid 1 Wft), met dien verstande dat de uitbreiding tot (andere) groepsonderdelen (alleen) niet geldt als de hoofdactiviteit van de groep niet "financieel" van aard is (artikel 1:114 lid 3 Wft).

Een dergelijk ruim toepassingsgebied, roept vragen op omtrent de samenloop van de regelingen van het Wetsvoorstel, waaronder in het bijzonder:

- is het bonusplafond wel of niet van toepassing op dochterondernemingen van een instelling die zelf is uitgezonderd van de werkingssfeer op grond van artikel 1: 122, lid 7 (denk bijvoorbeeld aan, een beheerder van een beleggingsinstelling of ICBE), indien deze instelling onderdeel uitmaakt van een bank/kredietinstelling of beleggingsonderneming?
- zijn de beloningsregels wel of niet van toepassing op buitenlandse dochterondernemingen van een groep (waarvan de Nederlandse financiële onderneming deel uitmaakt) indien de hoofdactiviteiten van de groep als geheel niet bestaan uit het aanbieden van financiële producten, etc (artikel 1: 114, lid 3 Wft) indien de desbetreffende dochter wel dergelijke activiteiten ontplooit?

Uitzondering bonusplafond (beheerders van beleggingsinstellingen of ICBEs en beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening)

Wij gaan ervan uit dat de uitzondering van artikel 1: 122, lid 7 Wft voor beheerders van beleggingsinstellingen of ICBEs ook geldt indien deze beheerders (toegestane) MiFID diensten verlenen. Wij bevelen aan dat de Toelichting dit punt verduidelijkt.

Wij vragen ons af waarom uitsluitend beleggingsondernemingen die voor eigen rekening handelen zijn uitgezonderd van de werkingssfeer van het bonusplafond. Het zou naar onze mening eerder voor de hand liggen dat wordt aangeknoopt bij de regeling van artikel 4, lid 2 sub (c) van CRD IV, namelijk dat alle in dat artikel vermelde ondernemingen worden uitgezonderd van de werkingssfeer. Ook zouden wij ons kunnen voorstellen dat ook andere financiële ondernemingen die geen externe klanten hebben, bijvoorbeeld *captive* vermogensbeheerders om die reden zouden worden uitgezonderd van de werkingssfeer.

II VERHOUDING MET NATIONALE WETGEVING OF VOORGESTELDE WETGEVING

In de Toelichting is opgenomen dat het wetsvoorstel beoogt om de reeds bestaande beloningsregelgeving voor financiële ondernemingen overzichtelijk samen te brengen, begrippen te harmoniseren en waar nodig bestaande, en in het geval van aanpassing en terugvordering van variabele beloningen, voorgestelde normen aan te scherpen.

Ter uitvoering van deze doelstelling zou het aanbeveling verdienen als in de Toelichting inzicht wordt gegeven hoe dit Wetsvoorstel zich verhoudt tot bestaande nationale wetgeving en voorgestelde wetgeving, in het bijzonder:

- het Besluit beheerst beloningsbeleid Wft en de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011.
- het ter consultatie voorgelegde implementatiewetsvoorstel richtlijn kapitaalvereisten.

III **BONUSPLAFOND VAN 20%**

Vast en variabel loon begrip

Artikel 1:122 lid 1 Wft: de variabele beloning is maximaal 20% van het vaste loon op jaarbasis. Wij vragen ons af welk effect deze regeling heeft op werknemers die minder dan een jaar in dienst zijn. Wordt met 'vaste loon op jaarbasis' in dat geval verwezen naar het loon dat een werknemer feitelijk in een jaar ontvangt? Of wordt de beloning over een bepaalde periode korter dan een jaar omgerekend naar een periode van het jaar?

In art. 1:122 lid 1 Wft wordt gesproken van 'de vaste beloning (...) op jaarbasis' en in art. 1:126 lid 2 Wft van 'de reguliere vaste beloning op jaarbasis'. Gaat het hier om hetzelfde of wordt een verschil beoogd?

Omdat het 'vaste loon' de basis vormt voor de bepaling van het variabele loon, alsmede voor de maximale vertrekvergoeding voor bestuurders, is relevant te weten of dit bruto is of belastbaar (= bruto minus fiscale aftrekposten). In de Toelichting op art. 1:111 Wft (Toelichting, p. 17) staat aldus dat het om het brutobedrag gaat. Illustratief is het voorbeeld van de behandeling van pensioenpremies. Premies voor een fiscaal kwalificerende pensioenregeling zijn belastingvrij: het werkgeversdeel is onbelast en het werknemersdeel is aftrekbaar. Op p. 17 van de Toelichting staat expliciet dat pensioenbijdragen van de werkgever niet meetellen. Ons idee daarbij is dat deze bijdragen belastingvrij zijn en dus niet op de jaaropgave komen. Op p. 15 van de Toelichting staat evenwel dat bij beloning moet worden gedacht aan (onder meer) pensioenbijdragen (?)

Toetsingsmoment

Anders dan in de tekst van het Westvoorstel tot uitdrukking is gebracht, stelt de Toelichting dat een financiële onderneming aan natuurlijke personen werkzaam onder haar verantwoordelijkheid geen variabele beloningen mag uitkeren die meer bedragen dan 20% van de vaste

beloning op jaarbasis.¹ Wij nemen aan dat niet bedoeld is af te wijken van de tekst van het Westvoorstel waaruit volgt dat het moet gaan om het toekennen i.p.v. uitkeren van variabele beloning.

Toegestane afwijkingen

In artikel 1:122 lid 5 Wft is bepaald dat indien over een periode van vijf kalenderjaren ten minste 75% van alle onder de verantwoordelijkheid van de tot een groep behorende rechtspersonen en vennootschappen werkzame natuurlijke personen gedurende ten minste drie van die vijf jaren in hoofdzaak werkzaam waren buiten Nederland, de variabele beloning van een natuurlijke persoon werkzaam onder verantwoordelijkheid van de aan het hoofd van die groep staande groepsmaatschappij ten hoogste het percentage, bedoeld in artikel 94, eerste lid, onderdeel g, onder i, eerste volzin, van de richtlijn kapitaalvereisten bedraagt. Hoe dient de vijfjaarstermijn te worden toegepast indien de groep waartoe de natuurlijke personen behoren nog geen vijf jaar bestaat? Ook roept de berekening van toegestane afwijking van artikel 1: 122, lid 5 Wft hoofdbreken op. Uit de Toelichting volgt dat het gaat om “het gemiddelde van de som van de verhoudingen tussen de vaste en variabele beloningen van de personen die tot de groep behoren”. Dit lijkt ons een nogal complexe berekening en de daarvoor benodigde data zal waarschijnlijk niet eenvoudig zijn te genereren.

Met gebruikmaking van artikel 1:123 Wft kan onder omstandigheden worden afgeweken van het 20% bonusplafond. Deze omstandigheden zijn cumulatief geformuleerd. In het bijzonder de eis dat de (hogere) beloning te allen tijde noodzakelijk moet zijn in verband met een duurzame organisatiewijziging komt ons als nogal bezwarend voor. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat ook de continuïteit van de onderneming (althans de bedreiging daarvan) een relevante factor kan zijn voor de toekenning van hogere variabele beloningen.

Zelfstandigen en uitzendkrachten

De regels gelden niet alleen voor werknemers, maar (zie p. 3 Toelichting) ook voor zelfstandigen en uitzendkrachten. Zelfstandigen kennen echter een eigen fiscaal regime. Is het zo dat we -ondanks de verschillende fiscale behandeling- de uitwerking van het bonusplafond analoog op hen moeten toepassen (als waren ze quasi-werknemers)? Tevens vragen wij ons af hoe uitzendkrachten onder dit regime worden gebracht, via art. 1:116 Wft?

IV VERTREKVERGOEDING

In het Wetsvoorstel wordt wat betreft de vertrekvergoeding aangesloten bij de kantonrechttersformule. Gelet op het reeds bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, zal de kantonrechttersformule per 1 juli 2015 niet langer bestaan en zal er worden

¹ Toelichting, p. 22.

gewerkt met een transitievergoeding. In het wetgevingsproces zou moeten worden aangegeven op welke wijze de vertrekvergoeding zich tot de transitievergoeding verhoudt.

Ten aanzien van de vertrekvergoeding bepaalt artikel 1:126 lid 1 sub c Wft dat een financiële onderneming met zetel in Nederland geen vertrekvergoeding aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid uitkeert, indien sprake is van 'falen van de onderneming'. Wij bevelen aan dat in de Toelichting aandacht wordt besteed aan de nadere invulling van dit begrip.

V AANPASSING EN TERUGVORDERING VAN VARIABLELE BELONINGEN

Op grond van het wetsvoorstel zouden financiële ondernemingen onder omstandigheden verplicht zijn variabele beloningen aan te passen of terug te vorderen. Wij plaatsen de volgende kanttekeningen bij deze regeling.

Ruime beoordelingsruimte?

In de Toelichting wordt opgemerkt dat aan de financiële ondernemingen een ruime beoordelingsruimte wordt gelaten bij de beoordeling of aanpassing en terugvordering van de variabele beloning dient plaats te vinden.² Tegelijkertijd lijkt de tekst van artikel 1: 128 Wft geen beoordelingsruimte over te laten aan de financiële onderneming; er moet te allen tijde aanpassing of terugvordering plaats vinden in de daarin genoemde omstandigheid. Het is ons niet duidelijk hoe de Minister zich de beoordelingsruimte voor de onderneming voorstelt.

Verplichte aanpassing bij verslechtering financiële resultaten ongeacht performance

Een van de omstandigheden die leidt tot aanpassing van de variabele beloning is de verslechtering van de positie van de onderneming. In de Toelichting wordt daarover opgemerkt dat de hoogte van een variabele beloning in ieder geval dient te worden verlaagd indien de onderneming geringere of negatieve prestaties ten opzichte van het voorgaande boekjaar levert.³ Het is echter in onze ogen heel goed mogelijk dat de betreffende persoon (naar omstandigheden) goed heeft gepresteerd en het komt ons niet juist voor dat in die situatie te allen tijde tot aanpassing dient te worden overgegaan. Wij bevelen daarom aan op dit punt een zekere beoordelingsruimte voor de onderneming in te bouwen.

Welk causaal verband?

² Toelichting, p. 28.

³ Toelichting, p. 29.

Volgens artikel 1:128 Wft moet een financiële onderneming variabele beloning terugvorderen van de persoon die verantwoordelijk is voor verslechtering van de positie van de onderneming. De Toelichting stelt dat van een terugvordering alleen sprake kan zijn indien er een causaal verband bestaat tussen de verliezen (red. van de onderneming) en de uitgekeerde variabele beloningen of vertrekvergoeding. Dit causale verband zal naar alle waarschijnlijkheid niet bedoeld zijn en wij bevelen derhalve aan dat dit punt in de Toelichting nader wordt toegelicht.

Implementatie artikel 94, lid 1 onderdeel h van CRD IV

Volgens de Toelichting implementeert het tweede en derde lid van artikel 1:128 Wft artikel 94, eerste lid, onderdeel n, van de richtlijn kapitaalvereisten (CRD IV). Wij gaan ervan uit dat bedoeld is te verwijzen naar onderdeel h van artikel 94 eerste lid CRD IV.

Voor vragen op deze reactie op het Wetsvoorstel kunt u zich richten tot een van de volgende personen.

Kitty Lieveise	kitty.lieveise@loyensloeff.com
Klaas Wiersma	klaas.wiersma@loyensloeff.com
Sabine Kerkhof	sabine.kerkhof@loyensloeff.com
Hans van Ruiten	hans.van.ruiten@loyensloeff.com
Aleid Doodeheefver	aleid.doodeheefver@loyensLoeff.com
Mariska van der Pluijm	mariska.van.der.Pluijm@loyensloeff.com
