

Consultatie wet beloningsbeleid financiële ondernemingen

Aan: Ministerie van Financiën

Datum: 31 december 2013

Van: Van Doorne Advocaten Notarissen Fiscalisten

Dit memorandum bevat de reactie van Van Doorne NV op het voorontwerp van het wetsvoorstel ter wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (hierna: **het Wetsvoorstel**).

Hieronder benoemen we een principiële punt en enkele overige punten die ons zijn opgevallen in het Wetsvoorstel en de consultatieversie van de memorie van toelichting (de **Toelichting**)

Onderstaande is eerste aanspreekpunt voor deze reactie en graag bereid en beschikbaar om zo nodig de commentaarpunten nader toe te lichten. Deze reactie mag openbaar worden gemaakt.

Naam/expertise	Telefoonnummer	E-mailadres
Constant van Tuyll (arbeidsrecht/financieel recht)	020 6789 472	tuyllc@vandoorne.com

I. Principieel punt

(i) De vrijheid om collectief te onderhandelen

De regering gaat in onze ogen in de Toelichting te makkelijk voorbij aan het fundamentele recht op collectief onderhandelen. Door een bonusplafond voor alle personeelsleden te introduceren worden de sociale partners wel degelijk beknot in hun (potentiële) onderhandelingsruimte.

Al in 1950 heeft het toenmalige kabinet benadrukt dat het 'recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen reeds sinds jaren aanvaard en algemeen erkend' is¹. Met de tijd heeft dit recht het karakter van een fundamenteel grondrecht gekregen. Niet in de minste plaats omdat het recht op collectief onderhandelen is neergelegd in vele, door Nederland geratificeerde internationale verdragen, zoals IAO-verdrag 98 en 154, artikel 6 Europees Sociaal Handvest en artikel 28 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie. Het recht op collectief onderhandelen is ook opgenomen in de IAO-Declaratie over fundamentele principes en rechten op het werk.

Het recht op collectief handelen is niet onbeperkt, maar kan in geval van onverenigbaarheid met de openbare orde of goede zeden worden beperkt (te denken valt aan het invoeren van een minimum loon ter waarborging van een minimale levensstandaard). Het IAO-deskundigencomité hanteert dan ook ten aanzien van het recht op collectief onderhandelen de strenge exceptie-benadering². Hiermee wordt bedoeld dat de overheid het grondrecht op collectief onderhandelen van sociale partners dient te respecteren en zich zal moeten onthouden van ingrijpen in arbeidsvoorwaardenontwikkeling, behoudens zeer bijzondere omstandigheden.

In onze ogen haalt de regering deze hoge lat niet met het enkele beroep op "de bescherming van de consument". Zo is er geen enkele (wetenschappelijke) onderbouwing voor het nut en de noodzaak van een bonusplafond van 20% voor vrijwel de hele financiële sector. Het had toch in ieder geval op de weg van de regering gelegen om te onderbouwen waarom het in Europees verband afdoende geachte bonusplafond van 100% ten aanzien van banken en beleggingsondernemingen in de ogen van de regering de bescherming van de consument in Nederland kennelijk onvoldoende waarborgt.

Ten slotte wijzen we erop dat sinds de EHRM-uitspraak van november 2008 in de zaak Demir & Baykara een direct beroep op het recht op collectief onderhandelen kan worden gedaan³. De rechtstreekse werking van het EVRM is immers erkend. In deze *landmark decision* heeft het EHRM met een verwijzing naar andere internationale verdragen waaronder het Europees Sociaal handvest en ILO-verdrag 98 erkend dat het recht op collectief

¹ Handelingen TK 1950-191, Bijlagen, nr. 2053, nr. 1-2, blz. 2.

² Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Vol. A, 1977, p. 155-156. Zie ook A.T.J.M. Jacobs, "Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief", Alphen aan de Rijn: Samson 1986, 315.

³ Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze uitspraak, KD Ewing and John Hendy, "The Dramatic Implications of Demir and Baykara", *Industrial Law Journal* 2010, 39 (1), J. van Drongelen en A.T.J.M. Jacobs, "Nieuwe vleugels voor de vakverenigingsvrijheid van art. 11 EVRM", *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1781 e.v. en J. van Drongelen, "Collectief arbeidsrecht deel 2, vakverenigingsvrijheid, het recht op collectief onderhandelen, mededingingsrecht", Zutphen: Paris 2009, p. 63-65.

onderhandelen een van de meest wezenlijke elementen is van het recht op vakverenigingsvrijheid als opgenomen in artikel 11 EVRM⁴. Het recht op collectief onderhandelen is hierdoor niet langer een tadeloze tijger⁵.

II. Overige punten

(i) Uitkomst evaluatie Europese Commissie

Het onduidelijk waarom de uitkomsten van de evaluatie van de Europese Commissie ten aanzien van het Europese bonusplafond niet worden afgewacht, waarover uiterlijk 30 april 2016 gerapporteerd wordt (zie artikel 150 (1) CRD IV), alvorens verdergaande maatregelen zoals een bonusplafond van 20% te nemen. In het evaluatierapport komt onder meer naar voren wat het effect zal zijn van het bonusplafond op de concurrentiekracht en de financiële soliditeit van de banken/beleggingsondernemingen. Het lijkt ons niet meer dan verstandig om de bevindingen van de Europese Commissie af te wachten en op basis daarvan eventueel stringenter maatregelen te nemen, dan om eigenstandig op de muziek vooruit te lopen, zonder inzichtelijk te hebben wat de precieze gevolgen daarvan zijn. Niet alleen loopt Nederland hiermee het risico haar concurrentiepositie ten opzichte van landen buiten de EU te schaden, maar zij benadeelt zichzelf mogelijk ook ten opzichte van andere landen binnen de EU.

Aanbeveling:

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

(ii) Directe werking normen Wetsvoorstel

Met de toevoeging van artikel 1:23 lid 2 Wft krijgen de normen uit het Wetsvoorstel directe werking. Vanwege het beoogde juridische gevolg hiervan, nietigheid van bedingen die daarmee in strijd zijn, wordt in onze ogen de uitvoerbaarheid van deze normen jegens de 'natuurlijke persoon werkzaam onder verantwoordelijkheid van de onderneming' verbeterd. Echter, in onze ogen zou wel duidelijk gemaakt moeten worden hoever deze "nietigheidssanctie" strekt. Is de hele beloningsafspraken nietig of alleen het bovenmatige deel van de beloning? Wij pleiten voor het laatste, zeker omdat enkele van de definities en normen uit het wetsvoorstel niet eenduidig zijn.

Zo biedt de ruime definitie van vaste beloning ruimte voor interpretatieverschillen (valt bijvoorbeeld een gegarandeerde variabele beloning als bedoeld in artikel 1:125 Wft ook niet onder deze definitie?) en kan bij de berekening een op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarde eenvoudig over het hoofd

⁴ EHRM 12 november 2008, nr. 34503/97 (*Demir and Baykara vs Turkey*), para. 100-102 en 148-149.

⁵ Jacobs heeft de oordelen van het deskundigencomité van de ILO en de Raad van Europa over de ze materie vanwege de ongebondenheid daaraan dan ook weinig gezaghebbend genoemd (In: "Collectief arbeidsrecht", Deventer: Kluwer 2003, p. 397).

worden gezien (te denken valt aan een personeelskorting). Bovendien bestaat onduidelijkheid over de waardering van afgeleide financiële instrumenten zoals aandelenopties. De uitoefenwaarde daarvan kan immers gedurende de hele looptijd nul bedragen.

Ook de in artikel 1:126 en 1:128 Wft opgenomen normen voor het niet mogen toekennen van een ontslagvergoeding respectievelijk de aanpassing dan wel terugvordering van variabele beloningen zijn voor meerderlei uitleg vatbaar: Wanneer schiet een natuurlijk persoon verwijtbaar tekort in de vervulling van zijn functie (en is hier bewust hetzelfde begrip gebruikt als in het wetsvoorstel wet en zekerheid)? Wanneer is niet voldaan aan passende normen inzake correcte gedag? En wanneer leert de onderneming geringere prestaties? Vanwege het verstrekkende rechtsgevolg (nietigheid) zou hierover geen misverstand mogen bestaan.

Aanbevelingen:

- ✓ **Guidance verstrekken met betrekking tot de reikwijdte van de 'nietigheidssanctie'**
- ✓ **Guidance verstrekken met betrekking tot definities die niet eenduidig zijn en de waardering van afgeleide financiële instrumenten zoals aandelenopties.**
- ✓ **Guidance verstrekken met betrekking tot vage normen uit het wetsvoorstel, zoals bijvoorbeeld opgenomen in artikel 1:126 Wft en artikel 1:128 Wft.**

(iii) Verruiming ontheffing bonusplafond hoofd groep

Artikel 1:122 (5) Wft bevat een ontheffing van het (Nederlandse) bonusplafond voor het hoofd van de groep als bedoeld in artikel 1:114 Wft, indien, kort samengevat, een substantieel percentage van de werknemers buiten Nederland werkzaam is. Onduidelijk is waarom deze ontheffing niet ook geldt voor overige Nederlandse niet-financiële vennootschappen binnen een groep als bedoeld in artikel 1:114 Wft.

Aanbeveling:

Aanpassen van de reikwijdte van artikel 1:122 (5) Wft in bovenbedoelde zin.

(iv) Verruiming ontheffing bonusplafond bijkantoren

Artikel 1:122 (6) Wft bevat een ontheffing van het (Nederlandse) bonusplafond voor bijkantoren van banken en beleggingsondernemingen. In de toelichting wordt dit onderbouwd met een verwijzing naar "de verplichte Europese wederkerigheid". Wij gaan ervan uit dat hiermee bedoeld wordt het zogeheten Europees paspoort, waarbij het idee van het Europese paspoort is dat het toezicht niet aan Nederlandse financiële toezichthouder(s) is

voorbehouden, maar aan de toezichthouder van het land van herkomst. Dit paspoortstelsel geldt echter niet alleen voor banken en beleggingsondernemingen, maar bijvoorbeeld ook voor verzekeraars. Onduidelijk is waarom deze ontheffing niet ook geldt voor bijkantoren van andere buitenlandse financiële instellingen.

Aanbeveling:

De ontheffing van het bonusplafond voor bijkantoren van banken en beleggingsondernemingen zou moeten gelden voor alle bijkantoren van buitenlandse financiële instellingen die in Nederland werkzaam zijn op basis van een Europees paspoort.

(v) Hoogte maximale vertrekvergoeding

Wij gaan ervan uit dat de ruime definitie van vaste beloning ook van toepassing is op de gemaximeerde vertrekvergoeding voor (statutair) bestuurders als bedoeld in artikel 1:126 (2) Wft. Om hier een afwijkende definitie te gebruiken zou zaken onnodig complex maken. Dit betekent wel dat de maximale vertrekvergoeding de facto iets hoger kan liggen dan op basis van de codes. Het woord 'reguliere' in artikel 1:126 (2) Wft schiept verwarring (is bijvoorbeeld vakantietoeslag 'reguliere' vaste beloning?) en heeft wat ons betreft geen toegevoegde waarde.

Aanbeveling:

Schrappen van het woord 'reguliere' in artikel 1:126 (2) Wft.
