

Vergaderjaar 2013–2014

33 964

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT ¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 11 april 2014 en het nader rapport d.d. 17 juni 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 13 februari 2014, no. 2014000344, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht houdende regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen, met memorie van toelichting.

Het voorstel stelt regels over het beloningsbeleid van financiële ondernemingen. Het bevat in de eerste plaats een hernieuwde vaststelling van de eis dat financiële ondernemingen moeten beschikken over een «beheerst beloningsbeleid». In dat kader wordt onder meer verlangd dat een onderneming voorkomt dat het beloningsbeleid ertoe bijdraagt dat een onderneming meer risico's neemt dan voor haar aanvaardbaar is² (prudentiële component) en dat het beloningsbeleid erop gericht is te voorkomen dat consumenten, cliënten of deelnemers onzorgvuldig worden behandeld³ (gedragscomponent). Deze voorschriften zijn thans opgenomen in twee algemene maatregelen van bestuur.⁴

Het voorstel bevat in de tweede plaats een aantal nieuwe specifieke voorschriften over het beloningsbeleid. Zo wordt bepaald dat de variabele beloning die een financiële onderneming mag toekennen wordt gemaximeerd op 20% van de vaste beloning (behoudens enkele uitzonderingen).

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Artikel 1:118, eerste lid, Wft.

³ Artikel 1:119, eerste lid, Wft.

⁴ Het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

Voorts wordt in het voorstel de hoogte van een vertrekvergoeding gemaximeerd met als achtergrond de regeling die is opgenomen in het wetsvoorstel werk en zekerheid.⁵ Daarnaast wordt bepaald onder welke voorwaarden geen vertrekvergoeding kan worden uitgekeerd. Voorts wordt de bestaande wettelijke regeling met betrekking tot de aanpassing en terugvordering van reeds toegekende of uitgekeerde variabele beloningen aangescherpt. Het gaat daarbij onder andere om terugvordering of aanpassing van de beloning wegens het schenden van normen van bekwaamheid of het verantwoordelijk zijn voor grote verliezen.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de wens van de regering om excessieve beloningen of beloningsstructuren waarvan perverse prikkels uitgaan, te ontmoedigen of zelfs in uitzonderlijke gevallen met een wettelijke regeling te verbieden. Zij stelt wel de vraag naar de rechtvaardiging voor de thans voorgestelde nieuwe en vergaande eisen, gelet op de maatregelen die ten aanzien van het beloningsbeleid van financiële ondernemingen reeds zijn genomen. Het betreft daarbij ook aanscherpingen van regels die onlangs of zelfs nog niet in werking zijn getreden en waarvan aldus het effect nog niet kan worden vastgesteld.

Het voorstel heeft, gelet op de brede kring van werknemers die door het voorstel worden geraakt en de toepasselijkheid op een zeer diverse categorie financiële en zelfs niet-financiële ondernemingen, een zeer ruime reikwijdte. De Afdeling is van oordeel dat de reikwijdte van voorgestelde regelgeving dient te zijn gerelateerd aan het oogmerk van die maatregelen. Dat wil zeggen dat de maatregelen dienen te worden gericht op die financiële ondernemingen waar het risico bestaat (of zich heeft gematerialiseerd) dat door het beloningsbeleid ongewenste en onverantwoorde risico's worden genomen dan wel waar het risico bestaat dat het beloningsbeleid prikkels genereert die ertoe kunnen leiden dat het klantbelang wordt veronachtzaamd. Voorts op die medewerkers voor wie geldt dat perverse prikkels in het beloningsbeleid tot het genoemde ongewenste gedrag kunnen leiden. Uit de toelichting blijkt naar het oordeel van de Afdeling deze relatie tussen het oogmerk en de reikwijdte van het voorstel onvoldoende. Zij is om die reden van oordeel dat het twijfelachtig is of het voorstel niet verder gaat dan noodzakelijk.

Deze conclusie is ook van belang bij de beoordeling van de verenigbaarheid van onderdelen van het voorstel met het vrij verkeer van diensten en vestiging en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De Afdeling is van oordeel dat het voorstel vooralsnog op gespannen voet staat met het vrij verkeer van diensten en dat van vestiging en dat het voorstel, zoals het thans luidt, op een aantal onderdelen niet verenigbaar is met het in artikel 1 EP en artikel 17 van het Handvest beschermde recht op een ongestoord genot van eigendom.

De Afdeling is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 13 februari 2014, nr. 2014000344, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 11 april 2014, nr. W06.14.0040/III, bied ik U hierbij aan.

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. A.

Het voorstel geeft de Afdeling aanleiding tot het maken van diverse inhoudelijke opmerkingen. Op deze opmerkingen zal hierna worden ingegaan waarbij de volgorde van de opmerkingen van de Afdeling zal worden aangehouden.

1. Maatregelen om excessieve beloningen tegen te gaan

Uit de toelichting blijkt dat het voorstel in algemene zin er toe strekt om tegen te

gaan dat excessieve beloning tot gevolg heeft dat door financiële ondernemingen

overmatige risico's worden genomen of dat jegens klanten onzorgvuldig wordt gehandeld. Perverse beloningsprikkels worden blijkens de toelichting wereldwijd gezien als één van de oorzaken van de financiële crisis. Het gaat hierbij met name om prikkels die aanleiding kunnen geven tot het nemen van ongewenste en onverantwoorde risico's en prikkels die ertoe kunnen leiden dat het klantbelang wordt veronachtzaamd, zoals een eenzijdige oriëntatie op het kortetermijnbelang, kortetermijnwinstrealisatie, overmatige omzetbonussen en beloningen voor falen.⁶ De Afdeling onderschrijft de wens van de regering om excessieve beloningen of beloningsstructuren waarvan perverse prikkels uitgaan, te ontmoedigen of zelfs in uitzonderlijke gevallen met een wettelijke regeling te verbieden. Zij wijst er wel op dat in de afgelopen jaren reeds een groot aantal maatregelen is genomen om excessieve beloningen in de financiële sector tegen te gaan. De Afdeling wijst daarbij, zonder volledigheid te betrachten, op het volgende.

Op 1 januari 2011 is het Besluit beheerst beloningsbeleid in werking getreden. Dit besluit gaf de Principes voor een beheerst beloningsbeleid van de beide toezichthouders, de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een wettelijke basis. Ingevolge het Besluit beheerst beloningsbeleid wordt van in beginsel elke vergunningplichtige financiële onderneming vereist dat zij een beleid inzake beloningen voert dat niet aanmoedigt tot het nemen van meer risico's dan voor de desbetreffende financiële onderneming aanvaardbaar is⁷. Verder vereist het besluit en dat een beleid inzake beloningen wordt gevoerd dat erop is gericht te voorkomen dat de beloning leidt tot onzorgvuldige behandeling van consumenten, cliënten of deelnemers.⁸ Deze voorwaarden gelden voor alle financiële ondernemingen met zetel in Nederland en stellen beperkingen aan de beloningen van in beginsel alle medewerkers van die ondernemingen. De eisen uit het Besluit beheerst beloningsbeleid worden thans, op onderdelen aangepast, op het niveau van de wet in formele zin gebracht.

Op 1 juni 2012 is de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen in werking getreden. Deze wet voorziet in een verbod voor bestuurders en beleidsbepalers van financiële ondernemingen die staatssteun genieten om variabele beloningen te ontvangen. Voorts is hun vaste beloning bevroren gedurende de periode dat de onderneming staatssteun geniet. De achtergrond van deze regeling is de gedachte dat het niet passend is om bestuurders van ondernemingen die door de Staat moesten worden ondersteund een aan de prestaties van de onderneming gerelateerde beloning te laten ontvangen. Deze regeling uit de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen

⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel van de toelichting, paragraaf 2.

⁷ Artikel 23f van het Besluit prudentiële regels Wft.

⁸ Artikel 86a van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen.

wordt thans, op ondergeschikte onderdelen aangepast, in het onderhavige voorstel opnieuw vastgesteld.

In de Wet bankenbelasting is in artikel 10, tweede lid, wat betreft het tarief voor de bankenbelasting een koppeling gelegd met het beloningsbeleid van de beleidsbepalers van banken, met als doelstelling om bovenmatige variabele beloningen van bestuurders terug te dringen. Ingevolge artikel 10, tweede lid, wordt het tarief voor de belasting vermenigvuldigd met een factor 1,1 ingeval de variabele beloning van ten minste één bestuurder van de belastingplichtige onderneming meer bedraagt dan 100% van de vaste beloning van deze bestuurder. Ingevolge artikel 14bis van de Wet bankenbelasting wordt twee jaar na inwerkingtreding van de wet dit laatste percentage verlaagd naar 25%. De Wet bankenbelasting is op 1 oktober 2012 in werking getreden.

Op 1 januari 2014 is de Wet van 11 december 2013 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 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 in werking getreden. Met deze wet werd geëxpliciteerd dat het orgaan van een financiële onderneming dat de beloning van de dagelijks beleidsbepalers vaststelt, bevoegd is de hoogte van een bonus aan te passen tot een passende hoogte indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorts werd bepaald dat de onderneming bevoegd is een bonus geheel of gedeeltelijk terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. Deze regeling wordt in het onderhavige voorstel aanmerkelijk aangescherpt. Zo wordt onder meer bepaald wanneer door de onderneming in ieder geval gebruik dient te worden gemaakt van de bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering van een variabele beloning.⁹

In de memorie van toelichting wordt ook gewezen op Europese initiatieven. De toelichting wijst in het bijzonder op de Richtlijn kapitaalvereisten.¹⁰ In deze richtlijn zijn in de artikelen 92 en verder regels opgenomen over het beloningsbeleid van banken en beleggingsondernemingen. Deze bepalingen stellen beperkingen aan de beloning van een specifieke categorie medewerkers¹¹ en bepalen onder meer dat een variabele beloning in beginsel niet meer mag bedragen dan 100%¹² van de vaste beloning. De uiterste implementatiedatum van deze richtlijn is op 1 januari 2014 verstreken, de implementatiewet is thans aanhangig bij de Tweede Kamer.¹³ De reikwijdte van deze regeling wordt in het onder-

⁹ Artikel 1:128 Wft.

¹⁰ Richtlijn nr. 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176).

¹¹ Categorieën van medewerkers, inclusief die verantwoordelijk voor de hoogste leiding, risiconemende functies en controlefuncties, en elke werknemer wiens totale beloning hem op hetzelfde beloningsniveau plaatst als die medewerkers verantwoordelijk voor de hoogste leiding of medewerkers in een risiconemende functie, wier beroepswerkzaamheden het risicoprofiel van die instellingen materieel beïnvloeden.

¹² De lidstaten kunnen aandeelhouders, eigenaren of vennoten van de instelling toestaan een hoger maximumniveau van het percentage van de vaste en de variabele component van de beloning goed te keuren, mits het totale niveau van de variabele component niet meer bedraagt dan 200% van de vaste component van de totale beloning per persoon.

¹³ Kamerstukken II, 2013/14, 33 849, nr. 2.

havige voorstel, zowel ten aanzien van de kring van personen¹⁴ waarop zij betrekking heeft als ten aanzien van de ondernemingen¹⁵ waarvoor zij geldt, aanmerkelijk uitgebreid. Voorts wordt de maximale hoogte van de variabele beloning aanmerkelijk lager vastgesteld, namelijk op 20% van de vaste beloning.

De Afdeling merkt op dat in de memorie van toelichting beperkt wordt ingegaan op de effecten die deze maatregelen hebben (gehad) op het beloningsbeleid van financiële ondernemingen. Zo wordt uit de toelichting niet duidelijk of de eisen uit het Besluit beheerst beloningsbeleid onvoldoende zijn gebleken of onvoldoende kunnen worden gehandhaafd om te voorkomen dat ongewenste en onverantwoorde risico's worden genomen of het klantbelang wordt veronachtzaamd. Evenmin wordt duidelijk waarom bijvoorbeeld de regels uit de richtlijn kapitaalvereisten niet zullen kunnen volstaan. Gelet hierop klemt de vraag naar de rechtvaardiging van het voorstel op dit moment. Daarbij komt het volgende.

Met het voorstel wordt de contractsvrijheid tussen personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming en de ondernemingen waarbij zij in dienst zijn, aanmerkelijk beperkt. Het voorstel beperkt de mogelijkheid om individueel of collectief afspraken te maken die recht kunnen doen aan de positie en prestatie van de werknemer. Het voorstel heeft daardoor gevolgen voor de arbeidsmarkt. De regering verwacht, zo blijkt uit de toelichting, dat de gevolgen voor de reële economie en het investeringsklimaat beperkt zijn.¹⁶ Uit de toelichting blijkt echter niet waarop die verwachting is gebaseerd.

Ten slotte is sprake van een belemmering van het vrij verkeer van diensten en vestiging, een inmenging in het ongestoord genot van eigendom zoals dat wordt beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (EP) en van artikel 17 van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie en van een beperking van de vrijheid om collectief te onderhandelen, zoals de toelichting terecht onderkent. Onverminderd hetgeen daarover hieronder (onder 4. en 5.) meer in het bijzonder wordt opgemerkt, is een toereikende motivering van de noodzaak van de diverse maatregelen een voorwaarde voor de verenig-

¹⁴ De bepalingen in dit wetsvoorstel hebben gevolgen voor alle personen werkzaam bij één van de onder de reikwijdte van het voorstel vallende ondernemingen. Een aantal regels, waaronder de maximering van de variabele beloning, zijn van toepassing op «natuurlijke personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van de financiële onderneming». Hier valt blijkens de toelichting een brede groep personen onder. «Het betreft zowel personen in dienst van de onderneming via een regulier arbeidscontract als personen die werkzaamheden verrichten op basis van andere overeenkomsten. Het gaat dan bijvoorbeeld om bestuurders die een opdrachtovereenkomst met de onderneming hebben gesloten of gedetacheerden en uitzendkrachten.

¹⁵ De in het voorstel opgenomen bepalingen met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid (afdeling 1.7.2) en de daarbij behorende publicatieverplichtingen (afdeling 1.7.3) zijn, net als de thans geldende regelgeving inzake het beheerst beloningsbeleid, van toepassing op alle financiële ondernemingen met zetel in Nederland waarop de artikelen 3:17, 4:14, of 4:15 Wet financieel toezicht (Wft) van toepassing zijn. De afdelingen die de nieuwe specifieke voorschriften over het beloningsbeleid bevatten (1.7.4 tot en met 1.7.6) zijn van toepassing op alle financiële ondernemingen met zetel in Nederland. In beide gevallen dient de financiële onderneming er zorg voor te dragen dat de regels ook worden toegepast door haar dochterondernemingen (1:113). Indien de financiële onderneming deel uitmaakt van een groep wordt de aan het hoofd van de groep staande groepsmaatschappij opgedragen ervoor zorg te dragen dat de regels worden toegepast door alle tot de groep behorende rechtspersonen en vennootschappen (1:114). De regels zijn aldus ook direct of indirect van toepassing op ondernemingen die geen financiële onderneming zijn (geen Wft-vergunning bezitten) of gevestigd zijn buiten Nederland.

¹⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

baarheid van de voorgestelde maatregelen met het vrij verkeer van diensten en vestiging en artikel 1 van het Eerste Protocol.

De Afdeling onderschrijft de wens de thans bestaande eisen inzake het beheerst beloningsbeleid op het niveau van de wet in formele zin neer te leggen. Dit is van belang gelet op het ingrijpende karakter van de maatregelen en de waarborgen die in de wetgevingsprocedure zijn gelegen. Daarmee wordt voorts uitdrukking gegeven aan het belang dat aan een beheerst beloningsbeleid bij financiële ondernemingen moet worden gehecht. De Afdeling onderschrijft daarbij hetgeen in de toelichting wordt opgemerkt over de wenselijkheid van meer transparantie bij financiële ondernemingen over het beloningsbeleid. Door open te moeten zijn over het beloningsbeleid wordt het mogelijk voor stakeholders om de onderneming aan te spreken op dat beloningsbeleid.

Het voorgaande roept naar het oordeel van de Afdeling echter de vraag op naar de rechtvaardiging voor de thans voorgestelde nieuwe en vergaande eisen die in de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.7 Wft zijn neergelegd. Dit geldt temeer waar het aanscherpingen betreft van regels die onlangs of zelfs nog niet in werking zijn getreden en waarvan aldus het effect nog niet kan worden vastgesteld. De Afdeling sluit weliswaar niet uit dat op termijn aanpassing of aanscherping van deze bepalingen wenselijk of noodzakelijk zal worden geacht, maar meent dat de toelichting voor aanscherping op dit moment een onvoldoende motivering bevat.

De Afdeling adviseert de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.7 Wft in het licht van het bovenstaande dragend te motiveren.

1. Maatregelen om excessieve beloningen tegen te gaan

De Afdeling adviseert de maatregelen in de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.7 in het licht van de opmerkingen van de Afdeling over reeds bestaande maatregelen met betrekking tot beloningsbeleid nader te motiveren. De Afdeling wijst hierbij vooral op de relatie met reeds bestaande regelgeving met betrekking tot het beloningsbeleid in de financiële sector. Zo noemt de Afdeling de nationale regelgeving in het Besluit beheerst beloningsbeleid Wft, de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, de Wet bankenbelasting en de Wet van 11 december 2013 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 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 en Europese initiatieven. De Afdeling geeft aan dat in de toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel slechts beperkt wordt ingegaan op de effecten van deze maatregelen.

Het onderhavige wetsvoorstel heeft in de eerste plaats tot gevolg dat onder meer de door de Afdeling aangehaalde regelgeving overzichtelijk bij elkaar wordt gebracht in één hoofdstuk in de Wft. Het gaat daarbij om wetgeving, toezichthoudersregels, Europese regelgeving en normen op basis van zelfregulering. Daarnaast wordt de werking van verschillende regels uitgebreid. Er zijn verschillende analyses beschikbaar over de effecten van variabel belonen en de gevolgen hiervan voor de financiële sector. Deze analyses worden in de toelichting bij het wetsvoorstel genoemd. Momenteel zijn nog niet van alle recent geïntroduceerde maatregelen uitgebreide analyses beschikbaar. Gezien het belang van sommige van deze maatregelen en het huidige beperkte toepassingsbereik acht het kabinet een bredere reikwijdte en aanscherping van specifieke maatregelen noodzakelijk en gerechtvaardigd.

2. Reikwijdte

a. Financiële ondernemingen

De in het voorstel opgenomen bepalingen met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid (afdeling 1.7.2) en de daarbij behorende publicatieverplichtingen (afdeling 1.7.3) zijn, net als de thans geldende regelgeving inzake het beheerst beloningsbeleid, van toepassing op alle financiële ondernemingen met zetel in Nederland waarop de artikelen 3:17, 4:14, of 4:15 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing zijn.¹⁷ De afdelingen die de nieuwe bijzondere bepalingen over het beloningsbeleid bevatten (1.7.4 tot en met 1.7.6) zijn van toepassing op alle financiële ondernemingen met zetel in Nederland. In beide gevallen dient de financiële onderneming er zorg voor te dragen dat de regels ook worden toegepast door haar dochterondernemingen (1:113). Indien de financiële onderneming deel uitmaakt van een groep wordt de aan het hoofd van de groep staande groepsmaatschappij opgedragen ervoor zorg te dragen dat de regels worden toegepast door alle tot de groep behorende rechtspersonen en vennootschappen (1:114).¹⁸ De regels zijn aldus ook direct of indirect van toepassing op ondernemingen die geen financiële onderneming zijn (geen Wft-vergunning bezitten) en gevestigd zijn buiten Nederland.

Het wetsvoorstel kent een ruime reikwijdte. Het is van toepassing op een groep ongelijksoortige financiële en niet-financiële ondernemingen. Uit de toelichting blijkt dat daarvoor bewust is gekozen. De toelichting stelt dat de crisis de hele financiële sector heeft geraakt en dat steunmaatregelen – direct of indirect – ten goede zijn gekomen aan de gehele financiële sector. «Door de sterke verwevenheid binnen de financiële sector in Nederland zouden alle delen van de financiële sector aanmerkelijke schade hebben geleden wanneer geen steun zou zijn verstrekt.»¹⁹ Voorts wordt ten aanzien van de maximering van de variabele beloning opgemerkt dat het bonusplafond in beginsel van toepassing is op de gehele financiële sector. «Hier is voor gekozen omdat risico's zich vanwege de sterke verwevenheid van activiteiten door de gehele financiële sector heen kunnen voltrekken», aldus de toelichting.²⁰ Deze motivering overtuigt de Afdeling vooralsnog niet. Zij merkt op dat de crisis niet alleen de financiële sector maar de gehele economie heeft geraakt.

De Afdeling is van oordeel dat de reikwijdte van voorgestelde regelgeving dient te zijn gerelateerd aan het oogmerk van die maatregelen. Dat wil zeggen dat de maatregelen dienen te worden gericht op die financiële ondernemingen waar het risico bestaat (of zich heeft gematerialiseerd) dat door het beloningsbeleid ongewenste en onverantwoorde risico's worden genomen dan wel waar het risico bestaat dat het beloningsbeleid prikkels genereert die ertoe kunnen leiden dat het klantbelang wordt veronachtzaamd. Uit de toelichting blijkt echter de genoemde relatie tussen het oogmerk en de reikwijdte van het voorstel onvoldoende. Dit geldt temeer

¹⁷ Artikel 3:17 is van toepassing op afwikkelondernemingen, betaalinstanties, clearinginstellingen, elektronischgeldinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, banken, premiepensioeninstellingen, verzekeraars en wisselinstellingen. Artikel 4:14 is van toepassing op beheerders van een beleggingsinstelling, beheerders van een icbe, beleggingsinstellingen, icbe's, beleggingsondernemingen, bewaarders van een beleggingsinstelling, bewaarders van een icbe en pensioenbewaarders, artikel 4:15 is van toepassing op financiële dienstverleners die niet het bedrijf van financiële instelling, bank of verzekeraar uitoefenen.

¹⁸ Er geldt ingevolge artikel 1:114, derde lid, een uitzondering indien de hoofdactiviteit van de groep niet bestaat uit het aanbieden van financiële producten, het verlenen van financiële diensten, het verlenen van beleggingsdiensten of het verrichten van beleggingsactiviteiten.

¹⁹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

²⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5b.

nu het voorstel via de voorgestelde artikelen 1:113 en 1:114 Wft ook van toepassing kan zijn op niet-financiële ondernemingen. Daarmee rijst naar het oordeel van de Afdeling de vraag of het voorstel op onderdelen niet verder gaat dan noodzakelijk is.

De Afdeling adviseert de ruime reikwijdte van het voorstel te voorzien van een dragende motivering en bij gebreke daarvan de reikwijdte van het voorstel te beperken.

b. personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming

De bepalingen in dit wetsvoorstel hebben gevolgen voor alle personen werkzaam bij één van de onder de reikwijdte van het voorstel vallende ondernemingen. Een aantal regels, waaronder de maximering van de variabele beloning, is van toepassing op «natuurlijke personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van de financiële onderneming». Hier valt blijkens de toelichting een brede groep personen onder. Het betreft zowel personen in dienst van de onderneming via een regulier arbeidscontract als personen die werkzaamheden verrichten op basis van andere overeenkomsten. Het gaat dan bijvoorbeeld om bestuurders die een opdrachtovereenkomst met de onderneming hebben gesloten of gedetacheerden en uitzendkrachten. Het doel van de brede groep is het tegengaan van ontwikkelingsconstructies. Om deze reden vallen ook personen die worden ingehuurd onder de reikwijdte van deze formulering, aldus de toelichting.²¹

Er is niet gekozen voor een beperktere reikwijdte zoals die bijvoorbeeld volgt uit de Richtlijn kapitaalvereisten of is voorgesteld in het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2015) waar het de verplichting tot het afleggen van een eed of belofte betreft, namelijk «personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden of die zich rechtstreeks bezighouden met het verlenen van financiële diensten». Ziet de Afdeling het goed dan is het doel van deze maatregelen vergelijkbaar; te weten het voorkomen van «ongewenst» gedrag.

Het voorstel heeft daarmee ook een ruime personele werkingssfeer. In de toelichting wordt daarover opgemerkt dat het kabinet wat betreft personeel juist kiest voor een zo groot mogelijke reikwijdte. «Het beloningsbeleid binnen de financiële sector is een belangrijke en in het oog springende manier om de cultuur in de sector te veranderen. Mede daarom is het van belang dat de normen met betrekking tot beloningsbeleid gelden voor iedereen die werkzaam is in de financiële sector in Nederland», aldus de toelichting.²²

Ook ten aanzien hiervan merkt de Afdeling op dat het verband tussen het doel van de voorgestelde regels en de gekozen reikwijdte van het voorstel onduidelijk is. Met name ten aanzien van personen die niet werkzaam zijn in functies in het «primaire proces» van de onderneming (bijvoorbeeld HR, ICT, catering) valt niet goed in te zien op welke wijze hun beloningsstructuur materieel van invloed is op het risicoprofiel van de onderneming of op de wijze waarop de onderneming het belang van haar klanten behartigt. Ook hier geldt aldus de vraag of het voorstel op onderdelen niet verder gaat dan noodzakelijk om het gewenste doel te bereiken.

²¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 3.

²² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

De Afdeling adviseert de ruime reikwijdte van het voorstel te voorzien van een dragende motivering en bij gebreke daarvan de reikwijdte van het voorstel te beperken.

c. Territoriale reikwijdte

Het «aangrijpingspunt» van het voorstel is een financiële onderneming met zetel in Nederland. Via de «zorgplichten» in de artikelen 1:113 en 1:114 Wft zijn de regels over het beloningsbeleid ook indirect van toepassing op ondernemingen die hun zetel hebben buiten Nederland. Het voorgestelde artikel 1:122, zesde lid, Wft bepaalt in aanvulling hierop dat de maximering van de variabele beloning ook van toepassing is op in Nederland gelegen bijkantoren van financiële ondernemingen met zetel in een andere staat.²³

c.1 In het voorstel wordt blijkens de toelichting²⁴ het stelsel van artikel 92 van de richtlijn kapitaalvereisten tot uitgangspunt genomen. Daarin wordt bepaald dat de bevoegde autoriteiten erop toezien «dat de in de richtlijn opgenomen beloningsregels voor instellingen op het niveau van de groep, de moederonderneming en haar dochterondernemingen worden toegepast, met inbegrip van vestigingen in offshore financiële centra.» Hieruit kan worden afgeleid dat ten aanzien van banken en beleggingsondernemingen tegen de territoriale reikwijdte van het voorstel geen bezwaren lijken te bestaan. Ook niet vanuit het uitgangspunt van home country control, zoals blijkens de toelichting in de consultatie is gesuggered.²⁵

De Afdeling merkt evenwel op dat uit de toelichting niet blijkt in hoeverre andere richtlijnen, zoals bijvoorbeeld de Solvency II-richtlijn voor verzekeraars of MIFID, een vergelijkbaar regime kennen. Uit de toelichting blijkt dat onduidelijkheid bestaat over de groepstoepassing van artikel 92 van de Richtlijn kapitaalvereisten. Naar aanleiding van deze opmerking is, zo stelt de toelichting, aan de Europese Commissie de vraag gesteld of de groepstoepassing zich ook uitstrekt tot financiële ondernemingen binnen een bancaire groep die zelf onder een andere Europese richtlijn vallen.²⁶ De Afdeling merkt op dat deze onduidelijkheid nog sterker geldt indien geen sprake is van een bancaire groep. Het in de toelichting genoemde voorbeeld van een verzekeraar in Duitsland met een holdingmaatschappij met zetel in Nederland, waarbij wordt opgemerkt dat wordt aangesloten bij het uitgangspunt van de Richtlijn kapitaalvereisten, valt dan ook niet goed te begrijpen.²⁷ De Afdeling is van oordeel dat in de toelichting dient te worden ingegaan op de verhouding van de reikwijdte van het voorstel tot de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende lidstaten voor de regulering van verschillende typen financiële ondernemingen zoals die volgt uit de diverse richtlijnen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

c.2 In de toelichting wordt opgemerkt dat het denkbaar is «dat de reikwijdte van het wetsvoorstel conflicteert met het lokale recht van andere staten, bijvoorbeeld waar het gaat om het recht dat arbeidsover-

²³ Dit geldt niet indien het een bijkantoor van een buitenlandse bank betreft, nu in dat geval ingevolge de richtlijn kapitaalvereisten de regels ter zake van de variabele beloning van het thuisland van de bank van toepassing zijn.

²⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

²⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

²⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

²⁷ Tenzij wordt bedoeld op een groep waar een bank met zetel in Nederland onderdeel van uitmaakt. Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

eenkomsten beheerst. Dit kan tot gevolg hebben dat het voor een onderneming niet mogelijk is om volledig uitvoering te geven aan een norm uit dit wetsvoorstel».²⁸ Het is naar het oordeel van de Afdeling niet aanvaardbaar dat wetgeving wordt voorgesteld waarbij aan burgers of bedrijven verplichtingen worden opgelegd waarvan reeds bij voorbaat vast staat dat daaraan niet kan worden voldaan. De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

2. Reikwijdte

a. Financiële ondernemingen

De Afdeling adviseert uitgebreider te motiveren waarom alle financiële ondernemingen en ook niet-financiële ondernemingen die tot een financiële groep behoren onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. De Afdeling merkt op dat de financiële crisis niet alleen de financiële sector maar de gehele economie heeft geraakt.

Uiteraard zijn de gevolgen van de financiële crisis merkbaar in de gehele economie. Dit kabinet richt zich echter op de plek van de oorzaak: de financiële sector. Het snelle voltrekken van risico's en de cultuur die het nemen van dergelijke risico's in ieder geval niet voldoende ontmoedigde kwamen hier in het bijzonder voor. De financiële sector was tot 2008 koploper op het terrein van variabel belonen.²⁹ Binnen de financiële sector was een cultuur zichtbaar die gericht was op korte termijn winstbejag. Daarnaast kent de sector een sterke interne verwevenheid, waardoor risico's zich niet alleen snel kunnen voltrekken, maar ook op grote schaal. Dit maakt het passend om maatregelen met betrekking tot beloningsbeleid in beginsel te richten op de gehele Nederlandse financiële sector, zoals in regelgeving tot dusver ook vrijwel altijd is gedaan. Waar bepaalde delen van het wetsvoorstel niet passend worden geacht is voorzien in een uitzondering. In dit kader wordt bijvoorbeeld gewezen op de uitzondering op het bonusplafond die is gemaakt voor beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening en risico handelen. Aangezien deze beleggingsondernemingen hun eigen risico's dragen en geen klanten hebben is er vanuit het oogpunt van consumentenbescherming geen aanleiding om een bonusplafond in te voeren voor hen.

De Afdeling adviseert eveneens nader te motiveren waarom niet-financiële ondernemingen ook onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. In de richtlijn kapitaalvereisten is gekozen voor groepstoepassing aangezien prudentiële risico's zich niet beperken tot de financiële ondernemingen in een groep.³⁰ Voor niet-financiële ondernemingen die behoren tot een groep waarvan een bank onderdeel is, zijn derhalve op grond van de richtlijn kapitaalvereisten de maatregelen met betrekking tot beloningsbeleid reeds van toepassing. Zoals hierboven weergegeven wordt in dit wetsvoorstel in algemene zin gekozen voor een brede toepassing binnen de Nederlandse financiële sector gezien de verwevenheden die zich binnen deze sector bevinden. Derhalve is ook met betrekking tot groepstoepassing ervoor gekozen om bij alle groepen die hoofdzakelijk activiteiten verrichten binnen de financiële sector de maatregelen uit het onderhavige wetsvoorstel toe te passen. Echter,

²⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8a.

²⁹ Wawoe, K.W. (2010). Proactive Personality: The Advantages and Disadvantages of an Entrepreneurial Disposition in the Financial Industry (Dissertation). Free University Amsterdam. URL: <http://dare2.uvu.vu.nl/handle/1871/15991>.

³⁰ Artikel 92, eerste lid, richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (Pb 2013, L 176/338).

wanneer de hoofdactiviteiten van de groep op andere activiteiten zijn gericht dan activiteiten in de financiële sector, worden de normen slechts toegepast op de financiële ondernemingen binnen de groep. De opmerkingen van de Afdeling op dit punt hebben niet geleid tot aanpassing van het voorstel of de toelichting.

b. Personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming

De Afdeling adviseert met betrekking tot de personele werkingsfeer de motivering voor de brede werking uit te breiden. Hierbij wordt opgemerkt dat een aantal van de functies uit het «primaire proces» waarvan de Afdeling aangeeft dat nadere motivering wenselijk is, zoals ICT en HR, ook functies zijn waarin werkzaamheden worden verricht die risico's kunnen opleveren en de cultuur kunnen beïnvloeden. Zo wordt gewezen op ICT-ers die handelssystemen programmeren of HR-medewerkers die invloed kunnen uitoefenen op de vraag welk type personeel wordt aangenomen. In algemene zin is vrijwel niet te bepalen bij welke functies op geen enkele manier sprake kan zijn van risico's bij variabele beloningen. Een brede reikwijdte levert weinig extra lasten op en voorkomt complexe afbakeningsdiscussies. Ook wordt er op gewezen dat in de meeste CAO's nu al geen variabele beloningen boven de 20% zijn overeengekomen. De opmerkingen van de Afdeling op dit punt hebben niet geleid tot aanpassing van het voorstel of de toelichting.

c. Territoriale reikwijdte

c.1 De Afdeling geeft aan dat in ieder geval bij banken en beleggingsondernemingen die onder de reikwijdte van de richtlijn kapitaalvereisten vallen geen bezwaren lijken te bestaan ten aanzien van de territoriale reikwijdte van het wetsvoorstel, aangezien deze aansluit bij de richtlijn kapitaalvereisten. Met betrekking tot andere richtlijnen adviseert de Afdeling in de toelichting in te gaan op de verhouding van de reikwijdte van het voorstel tot de verhouding van de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten uit deze richtlijn. De Afdeling noemt Solvency II en MIFID, die eveneens regels met betrekking tot beloningen bevatten. Het gaat in beide gevallen om zeer algemene regels, die niet strekken tot een sluitend Europees stelsel. Daarnaast bevatten beide richtlijnen geen bepaling met betrekking tot groepstoepassing, zoals de richtlijn kapitaalvereisten die wel bevat. Juist doordat in die richtlijnen niet is gekozen voor toepassing op de gehele groep waartoe de financiële onderneming behoort, maar alleen op de specifieke financiële onderneming, zijn er in beginsel geen beloningenregels opgenomen voor de overige ondernemingen in de groep. De ruimte die hiermee wordt gelaten door deze richtlijnen, geeft lidstaten de keuze om regels met betrekking tot beloningsbeleid te stellen die ook gelden voor de overige delen van de groep. De opmerkingen van de Afdeling op dit punt hebben niet geleid tot aanpassing van het voorstel of de toelichting.

c.2 De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen met betrekking tot normen die conflicteren met het lokale recht van andere staten. De Afdeling is van mening dat het niet aanvaardbaar is dat wetgeving wordt voorgesteld waarbij verplichtingen worden opgelegd waarvan bij voorbaat vaststaat dat daaraan niet kan worden voldaan. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat het mogelijk is «dat de reikwijdte van het wetsvoorstel conflicteert met het lokale recht van andere staten, bijvoorbeeld waar het gaat om het recht dat arbeidsovereenkomsten beheerst. Dit kan tot gevolg hebben dat het voor een onderneming niet mogelijk is om volledig uitvoering te geven aan een norm uit dit wetsvoorstel. Hier is op dit moment echter geen sprake van.» Met deze passage wordt, mede

naar aanleiding van consultatiereacties op dit punt, bedoeld op de mogelijke, maar momenteel niet concrete, situatie dat een andere staat regelgeving heeft of zou kunnen ontwikkelen, die het volledig voldoen aan bepaalde normen uit het onderhavige wetsvoorstel problematisch zou kunnen maken. Het is niet zo dat voorafgaande aan de invoering van het wetsvoorstel reeds duidelijk is dat een dergelijke situatie zich zal voordoen. In de toelichting bij het wetsvoorstel is benadrukt dat wanneer sprake is van conflicterende wetgeving het lokale recht van een andere staat voorrang heeft boven het onderhavige wetsvoorstel. Daarnaast is verduidelijkt dat hier wordt bedoeld op een mogelijke, maar nu niet concrete, situatie.

3. Beperking vaste beloning; conversie

Het voorgestelde artikel 1:124, tweede lid, Wft bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur ten aanzien van variabele beloningen, voortvloeiend uit vóór 1 januari 2015 aangegane verplichtingen, regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de conversie van die beloningen naar vaste beloningen en de daarbij toe te passen conversiefactor. De regering behoudt zich hier blijkens de toelichting de mogelijkheid voor om de compensatie die een onderneming met de werknemer overeenkomt, bijvoorbeeld door de vaste beloning te verhogen, te begrenzen.

De toelichting merkt daarover op dat «Hoewel compensatie juridisch verdedigbaar is wil het kabinet benadrukken dat compensatie uiterst sober zou moeten zijn gelet op de uitdagingen waar de sector voor staat, de reeds hoge vaste beloningen binnen de financiële sector in vergelijking tot andere sectoren en de maatschappelijke onrust die bestaat over het beloningsbeleid in de financiële sector. Geen verhoging van de vaste beloning, of een zeer beperkte, levert een bijdrage aan het herstellen van de vertrouwensbreuk tussen de financiële sector en haar klanten. [...] De open benadering biedt de onderneming de mogelijkheid van individueel maatwerk. Wel kent het tweede lid de mogelijkheid om regels te stellen wanneer blijkt dat met de conversie bijzonder ruim wordt omgegaan», aldus de toelichting.³¹

De Afdeling merkt op dat hiermee onduidelijkheid wordt geschapen ten aanzien van de mogelijkheid om naar aanleiding van de in het voorstel opgenomen beperking van de variabele beloning bestaande contracten aan te passen. Voorts wordt ten minste de suggestie gewekt dat compensatie van de variabele beloning in deze bestaande contracten door een vaste beloning, anders dan een «zeer beperkte» verhoging van het vaste salaris, zal worden verboden. Nu van de vaste beloning in beginsel niet dezelfde perverse prikkels uitgaan die van een variabele beloning kunnen uitgaan, dient een van overheidswege opgelegde beperking van de vaste beloning overtuigend te worden gemotiveerd. De Afdeling meent dat het feit dat een beperkte compensatie een bijdrage kan leveren aan het vergroten van het vertrouwen in de financiële sector op zichzelf een onvoldoende motivering is voor een zo verregaande ingreep in private verhoudingen. Dit is te meer van belang nu de mogelijkheid van compensatie van belang is in het licht van verenigbaarheid van dit voorstel met het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EP), alsook artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, geregelde recht op ongestoord genot van eigendom. Daarop zal hieronder onder 5. nader worden ingegaan.

³¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8b.

De Afdeling is voorts van oordeel dat over een dergelijke ingreep niet op het niveau van een ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld. Zij wijst er op dat delegatie aan een Minister beperkt dient te blijven tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Daarvan is in dit geval geen sprake. De Afdeling adviseert in dit verband af te zien van delegatie aan de Minister.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 1:124 Wft in het licht van het bovenstaande aan te passen.

3. Beperking vaste beloning; conversie

De Afdeling merkt op dat het opnemen van een bevoegdheid tot het stellen van regels over de wijze waarop de variabele beloning naar de vaste beloning kan worden geconverteerd tot onduidelijkheid kan leiden. Daarnaast merkt de Afdeling op dat een goede motivering hierbij noodzakelijk is, omdat de mogelijkheid van compensatie van belang is in het licht van onder meer artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is de artikelsgewijze toelichting aangepast. Zo is verduidelijkt dat compensatie in beginsel is voorbehouden aan de onderneming. Daarnaast is benadrukt dat het kabinet er vanuit gaat dat compensatie een gepaste omvang zal hebben, waarbij rekening wordt gehouden met verschillende voor de sector belangrijke factoren. De bevoegdheid tot het stellen van nadere regels over de conversie is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling geschrapt.

4. Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie

a. Harmonisatie

In de memorie van toelichting³² wordt aandacht besteed aan de verenigbaarheid van het voorstel met het vrij verkeer van diensten en dat van vestiging.³³

De Afdeling merkt vooraleerst op dat de rechtspraak van het Hof van Justitie laat zien dat, in een geval van volledige harmonisatie (uitputtende regeling) de toetsing van de verdergaande nationale maatregel niet gebeurt op grond van de vrij verkeersbepalingen in het verdrag, maar op grond van de bepalingen van de richtlijn.³⁴ (voetnoot zaak C-470/03) Indien de beoogde maatregelen in het voorstel onder de werking van een van de richtlijnen of verordeningen vallen, kan niet meer getoetst worden aan het primaire Unie-recht.

Een niet onaanzienlijk deel van de Nederlandse regelgeving op het terrein van de financiële markten vindt zijn oorsprong in Europese richtlijnen en verordeningen. Daarbij is sprake van een steeds verdergaande harmonisatie van in ieder geval de prudentiële regelgeving binnen de Europese Unie.³⁵

³² Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8a.

³³ Hierna zal worden ingegaan op de verenigbaarheid van de voorstellen met het vrij verkeer van diensten, hetgeen wordt opgemerkt geldt mutatis mutandis evenzeer voor de verenigbaarheid met het vrij verkeer van vestiging.

³⁴ Zie onder meer het arrest van het HvJEG in zaak C-470/03

³⁵ Zie ook de memorie van toelichting bij de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten, Kamerstukken II 2013/14 33 849, nr. 3, paragraaf 5.

Ten minste een aantal van deze richtlijnen vormt een volledige of maximum harmonisatie ten aanzien van de onderwerpen die in die richtlijn geregeld zijn. Dit roept de vraag op naar de mogelijkheden voor de nationale regelgever om aanvullende regels te stellen, bijvoorbeeld ten aanzien van het beloningsbeleid.

In de toelichting wordt hierover, naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie, het volgende opgemerkt. «De toepasselijke Europese richtlijnen bieden ruimte voor deze in- en aanvullingen van de in die richtlijnen opgenomen regels met betrekking tot beloningen. Ook wanneer richtlijnen grotendeels maximum harmonisatie zijn, is er vaak ruimte voor aanvulling en invulling. Wanneer een richtlijn bijvoorbeeld alleen regels stelt voor een specifiek deel van het personeel, hebben lidstaten de mogelijkheid om regels te stellen voor al het personeel.»³⁶

De Afdeling merkt op dat het voorgaande slechts opgaat indien vast staat dat door de Uniewetgever niet is beoogd een uitputtende regeling te treffen.

Zo is reeds opgemerkt dat in de richtlijn kapitaalvereisten een regeling is opgenomen over het beloningsbeleid van een specifieke categorie medewerkers van banken en beleggingsondernemingen. De richtlijn kapitaalvereisten behelst in beginsel een volledige harmonisatie behoudens de onderwerpen waarbij uitdrukkelijk is bepaald dat de lidstaten nadere regels mogen stellen. Zo mag Nederland een lager maximum stellen ten aanzien van de verhouding tussen de vaste en de variabele beloning voor deze categorie. De vraag rijst of de Uniewetgever heeft beoogd om ten aanzien van het gehele beloningsbeleid van banken en beleggingsonderneming een uitputtende regeling te treffen. Het feit dat andere medewerkers dan de groep die in de richtlijn expliciet wordt aangewezen, niet zijn genoemd kan betekenen dat de Uniewetgever niet wil dat voor die groep regels over het beloningsbeleid worden gesteld. In die lezing kan ook de lidstaat voor die groep geen regels stellen en is het voorstel in strijd met (het uitputtende karakter van) de richtlijn. De toelichting lijkt er daarentegen vanuit te gaan dat deze richtlijn slechts regels stelt over het beloningsbeleid van de groep die in de richtlijn expliciet wordt aangewezen, de overige medewerkers zouden dan buiten het toepassingsbereik van de richtlijn vallen. Dit laat ruimte voor de lidstaten om eigen regels te stellen. De toelichting bevat daarvoor echter geen argumenten. In dezelfde zin verwijst de Afdeling naar de Solvency II-richtlijn en ook MIFID die op onderdelen eveneens volledige harmonisatie behelzen.

De Afdeling adviseert op dit punt in overleg te treden met de Europese Commissie en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Primair Unie-recht

In de memorie van toelichting³⁷ wordt terecht geconcludeerd dat ten aanzien van het bonusplafond sprake is van een belemmering van het vrij verkeer van diensten. De Afdeling merkt daarbij op dat deze conclusie niet alleen geldt voor de maximering van de variabele beloning maar evenzeer voor de overige maatregelen uit de afdelingen 1.7.4–1.7.7 Wft. Ook ten aanzien van deze maatregelen is sprake van een belemmering van het vrij verkeer.

³⁶ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

³⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8a.

Teneinde dergelijke maatregelen te rechtvaardigen, moet een beroep worden gedaan op de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie onderkende «dwingende redenen van algemeen belang». Wil een dergelijk beroep slagen, dan dient aan twee cumulatieve voorwaarden te worden voldaan: een dergelijke regeling kan enkel worden toegepast zonder onderscheid naar herkomst en de maatregel dient proportioneel te zijn, hetgeen inhoudt dat deze geschikt moet zijn om het doel te bereiken en niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.

In de toelichting wordt het beoordelingskader uitvoerig uiteengezet. De toetsing aan dat kader is daarentegen summier. Er wordt opgemerkt dat het kabinet de invoering van een bonusplafond binnen Nederland gewenst acht «ter bescherming van een publiek belang, namelijk bescherming van de consument. Het bonusplafond heeft het gewenste effect: variabele beloningen worden in hoogte gemaximeerd, waarmee ongewenste prikkels die uitgaan van de variabele beloning worden verminderd. Een betere maatregel die hetzelfde doel bereikt is niet denkbaar. De maatregel gaat ook niet verder dan het te bereiken doel. Uit het voorgaande volgt dat voldaan is aan de Europese eisen die aan mogelijk belemmerende maatregelen worden gesteld,» aldus de toelichting.

De Afdeling merkt vooraleerst op dat slechts ten aanzien van het bonusplafond in de toelichting wordt ingegaan op de verenigbaarheid met het vrij verkeer van diensten en dat van vestiging. Ten aanzien van de overige maatregelen uit de afdelingen 1.7.4–1.7.7 Wft ontbreekt een dergelijke motivering. De Afdeling merkt vervolgens op dat, zoals zij onder 1. reeds heeft vastgesteld, de noodzaak om thans de maatregelen opgenomen in de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.7 te nemen ontoereikend is gemotiveerd. Voorts is twijfelachtig of het voorstel niet verder gaat dan noodzakelijk is in het licht van het doel, gelet op de zeer ruime reikwijdte van het voorstel, in het bijzonder waar het gaat om de kring van werknemers die door het voorstel worden geraakt en de toepasselijkheid op een zeer diverse categorie financiële en zelfs niet-financiële ondernemingen (zie punt 2).

De Afdeling voegt daaraan nog het volgende toe. De Afdeling heeft hierboven reeds gewezen op de regeling in de Richtlijn kapitaalvereisten waarin wordt bepaald dat de variabele beloning van een categorie medewerkers van banken en beleggingsondernemingen in beginsel niet meer mag bedragen dan 100% van de vaste beloning. De richtlijn bepaalt daarbij uitdrukkelijk dat de lidstaten een lager maximum mogen vaststellen. De Afdeling wijst er op dat ook in het geval de richtlijn lidstaten de mogelijkheid biedt verdergaande maatregelen te nemen deze maatregelen nog steeds dienen te worden getoetst aan het primaire recht van de EU. Daarbij dient naar het oordeel van de Afdeling de vraag te worden beantwoord waarom de regeling uit de richtlijn onvoldoende is en de verdergaande maatregel geschikt is en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk. Een dergelijke motivering van de voorgestelde maximering van de variabele beloning op 20% van de vaste beloning ontbreekt.

De Afdeling is in het licht van al het voorgaande van oordeel dat het voorstel op gespannen voet staat met het vrij verkeer van diensten en dat van vestiging. Zij adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

4. Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie

a. Harmonisatie

De Afdeling geeft aan dat de vraag bestaat of de Uniewetgever heeft beoogd om ten aanzien van het gehele beloningsbeleid van banken en beleggingsondernemingen in de richtlijn kapitaalvereisten een uitputtende regeling te treffen (maximumharmonisatie). De Afdeling adviseert hierom in overleg te treden met de Europese Commissie.

De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld. Zo is aangegeven dat Nederland reeds tijdens de totstandkoming van de richtlijn meerdere malen van de Europese Commissie bevestigd heeft gekregen dat de beloningsbepalingen in de richtlijn minimumharmonisatie zijn. Ook in de richtlijn zelf is niet vastgelegd dat sprake zou zijn van een uitputtende regeling.

b. Primair Unie-recht

De Afdeling geeft aan dat het voorstel op gespannen voet staat met het vrij verkeer van diensten en vestiging omdat ook ten aanzien van andere maatregelen dan het bonusplafond sprake kan zijn van een belemmering van het vrij verkeer.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is de toelichting aangevuld. Zo is in de toelichting eveneens uitgelegd waarom volgens het kabinet de regels over gegarandeerde variabele beloningen, maximering van de vertrekvergoeding en terugvordering en aanpassing, ondanks de belemmering voor het vrij verkeer, gerechtvaardigd zijn.

5. Artikel 1 van het Eerste Protocol

In de memorie van toelichting³⁸ wordt ten aanzien van het bonusplafond ingegaan op de verenigbaarheid van dit voorstel met het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EP), alsook artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, geregelde recht op ongestoord genot van eigendom.

De toelichting onderkent dat gemaakte salarisafspraken over variabele beloningen, indien sprake is van gewettigde verwachtingen, aan te merken zijn als toekomstige vorderingen op de werkgever, die naar verwachting door de nationale rechter en het EHRM zullen worden aangemerkt als eigendom in de zin van artikel 1 EP en artikel 17 van het Handvest. Wil een inmenging in eigendomsrechten rechtmatig zijn, dan moet voldaan worden aan bepaalde voorwaarden. Zo moet de inmenging een wettelijke basis hebben, een legitiem doel dienen dat past in het kader van het algemeen belang en proportioneel zijn.

De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat deze conclusie niet alleen geldt voor de maximering van de variabele beloning maar evenzeer voor bepalingen in bestaande overeenkomsten die vallen onder het verbod op een gegarandeerde variabele beloning, de maximering van de vertrekvergoeding en de regels ter zake van de (verplichte) terugvordering en

³⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 8b.

aanpassing van variabele beloningen.³⁹ Op dit punt is alsnog een beoordeling in het licht van artikel 1 EP en artikel 17 van het Handvest vereist.

De Afdeling verwijst voorts naar hetgeen zij hiervoor onder 2. heeft opgemerkt over de reikwijdte van het voorstel. Ten aanzien van de proportionaliteit wordt in de toelichting opgemerkt dat een bonusplafond van 20% nog mogelijkheden biedt voor redelijke variabele beloningen, maar excessen onmogelijk maakt. Dit wordt niet nader toegelicht. De Afdeling merkt vervolgens op dat het voorstel op een aantal andere onderdelen een volledig verbod op toekenning van een bepaalde beloningsvorm bevat. Zo mag ingevolge artikel 1:125, eerste lid, Wft in beginsel geen gegarandeerde variabele beloning worden toegekend en mag ingevolge artikel 1:126, eerste lid, onderdeel a, geen vertrekvergoeding worden toegekend indien de arbeidsrelatie voortijdig op verzoek van de rechthebbende wordt beëindigd, tenzij dit het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Voorts dient een onderneming ingevolge artikel 1:128, eerste lid, onderdeel c, een toegekende variabele beloning te verlagen indien de onderneming geringere of negatieve prestaties levert ten opzichte van de financiële resultaten van de voorgaande boekjaren. Hierbij is niet voorzien in enige beoordeling van de prestaties van de werknemer. Dit roept in het licht van de proportionaliteitsvragen op.

In de toelichting wordt ten slotte gewezen op de voorwaarde van een redelijke compensatie. De toelichting wijst op de overgangstermijn, opgenomen in artikel 1:114 Wft, waarin wordt bepaald dat het bonusplafond tot en met 31 december 2015 niet van toepassing is op de toekenning van variabele beloningen die voortvloeien uit een door een financiële onderneming voorafgaande aan 1 januari 2015 aangegane verplichting. Deze geeft ondernemingen de mogelijkheid om bestaande overeenkomsten en contracten aan te passen aan deze maatregel.

De Afdeling wijst er op dat voor de overige in de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.7 Wft voorgestelde maatregelen niet in overgangsrecht is voorzien. Bepalingen in bestaande overeenkomsten die bijvoorbeeld betrekking hebben op vertrekvergoedingen bij vrijwillig vertrek zijn daarmee na inwerkingtreding van het voorstel nietig. Een onderneming is na inwerkingtreding van het voorstel ingevolge artikel 1:128 ook verplicht een variabele beloning die is toegekend vóór inwerkingtreding van het voorstel te verlagen, indien de onderneming minder heeft gepresteerd dan het voorafgaande jaar. Voorts wijst de Afdeling op het hiervoor reeds besproken artikel 1:124, tweede lid, Wft waaruit een beperking kan volgen van de mogelijkheid om niet-toegestane variabele beloningen te compenseren met een verhoging van de vaste beloning. In het licht van het voorgaande bestaat naar het oordeel van de Afdeling spanning met de voorwaarde van de redelijke compensatie.

De Afdeling is in het licht van al het voorgaande van oordeel dat het voorstel, zoals het thans luidt op een aantal onderdelen, niet verenigbaar is met het in artikel 1 EP en artikel 17 van het Handvest beschermde recht op een ongestoord genot van eigendom. In ieder geval dient te worden voorzien in aanvullend overgangsrecht voor de beperkingen van de beloning anders dan de maximering van de variabele beloning. Voorts dient nader te worden gemotiveerd waarom de verschillende onderdelen

³⁹ Ten aanzien van de verplichte terugvordering en aanpassing van variabele beloningen geldt dit in ieder geval voor beloningen die voor inwerkingtreding van het voorstel zijn toegekend en wellicht ook zijn uitgekeerd en waarvoor op grond van het voorstel na inwerkingtreding de verplichting geldt deze te verlagen of terug te vorderen.

proportioneel zijn in het licht van het doel van het voorstel en dient duidelijkheid te worden geboden over de mogelijkheid om te voorzien in een redelijke compensatie. De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande nader te bezien.

5. Artikel 1 van het Eerste Protocol

De Afdeling is van oordeel dat het voorstel op onderdelen niet verenigbaar is met het in artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opgenomen recht op ongestoord genot van eigendom.

Het wetsvoorstel is aangepast en de memorie van toelichting is op dit punt aangevuld. Aan de regels over de maximering van de vertrekvergoeding is een overgangstermijn tot en met 1 juli 2015 toegevoegd voor vertrekvergoedingen die reeds voor 1 januari 2015 overeen zijn gekomen. Deze overgangstermijn is alleen van toepassing op de maximering van de hoogte van de vertrekvergoeding. Na die datum vallen zowel oude als nieuwe contracten onder de wettelijke maxima. Ten aanzien van het verbod op gegarandeerde variabele beloningen en de regels over terugvordering en aanpassing is geen wijziging aangebracht, en blijft sprake van onmiddellijke werking. In de toelichting is nader uiteen gezet welke belangenafweging het kabinet hierbij heeft gemaakt. Het kabinet zal zorgdragen voor tijdige aankondiging van de regels, voorafgaande en tijdens de parlementaire behandeling, zodat kenbaar en voorzienbaar is welke regels vanaf 1 januari 2015 van toepassing zullen zijn.

6. Terugvordering en aanpassing van variabele beloningen

De voorgestelde artikelen 1:127 en 1:128 Wft hebben betrekking op het terugvorderen of aanpassen van een toegekende variabele beloning door de financiële onderneming. Artikel 1:127 strekt er, kort gezegd, toe om de reikwijdte van de aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheid die in artikel 2:135 BW is opgenomen ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders van naamloze vennootschappen (NV) uit te breiden tot alle natuurlijke personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van financiële ondernemingen met zetel in Nederland, dochterondernemingen daarvan en de overige tot dezelfde groep behorende rechtspersonen en vennootschappen. Artikel 1:128 Wft bepaalt vervolgens onder meer dat de onderneming de hoogte van een aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid toegekende variabele beloning in ieder geval verlaagt, a. indien de persoon niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag, b. de persoon verantwoordelijk was voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de financiële positie van de onderneming aanmerkelijk is verslechterd of c. de onderneming geringere of negatieve prestaties levert ten opzichte van de financiële resultaten van de voorgaande boekjaren. Het derde lid bepaalt dat de onderneming een aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid uitgekeerde variabele beloning in ieder geval terugvordert, indien die persoon a. niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag; of b. verantwoordelijk was voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de positie van de onderneming aanmerkelijk is verslechterd.

Het voorstel grijpt ten aanzien van de verplichting om de variabele beloning te verlagen en een reeds uitgekeerde beloning terug te vorderen diepgaand in in de interne verhoudingen binnen de onderneming. Dit raakt aan de onderscheiden verantwoordelijkheid van het bestuur van de

financiële instelling enerzijds en de verantwoordelijkheid van de overheid anderzijds. De Afdeling heeft daar reeds eerder opmerkingen over gemaakt, zij verwijst daarnaar.⁴⁰

Met deze bepalingen worden de bepalingen uit de op 1 januari 2014 in werking getreden Wet van 11 december 2013 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 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, aangescherpt. De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat de aanscherping en uitbreiding in het onderhavige wetsvoorstel van de zo onlangs in werking getreden bovengenoemde wet niet nader wordt gemotiveerd. Wel wordt in de toelichting gewezen op artikel 94 van de Richtlijn kapitaalvereisten.⁴¹ De Afdeling wijst er op dat de bepalingen inzake de beloning in de Richtlijn kapitaalvereisten van toepassing zijn op een beperkte kring medewerkers en een beperkt aantal financiële ondernemingen. Een verwijzing naar deze richtlijn kan naar het oordeel van de Afdeling dan ook niet volstaan als motivering voor de voorgestelde veel verdergaande regeling.

De Afdeling wijst er vervolgens op dat ook de Richtlijn kapitaalvereisten niet zo ver gaat als thans wordt voorgesteld. Zo stelt de richtlijn dat een variabele beloning «in het algemeen» wordt verlaagd en vereist de richtlijn dat «indien de beloning prestatiegerelateerd is, het totale bedrag van de beloning gebaseerd is op een combinatie van de beoordeling van de prestaties van de betrokken persoon, de betrokken bedrijfseenheid en de resultaten van de instelling als geheel, en bij de beoordeling van persoonlijke prestaties zowel financiële als niet-financiële criteria worden gehanteerd».⁴² De Afdeling merkt op dat ten aanzien van de verplichting voor de onderneming om de bonus te verlagen indien de onderneming geringere of negatieve prestaties levert ten opzichte van de financiële resultaten van de voorgaande boekjaren geen verband bestaat met de prestaties van de betrokkene. Dit wordt in de toelichting ook uitdrukkelijk onderkend.⁴³ Het ligt naar het oordeel van de Afdeling niet voor de hand om de variabele beloning van een medewerker te verlagen indien de onderneming als geheel geringere resultaten heeft behaald terwijl de individuele prestaties van de medewerker de toegekende beloning rechtvaardigen. Dit geldt temeer indien de medewerker werkzaam is in een ondersteunende functie buiten het primaire proces en dus geen (mede)verantwoordelijkheid kan dragen voor de financiële resultaten van de onderneming.

⁴⁰ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 27 februari 2014 over de Wijzigingswet financiële markten 2015, W06.13.0468/III, n.n.g.

⁴¹ Daarin is in het eerste lid, onderdeel n, bepaald dat «de variabele beloning, inclusief het uitgestelde gedeelte, slechts wordt uitbetaald of verworven wanneer dit met de financiële toestand van de instelling in haar geheel te verenigen is en door de prestaties van de instelling, de bedrijfseenheid en het betrokken individu te rechtvaardigen is. Onverminderd de algemene beginselen van het nationale verbintenissen- en arbeidsrecht wordt de totale variabele beloning in het algemeen aanzienlijk verlaagd indien de instelling geringere of negatieve financiële prestaties levert, daarbij rekening houdend met zowel de huidige beloning als met de verlaging van uitbetalingen van eerder verdiende bedragen, onder meer door middel van malus- of terugvorderingsregelingen. Tot 100% van de totale variabele beloning is onderworpen aan malus- of terugvorderingsregelingen. De instellingen stellen specifieke criteria voor de toepassing van malus- en verrekeningsregelingen vast. De criteria betreffen met name situaties waarin het personeelslid: i) zich op een dusdanige manier heeft gedragen, of verantwoordelijk was voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de instelling aanmerkelijke verliezen heeft geleden; ii) niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag».

⁴² Artikel 94, eerste lid, onderdeel a.

⁴³ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:128.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt nader te bezien.

6. Terugvordering en aanpassing van variabele beloningen

De Afdeling adviseert het voorstel met betrekking tot de terugvordering en aanpassing van variabele beloningen nader te bezien. In onderdeel 2a van dit nader rapport is toegelicht waarom gekozen is voor een reikwijdte die ziet op alle ondernemingen die onderdeel zijn van de Nederlandse financiële sector. Ook met betrekking tot aanpassing en terugvordering van variabele beloningen geldt deze toelichting.

De Afdeling wijst op de reeds bestaande wetgeving met betrekking tot terugvordering en aanpassing van variabele beloningen. Deze bestaande wetgeving bevat bevoegdheden voor de raad van commissarissen om over te gaan tot terugvordering of aanpassing. In de praktijk is zichtbaar dat raden van commissarissen terughoudend zijn met het gebruik van dergelijke bevoegdheden, in het onderhavige wetsvoorstel worden, in plaats van bevoegdheden, verplichtingen tot aanpassing of terugvordering voorgesteld, waarop toezicht kan worden gehouden door de toezichthouders. Voor dergelijke verplichtingen is gekozen aangezien in artikel 94 van de richtlijn kapitaalvereisten voor banken en beleggingsondernemingen wordt bepaald dat zij aanpassings- en terugvorderingsbevoegdheden moeten vastleggen.

Wanneer een dergelijke bevoegdheid wordt vastgelegd tussen de onderneming en degene die werkt voor de onderneming, zou het enkele vastleggen naar de mening van het kabinet onvoldoende zijn ten aanzien van de financiële sector omdat de raad van commissarissen er in voorkomende gevallen voor kan kiezen om de bevoegdheid vervolgens niet toe te passen. Het kabinet kiest daarom voor een verplichting om dergelijke bevoegdheden toe te passen, zodat de toezichthouder juist op de effectiviteit van dergelijke vastleggingen kan toezien. Het wetsvoorstel bevat de verplichting om de toegekende variabele beloning te verlagen bij geringere of negatieve prestaties van de onderneming, ten opzichte van de financiële resultaten van de voorgaande boekjaren. De Afdeling is van mening dat een dergelijke verlaging van de variabele beloning niet voor de hand ligt als de individuele prestaties van de werknemer de variabele beloning rechtvaardigen.

De opmerkingen van de Afdeling op dit punt hebben aanleiding gegeven om de verplichting tot het aanpassen van variabele beloningen bij geringere of negatieve prestaties te schrappen.

7. Vertrekvergoeding

Het wetsvoorstel stelt in het voorgestelde artikel 1:126 Wft beperkingen aan de vertrekvergoeding. Ingevolge het eerste lid mag geen vertrekvergoeding worden uitgekeerd indien, kort gezegd, sprake is van vrijwillig vertrek, verwijtbaar tekortschieten van een persoon of falen van de onderneming. Ingevolge het tweede lid mag geen hogere vergoeding worden uitgekeerd dan de transitievergoeding uit het wetsvoorstel werk en zekerheid (die vergoeding bedraagt ten hoogste € 75.000, of wanneer het jaarsalaris hoger is dan € 75.000, niet meer dan 100% van de vaste beloning per jaar).

De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat het wetsvoorstel werk en zekerheid, anders dan het onderhavige voorstel, geen maximering van de hoogte van de vertrekvergoeding behelst. De genoemde normbedragen betreffen de vergoeding waarop een werknemer (ongeacht een eventueel overeengekomen ontslagvergoeding) een recht kan doen gelden bij

beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Het staat de werkgever en werknemer vrij een hogere vergoeding overeen te komen indien zij daarvoor aanleiding zien.

Het voorstel maakt een hogere vergoeding onmogelijk, ook wanneer de onderneming een vertrekvergoeding ter hoogte van één jaarsalaris kennelijk onredelijk acht.⁴⁴ Daarbij geldt de thans voorgestelde regeling niet slechts voor werknemers met een arbeidscontract, maar ook voor personen die op een andere basis voor een financiële onderneming werkzaamheden verrichten. Naar het oordeel van de Afdeling doet deze beperking, evenals in dezelfde zin het verbod op het toekennen van een vertrekvergoeding bij vrijwillig vertrek, afbreuk aan de mogelijkheden voor een onderneming en een medewerker om tot een voor beide partijen aanvaardbare beëindiging van de (arbeids- of andersoortige) overeenkomst te komen. Dit kan onnodig complicerend werken. Zo is een vrijwillig vertrek financieel onaantrekkelijk omdat geen verstrekvergoeding mag worden uitgekeerd. Daardoor zal op een onvrijwillig vertrek (moeten) worden aangestuurd. In dezelfde zin kan een persoon medewerking aan de beëindiging van een overeenkomst weigeren om zo te proberen via de rechter een hogere vergoeding af te dwingen terwijl de werkgever bereid zou zijn die hogere vergoeding toe te kennen om de overeenkomst op een voor beide partijen aanvaardbare wijze te beëindigen. Dit hoeft overigens niet noodzakelijk een ontslagvergoeding of «billijke vergoeding» in de zin van het wetsvoorstel werk en zekerheid te zijn. Het kan bijvoorbeeld ook gaan om een schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie in geval van een overeenkomst van opdracht. Beide partijen worden in dit geval gedwongen tot een juridische procedure die zij niet zouden willen voeren en die zonder het voorstel niet noodzakelijk zou zijn geweest. Dit lijkt een onwenselijke uitkomst van de voorgestelde regeling. De Afdeling adviseert de afwijking van de norm ten opzichte van de Wet werk en zekerheid toereikend te motiveren en het voorstel zo nodig aan te passen.

Nu de beperking van de vertrekvergoeding betrekking heeft op alle medewerkers in de financiële sector, raakt deze ook aan de overeenkomsten die in deze sector veelvuldig zijn gesloten met de vakorganisaties in de vorm van (vaak permanente) sociale plannen. De regeling raakt op dit punt derhalve ook aan de collectieve onderhandelingsvrijheid, zoals onder meer erkend in de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie en het Europees Sociaal Handvest. De Afdeling adviseert het voorstel ook op dit punt toereikend te motiveren en zo nodig aan te passen.

7. Vertrekvergoeding

De Afdeling geeft aan dat de in het wetsvoorstel opgenomen regels over de maximering van de hoogte van de vertrekvergoeding verder gaan dan de regels over de transitievergoeding in het Wetsvoorstel werk en zekerheid. Ook wijst de Afdeling er op dat de reikwijdte van het voorstel gevolgen kan hebben voor de vrijheid van vakorganisaties om te onderhandelen over onder meer sociale plannen. De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt toereikend te motiveren en zo nodig aan te passen.

De opmerkingen van de Afdeling zijn aanleiding geweest voor het kabinet om het voorstel aan te passen. Er is voor gekozen om het voorstel op dit punt terug te draaien naar de consultatieversie. Dit betekent dat de groep van personen vast wordt gesteld op personen die het dagelijks beleid van

⁴⁴ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 6.

de onderneming bepalen. Hiermee richt de maatregel zich op personen die binnen de onderneming belast zijn met een zekere mate van publiek gezag en wordt aangesloten bij een bestaand begrip uit de Wft.

8. Overige opmerkingen

a. Ingevolge het voorgestelde artikel 1:114, derde lid, Wft is de uitbreiding van de reikwijdte van het voorstel tot, kort gezegd, andere ondernemingen waarmee de financiële onderneming in een groep is verbonden niet van toepassing indien de hoofdactiviteiten van de groep niet bestaan uit het aanbieden van financiële producten, het verlenen van financiële diensten, het verlenen van beleggingsdiensten of het verrichten van beleggingsactiviteiten. Het voorstel geeft geen handvatten om te bepalen wanneer een groep geacht moet worden een andere hoofdactiviteit dan daar genoemd te verrichten. In de toelichting wordt opgemerkt: «De bepalingen of activiteiten hoofdzakelijk binnen de financiële sector worden verricht zal plaats moeten vinden in overleg met de toezichthouder. Daarbij zijn bijvoorbeeld omzet en de activiteiten waarop de werknemers gericht zijn van belang.»⁴⁵

De Afdeling is van oordeel dat de reikwijdte van een wettelijke regeling uit de wet en daarbij behorende toelichting moet blijken en niet afhankelijk kan zijn van het oordeel van een toezichthouder.

De Afdeling adviseert het voorstel en de toelichting aan te passen.

b. Ingevolge het voorgestelde artikel 1:123, eerste lid, Wft kan de financiële onderneming een persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid onder omstandigheden een hogere variabele beloning toekennen dan 20% van de vaste beloning. Daarvoor is toestemming van de toezichthouder vereist. In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat de toezichthouder er «in ieder geval» op zal toezien dat aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan.⁴⁶ Dit suggereert dat de toezichthouder ook op andere gronden dan hier genoemd goedkeuring zou kunnen onthouden. Nu dit uit het voorstel niet voortvloeit, adviseert de Afdeling de toelichting aan te passen.

c. Ingevolge het voorgestelde artikel 1:122, eerste lid, Wft bedraagt de variabele beloning die een financiële onderneming met zetel in Nederland toekent aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid, ten hoogste 20% van de vaste beloning van die persoon op jaarbasis. De toelichting vermeldt daarbij dat in het geval van een lange termijn variabele beloning die wordt toegekend en over verschillende jaren wordt uitgekeerd, het gaat om de hoogte van de totale lange termijn variabele beloning. Dit geldt ook wanneer sprake is van toegekende aandelen of andere instrumenten. De uiteindelijke uitkering dient qua financiële waarde gelijk te zijn aan de waarde die uitkering zou hebben gehad wanneer uitsluitend sprake zou zijn geweest van toekenning en uitkering in cash. Een stijging van aandelen of andere instrumenten dient bij uitkering dan ook te worden gecorrigeerd.⁴⁷

Dit leidt er toe dat in het geval een langetermijn-bonus in bijvoorbeeld aandelen wordt toegekend waarbij pas na enige tijd verzilvering kan plaatsvinden, een eventuele waardestijging van die aandelen zal moeten worden gecompenseerd door de ontvanger, als verzilvering leidt tot een beloning die meer bedraagt dan 20% van het vaste salaris ten tijde van de

⁴⁵ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 11.

⁴⁶ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:123.

⁴⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 5b.

toekenning van de bonus. De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan het doel van een langetermijnbeloning in aandelen, namelijk het motiveren van werknemers door perspectief te bieden op een stijging van de waarde van de aandelen. Zij wijst er vervolgens op dat de definitieve vaststelling van de beloning met deze regeling complex wordt, er kan immers gedurende enige jaren een verplichting tot verrekening bestaan. Het ligt daarbij voor de hand dat indien er geen «upside» voor de werknemer bestaat, deze tevens de «downside» zal willen afdekken. De toelichting gaat hierop niet in.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

d. Hierboven is reeds opgemerkt dat de maximering van de hoogte van een variabele beloning ook van toepassing is op uitgestelde beloningen. De Afdeling merkt op dat het voor de waardering van beloningen die pas op een latere datum worden uitgekeerd, noodzakelijk is de toekomstige waarde contant te maken. Hierop wordt in de toelichting niet ingegaan. De Afdeling wijst in dit verband op de mogelijkheid die artikel 94 van de richtlijn kapitaalsvereisten biedt om een disconteringsvoet voor te schrijven.

De Afdeling adviseert om de toelichting aan te vullen en het voorstel zo nodig aan te passen.

e. Ingevolge het voorgestelde artikel 1:125, eerste lid, Wft is het toekennen van gegarandeerde variabele beloningen verboden. Het tweede lid maakt daarop een uitzondering onder aantal voorwaarden, waaronder dat de onderneming over een gezond toetsingsvermogen, gezonde solvabiliteitsmarge of gezond eigen vermogen beschikt.

In het voorstel noch in de toelichting wordt gespecificeerd wat dient te worden verstaan onder «gezond». De toelichting vermeldt dat het aan de toezichthouders is om deze voorwaarde nader in te vullen.⁴⁸ De Afdeling is van oordeel dat in de tekst van het voorstel of in de toelichting nader dient te worden omschreven wanneer een onderneming geacht moet worden te beschikken over een gezond toetsingsvermogen, een gezonde solvabiliteitsmarge of een gezond eigen vermogen. Het ligt daarbij naar het oordeel van de Afdeling overigens in de rede aan te sluiten bij de wettelijke solvabiliteitseisen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

8. Overige opmerkingen

- a. De Afdeling geeft ten aanzien van de toelichting bij artikel 1:114, derde lid, aan dat naar haar oordeel uit de wet moet blijken wat de reikwijdte van een wettelijke regeling is, en dat niet dit afhankelijk kan zijn van het oordeel van een toezichthouder. Het kabinet deelt deze opvatting. Echter ziet het kabinet hier geen aanleiding om een nauwkeurig criterium te formuleren. Dit zou maatwerk onmogelijk maken. Ook tijdens de consultatie is niet gebleken dat de voorgestelde vormgeving onduidelijkheden met zich mee zou brengen. De toelichting is op dit punt uitgebreid, daarbij is ook aangegeven dat overleg met de toezichthouder plaats kan vinden, maar dat dit geen vereiste is.
- b. De Afdeling adviseert de toelichting aan te passen bij artikel 1:122, eerste lid. In deze toelichting was de passage «in ieder geval»

⁴⁸ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij artikel 1:125.

opgenomen, deze is naar aanleiding van het advies van de Afdeling verwijderd, waarmee duidelijk is dat geen additionele voorwaarden kunnen worden gesteld door de toezichthouder.

- c. Met betrekking tot het bonusplafond van artikel 1:121, eerste lid, wijst de Afdeling op de opmerking in de toelichting waarin is weergegeven dat bij financiële instrumenten ook op het moment van uitkering van de variabele beloning getoetst moet worden of de verhouding tussen de vaste en de variabele beloning niet boven de 20% uitgaat. Zoals de Afdeling terecht opmerkt, werkt dit complicerend bij variabele beloningen in financiële instrumenten die in waarde kunnen fluctueren als er redelijk wat tijd tussen toekenning en uitkering zit. De bedoeling van de passage over toetsing aan het bonusplafond op het moment van uitkering was gelegen in het voorkomen van constructies, zoals het toekennen van erg risicovolle financiële instrumenten die op het moment van toekenning alsnog behoorlijk boven het bonusplafond uit kunnen komen. Aangezien artikel 1:116 al de mogelijkheid biedt om op te treden tegen dergelijke ontwijkingsconstructies, is echter naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling de passage in de toelichting over toetsing aan het bonusplafond op het moment van uitkering van de bonus verwijderd. Er hoeft derhalve alleen op het moment van toekenning getoetst te worden of de variabele beloning niet meer dan 20% van de vaste beloning is.
- d. Zoals bij onderdeel c van dit nader rapport is toegelicht, hoeft alleen op het moment van toekenning te worden getoetst of de waarde van de variabele beloning niet hoger is dan de op grond van artikel 1:121 bepaalde verhouding van de vaste beloning. De waarde van de instrumenten op het moment van toekenning wordt daarbij getoetst, waardering bij uitkering is daarmee niet noodzakelijk. De Afdeling wijst tevens op de mogelijkheid om de disconteringsvoet te hanteren zoals opgenomen in artikel 94, tweede lid, onderdeel q, subonderdeel iii van de richtlijn kapitaalvereisten. Het kabinet heeft er voor gekozen om deze disconteringsvoet niet toe te passen omdat hiermee het maximale bonusplafond significant hoger komt te liggen. De door EBA voorgeschreven rekenmethode is vrij genereus en resulteert in een maximale variabele beloning van maximaal 220–230%. Dit acht het kabinet niet wenselijk.
- e. De Afdeling merkt naar aanleiding van artikel 1:124, tweede lid, waarin is bepaald onder welke voorwaarden een gegarandeerde variabele beloning mogelijk is, op dat de voorwaarde dat de onderneming over een gezond toetsingsvermogen, gezonde solvabiliteitsmarge of gezond eigen vermogen moet beschikken, nader toegelicht zou moeten worden. In de toelichting is naar aanleiding van het advies van de Afdeling verduidelijkt dat dient te worden uitgegaan van de wettelijke vereisten.

Aan de redactionele opmerkingen is aandacht besteed. Het begrip «rechtshandelingen» in artikel 1:116, derde lid, is niet gewijzigd. In de toelichting is nader verduidelijkt dat hier wordt bedoeld op het toekennen van beloningen en dat het begrip «rechtshandelingen» ook betrekking kan hebben op een overeenkomst die ten grondslag aan de toekenning of uitkering ligt (bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst). Het kabinet is het met de Afdeling eens dat een uitkering op zichzelf geen rechtshandeling is. Is een uitkering in strijd met de wet dan is de rechtshandeling die aan de uitkering ten grondslag ligt nietig, en kan de uitkering worden teruggevorderd op grond van onverschuldigde betaling wegens strijdigheid met de wet.

Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt om nog enkele aanpassingen aan te brengen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Zo is in het wetsvoorstel artikel 1:120 verplaatst naar artikel 1:117, vierde

lid. Hiermee komt de bevoegdheid voor de toezichthouders om nadere regels te stellen direct onder de norm voor ondernemingen om te beschikken over een beloningsbeleid te hangen.

9. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.14.0040/III

- In het voorgestelde artikel 1:116, derde lid, Wft «met de strekking van» schrappen.
- In het voorgestelde 1:116 Wft het gebruik van de term «rechtshandelingen» bezien, nu het toekennen en uitkeren van een beloning geen rechtshandeling maar een feitelijke handeling betreft.