

Financieel toezicht op beloningen

mr. drs. A.M. Helstone*

Inleiding

Toezicht op beloningen in de financiële sector is een actueel maatschappelijk thema. Als gevolg van de kredietcrisis en de maatschappelijke discussie over dit onderwerp zijn in de afgelopen jaren verschillende initiatieven genomen om variabele beloning binnen financiële ondernemingen te reguleren.¹ Ook de invloed van de financiële toezichthouder bij handhaving van de beloningsvoorschriften neemt toe. Dit artikel richt zich op de twee belangrijkste ontwikkelingen die tot wettelijke verankering van beloningsvoorschriften in de Wet financieel toezicht (Wft) hebben geleid. Tevens wordt stilgestaan bij de arbeidsrechtelijke impact hiervan.

De eerste ontwikkeling is de implementatie van de Europese kapitaalvereistenrichtlijn² (in de praktijk aangeduid als CRD III, hierna de Richtlijn) door middel van een toezichthouderregeling van DNB. Deze toezichthouderregeling is als onderdeel van de Wft per 1 januari 2011 geïncorporeerd in de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 (RBB).³ Met de beloningsregels van de RBB kan iedere werknemer in de financiële sector te maken krijgen. De beloningsregels zijn niet gebaseerd op arbeidsrechtelijke beginselen, maar bieden in de meeste gevallen wel de mogelijkheid voor de financiële toezichthouder maatregelen te nemen met een sterke arbeidsrechtelijke impact. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geven van een aanwijzing tot aanpassing of terugvordering van een bonus of het verbod tot uitkering van een bonus.

De tweede ontwikkeling betreft het verbod tot uitkering van bonussen aan bestuurders en dagelijks beleidsbepalers die werkzaam zijn voor staatsgesteunde financiële ondernemingen dat op 5 juni 2012 door de Eerste Kamer is aangenomen en op 20 juni 2012 in werking is getreden (het Bonusverbod).⁴ De beloningsregels van het Bonusverbod tonen de maatschappelijke drijfveren aan van de wetgever om tot in-

C. de Groot, 'Een beloningscode voor de financiële sector', *Onderneming en Financiering* 2010 (18) 3. Grapperhaus behandelt de restricties voor beloningen niet vanuit toezichtperspectief, maar op basis van de kernvraag of en in hoeverre het overheidsingrijpen in beloningen gerechtvaardigd is. Hij gaat daarbij tevens in op de verhouding van het overheidsingrijpen tot het eigendomsrecht van art. 1 Eerste Protocol EVRM: F.B.J. Grapperhaus, 'Over het ingrijpen in beloningen', *TRA* 2012/13. Het Tijdschrift voor Compliance wijdde eerder dit jaar een themanummer aan beheerst beloningsbeleid vanuit compliance perspectief in *TvCo* 2012-02.

2. Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid (*PbEU* L 329). Bijlage 1 van de Richtlijn bevat de beloningsvoorschriften die zijn geïmplementeerd in de RBB. Inmiddels is CRD IV in voorbereiding en zal deze richtlijn later dit jaar van kracht worden; naar verwachting zullen de aanpassingen hoofdzakelijk toezien op de kapitaalvereisten en geen materiële wijzigingen met zich brengen voor de beloningsvoorschriften. Een andere interessante ontwikkeling op beloningsgebied in de financiële sector is overigens de zogenaamde AIFM-richtlijn (Richtlijn 2011/61/EU) die specifiek van toepassing is op beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen. Deze richtlijn bevat beloningsrestricties die op dezelfde beginselen zijn gebaseerd als die van de Richtlijn. Voor 22 juli 2013 moet de AIFM-richtlijn zijn geïmplementeerd in nationale wetgeving. In Nederland is op 19 april 2012 een wetsvoorstel ingediend tot implementatie van de AIFM-richtlijn. Thans houdt de *European Securities and Markets Authority* (ESMA) een consultatie tot 27 september 2012 over de uitwerking van de beloningsregels van de AIFM-richtlijn. Zie hiervoor www.esma.europa.eu. Deze uitwerking van de beloningsregels door ESMA is vergelijkbaar met de richtsnoeren van het *Committee of European Banking Supervisors* d.d. 10 december 2010 die gelden voor de uitleg van de Richtlijn.
3. Regeling van De Nederlandsche Bank N.V., van 16 december 2010, houdende regels met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid van financiële ondernemingen (Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011), *Stcrt.* 2010, 20931.
4. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet financiële markten BES in verband met het invoeren van een aansprakelijkheidsbeperking voor de toezichthouders op de financiële markten (Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen), *Stcrt.* 2012, 289, behandeld tijdens de Algemene Financiële Beschoouwingen op 6 oktober 2011 en oorspronkelijk ingediend bij de Tweede Kamer op 26 oktober 2011 (*Kamerstuknummer* 33 058). De wijzigingen van het Bonusverbod zien op art. 1:112 Wft.

* Astrid Helstone is advocaat en partner bij Stibbe.

1. Zie voor literatuur over financieel toezicht op beloningen: C.M. Grundmann-van de Krol, 'Van invulling van principes door principes tot een publicatieplicht van het beloningsbeleid: het klantbelang als rechtvaardiging?', *Ondernemingsrecht* 2011/43, J. Kerkvliet, 'De Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 in de praktijk', *TOP* 2011-05, p. 191-194, E.L.M. van Kranenburg, B.T.A. Baldwin & E.P.M. Joosen, 'Wijzigingen in de Capital Requirements Directive (I)', *TOP* 2011-06, p. 247-252, E.L.M. van Kranenburg, B.T.A. Baldwin & E.P.M. Joosen, 'Wijzigingen in de Capital Requirements Directive (II)', *TOP* 2011-07, p. 273-277, en D.E.M. Kromwijk & W.J. Oostwouder, 'Do the European and Dutch Rules on Variable Remuneration of Financial Institutions Match and Can Remuneration Be Regulated on a European level?', *ECL* 2010-6, p. 238-245,

perking te komen van alle vormen van prestatiegerelateerde beloningen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers die werkzaam zijn bij staatsgesteunde financiële ondernemingen. De rechtvaardigingsgrond voor deze interventie wordt gebaseerd op de staatssteun en daarmee de bescherming van maatschappelijke belangen.⁵

Zowel de beloningsvoorschriften van de RBB als het Bonusverbod maken deel uit van de Wft. De handhavingsmogelijkheden en sancties van de financiële toezichthouder op grond van de Wft in geval van overtreding van deze beloningsvoorschriften moeten beslist niet worden onderschat. De Richtlijn stelt hiervoor dat maatregelen en sancties bij overtreding van de beloningsvoorschriften 'doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend'⁶ moeten zijn. Ook de bewijslast voor werkgevers in de financiële sector bij de handhaving van de beloningsvoorschriften is bepaald geen *sine cure*. Zo blijkt bijvoorbeeld uit een publicatie uit 2010 van DNB dat de toezichthouder in toenemende mate de bewijslast bij financiële ondernemingen legt als het gaat om de naleving van de Wft. Daarbij wijst DNB op de kritische houding die bij de uitoefening van toezicht zal worden ingenomen en dat geschillen daarom mogelijk vaker aan de rechter zullen worden voorgelegd.⁷ Overtreding van de Wft kan een economisch delict opleveren in de zin van de Wet op de economische delicten (WED). Schending van de beloningsvoorschriften van de RBB en het Bonusverbod kan daarom onder omstandigheden tot strafrechtelijke sancties leiden zoals beboeting en vervolging van de financiële onderneming en de zogenaamde feitelijk leidinggevendenden die hier werkzaam zijn.⁸ Het niet naleven van de beloningsvoorschriften heeft dus vergaande gevolgen voor de financiële onderneming.

De aard en omvang van deze sancties roepen de vraag op over de wijze waarop het financieel toezicht op beloningen doorwerkt in het arbeidsrecht. Uitgangspunt van de Richtlijn en de RBB is dat de beloningsvoorschriften geen afbreuk mogen doen aan het arbeids- en verbintenissenrecht.⁹ Daarbij moet worden bedacht dat het de financiële onderneming en niet de werknemer is die de normadressaat is van de RBB. Directe interventie van de toezichthouder in de arbeidsovereenkomst met een werknemer zal dus in beginsel niet mogelijk zijn. Indien financiële ondernemingen de beloningsregels vanuit het perspectief van financieel toezicht echter niet naleven door bijvoorbeeld bestaande contractuele afspraken met werknemers na te komen, kan dit vergaande gevolgen hebben voor hun rechtsverhouding met de toezichthouder.

De aard en omvang van de sancties zullen in ieder geval bij de belangenafweging in het arbeidsrechtelijke wijzigingsregime aan de orde moeten komen. Dit zal hierna worden aangetoond bij bespreking van de inhoud van de beloningsvoorschriften van de RBB en het Bonusverbod. Alvorens daarop in te gaan, wordt stilgestaan bij (i) de ontwikkeling van regulering van beloningen in de financiële sector en (ii) de wettelijke bevoegdheden van de financiële toezichthouder.

Ontwikkeling regulering van beloningen in de financiële sector

Het volgende valt op bij de ontwikkeling van de regulering van beloningen in de periode vanaf 2008.

In de eerste plaats waren beloningsregels in de financiële sector hoofdzakelijk gebaseerd op zelfregulering zoals in het geval van de Code Banken.¹⁰ Gezien het 'pas toe, leg uit'-

5. Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 5, p. 4 onder b: 'Het is daarom naar de mening van het kabinet gerechtvaardigd om in de gevallen waarin staatssteun wordt gegeven aan een financiële onderneming, deze gevolgen te laten doorwerken in de beloningen van degenen die het meest verantwoordelijk zijn voor de onderneming; haar bestuurders.'
6. Overweging 15 van de Richtlijn.
7. Van analyse naar actie. Plan van aanpak en cultuurverandering DNB, augustus 2010. Zie voor de bewijslast van financiële ondernemingen p. 7: 'Dit vereist van de toezichthouder dat hij of zij een kritische houding aanneemt en meer bewijslast bij de instellingen legt (convince me). Dit zal resulteren in frequentere discussies met instellingen over de interpretatie van de wet- en regelgeving en kan er toe leiden dat geschillen vaker aan de rechter worden voorgelegd.'
8. Een voorbeeld is bijvoorbeeld de algemene bevoegdheid van DNB om inlichtingen te vorderen van financiële ondernemingen (art. 1:74 Wft). Op grond van art. 1 lid 2 WED kan een schending van deze verplichting om inlichtingen te geven ex art. 1:74 Wft (voor beloningsvoorschriften kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het niet of niet op adequate wijze voldoen aan inlichtingen over bonussen en vertrekvergoedingen) een economisch delict in de zin van de WED opleveren. Op grond van art. 51 Sr kan in dergelijke gevallen vervolging worden ingesteld tegen feitelijk leidinggevendenden. Feitelijk leidinggevendenden hoeven niet formeel bestuurder of eigenaar van de rechtspersoon te zijn. Ook personen die ondergeschikt zijn aan het bestuur, kunnen dus als feitelijk leidinggevendende worden aangemerkt. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (bijvoorbeeld de zogenaamde *Slavenburg*-rechtspraak die over valsheid in geschrifte bij de Slavenburgbank handelde, zie onder meer HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321, m.nt. 't Hart en daarnaast ook het oudere arrest waar de zogenaamde *IJzerdraad*-criteria zijn geformuleerd in HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378) volgt dat van feitelijk leidinggeven sprake is als de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Onder deze omstandigheden wordt een functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te hebben bevorderd.
9. De volledige tekst van overweging 14 van de Richtlijn luidt als volgt: 'De bepalingen inzake beloningen mogen geen afbreuk doen aan de volledige uitoefening van de fundamentele rechten die door de Verdragen worden gegarandeerd, met name de bepalingen van artikel 153, lid 5, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), de algemene beginselen van nationaal overeenkomstenrecht en arbeidsrecht, aan toepasselijke wetgeving inzake rechten van aandeelhouders en de algemene verantwoordelijkheden van de bestuurs- en toezichtsorganen van de instelling in kwestie, noch aan de eventuele rechten van de sociale partners om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten en te bekrachtigen, overeenkomstig nationaal recht en gebruiken.'
10. Code Banken, zoals op 1 januari 2010 in werking getreden. De Monitoring Commissie Code Banken (zoals ingesteld door de Minister van Financiën en de Nederlandse Vereniging van Banken) houdt toezicht op de naleving van de Code Banken.

beginsel van deze initiatieven bleven sancties voor financiële ondernemingen bij niet-naleving beperkt. Zelfregulering heeft echter plaats gemaakt voor wettelijke regulering. Sinds 2011 gelden er steeds meer wettelijke restricties voor variabele beloningen bij financiële ondernemingen die ook zijn gesanctioneerd.

In de tweede plaats richtten de beloningsregels zich aanvankelijk hoofdzakelijk op bestuurders en dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen. Sinds 2011 is de personele reikwijdte van de beloningsregels in verdergaande mate opgerekt en gelden deze ook voor grote groepen werknemers van financiële ondernemingen. Sommige van de restricties voor beloningen gelden zelfs voor alle werknemers van financiële ondernemingen. Het zijn dus niet langer alleen de bestuurders en leden van het senior management die door de restricties voor beloningen worden geraakt; alle werknemers in de financiële sector kunnen met deze beloningsregels te maken krijgen.

In de derde plaats valt bij alle initiatieven op dat de mogelijkheid tot aanpassing en terugvordering van beloningen in de financiële sector in toenemende mate wordt gebaseerd op vennootschapsrechtelijke beginselen en die van de Wft. Daarbij zijn de rol en plaats van de interne toezichthouder (RvC) en de externe financiële toezichthouders (DNB en AFM) van essentieel belang. Een voorbeeld hiervan (naast de RBB en het Bonusverbod die nu wettelijk verankerd zijn) is het *claw-back* wetsvoorstel dat de aanpassing en terugvordering van variabele beloningen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen beoogt te regelen.¹¹ Aanpassing is gerechtvaardigd indien uitkering van variabele beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt dat deze onaanvaardbaarheidstoets dezelfde is als die uit art. 6:248 lid 2 BW. In de literatuur is al de nodige kritiek op deze toets van de aanpassingsbevoegdheid geleverd.¹² Voor terugvordering geldt dat dit (geheel of gedeeltelijk) mogelijk is voor zover uitbetaling hiervan heeft plaatsgevonden op grond van onjuiste informatie over het bereiken van de doelen die aan de bonus ten grondslag hebben gelegen of andere omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk is gesteld. Het *claw-back* wetsvoorstel is nog steeds aanhangig bij de Tweede Kamer.

Grondslag voor de wettelijke bevoegdheden van de financiële toezichthouder met betrekking tot beloningsvoorschriften

Het financieel toezicht in Nederland is verdeeld over twee toezichthouders: DNB en AFM (ook wel aangeduid in het financieel toezicht recht als het zogenoemde *Twin Peaks*-model).

Toezicht op beloningsvoorschriften als onderdeel van de kapitaalvereisten is op grond van de Wft toebedeeld aan DNB. Dat komt omdat de verantwoordelijkheid van DNB zich primair richt op het zogenoemde prudentieel toezicht. Dit toezicht dient te worden onderscheiden van het gedragstoezicht dat AFM uitoefent en richt zich op de soliditeit van financiële ondernemingen en de bijdrage aan de stabiliteit van de financiële sector.¹³ Op grond van de RBB en het Bonusverbod zijn beloningsvoorschriften onderdeel geworden van het toezicht van DNB op de kapitaalvereisten die gelden voor financiële ondernemingen. Deze bijdrage beperkt zich tot de beloningsvoorschriften die onderdeel uitmaken van het prudentieel toezicht van DNB.

Voor alle financiële ondernemingen die onder het prudentieel toezicht van DNB vallen, gelden op grond van de Wft regels voor een zogenoemde beheerste bedrijfsvoering. Hoofddregel is neergelegd in art. 3:17 lid 1 Wft, die inhoudt dat een financiële onderneming de bedrijfsvoering zodanig inricht dat daarmee een beheerste bedrijfsvoering is gewaarborgd. Het tweede lid van art. 3:17 Wft bepaalt vervolgens met betrekking tot de hoofddregel dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld. Daarnaast geldt op grond van art. 23 Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) een verplichting voor financiële ondernemingen om een adequaat beleid op het gebied van risicomanagement te voeren. Uit art. 23f lid 5 Bpr volgt dat DNB nadere regels kan stellen met betrekking tot beloningen voor financiële ondernemingen.

Sancties DNB bij overtreding van de beloningsvoorschriften van de RBB en het Bonusverbod

DNB beschikt op grond van de Wft over verschillende handhavingsinstrumenten bij het toezicht op de naleving van de beloningsvoorschriften van de RBB en het Bonusverbod. Zo kan DNB een aanwijzing geven (art. 1:75 Wft), een bestuurlijke boete opleggen van een basisbedrag ad € 500.000 waarbij een verdubbeling van dit bedrag kan worden opgelegd in geval van recidive (art. 1:80 Wft jo. art. 23 Bpr), tot publicatie van de overtreding overgaan of een zogenoemd normoverdragend gesprek voeren (art. 1:97 Wft). In de praktijk zullen bij overtredingen van beloningsvoorschriften de handhavingsinstrumenten van aanwijzingen en boetes naar verwachting het meest door DNB worden gebruikt. Afgezien van deze handhavingsinstrumenten van DNB dienen ook de strafrechtelijke sancties tegen feitelijk leidinggevend niet uit het oog te worden verloren bij overtreding van de wet. Hiervoor geldt dat vervolging kan worden ingesteld tegen diegenen die bevoegd waren en feitelijk leiding en uitvoering hebben gegeven bij de schending van wettelijke voorschriften. Feitelijk leidinggevend hoeven niet formeel bestuurder te zijn. Ook andere personen kunnen als feitelijk leidinggevend worden aangemerkt. Denkbaar is dat ook commissarissen hieronder kunnen vallen.

11. Wetsvoorstel wijziging van Boek 2 BW en de Wft in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 512, nr. 1-4). Zie hiervoor ook de recente beschouwingen van Lokin en Schild, 'De bonus belast: enige kritische kanttekeningen bij Tang/Ir-gang en het wetsvoorstel aanpassen en terugvorderen van bonussen', *Ondernemingsrecht* 2012/66.
12. Zie opnieuw onder meer Grapperhaus, *TRA* 2012/13.
13. Tot aan de herziening van de Wft heeft het Nederlandse financiële toezichtmodel zich ontwikkeld van een sectoraal model (zo hield DNB vroeger toezicht op de bancaire sector, de Pensioen- en Verzekeringskamer op de verzekeringssector en de Stichting Toezicht Effectenverkeer op de effectensector) tot het huidige *Twin Peaks*-model en de bijbehorende tweedeling in prudentieel en gedragstoezicht. In het buitenland wordt verschillend omgegaan met de organisatie van financieel toezicht; zo is het toezicht op banken in bijvoorbeeld Engeland losgekoppeld van de centrale bank en zijn de sectorale toezichthouders daar geïntegreerd in één financiële toezichthouder, de *Financial Services Authority*.

De beloningsvoorschriften van de RBB

Interpretatie en toepassingsbereik

Uitgangspunt voor de interpretatie van de beloningsvoorschriften van de RBB is dat DNB de richtlijnen van het *Committee of European Banking Supervisors*¹⁴ (CEBS Richtlijnen) d.d. 10 december 2010¹⁵ als leidraad gebruikt. Voor de praktijk vormen de CEBS-richtlijnen een nuttig naslagwerk; deze bieden een heldere uitleg van de beloningsvoorschriften van de Richtlijn aan de hand van praktische voorbeelden. De bijlagen van de CEBS-richtlijnen geven tevens een goed overzicht van de relevante beloningsvoorschriften.

Hierna wordt ingegaan op de reikwijdte van de RBB voor (i) de instellingen binnen de financiële sector (art. 1 RBB) en (ii) de groep werknemers, ten aanzien waarvan de beloningsvoorschriften in acht dienen te worden genomen (art. 3 RBB). Op grond van de Richtlijn vallen in beginsel alleen kredietinstellingen en beleggingsondernemingen onder het toepassingsbereik van de beloningsvoorschriften. Het toepassingsbereik van de RBB is echter groter dan de Richtlijn; ook verzekeraars, premiepensioeninstellingen en clearinginstellingen vallen hieronder. Daarmee wijkt het toepassingsbereik van de RBB sterk af van de implementatieregels van de Richtlijn in andere landen; voor zover tot nu toe valt na te gaan is Nederland de enige lidstaat waarin het toepassingsbereik is uitgebreid tot verzekeraars. Al deze financiële ondernemingen dienen te voldoen aan de beloningsvoorschriften op niveau van de groep, de moedermaatschappij en dochterondernemingen (art. 24 RBB).

Personele reikwijdte

De RBB maakt onderscheid tussen beloningsvoorschriften die gelden voor (i) het hele personeel en (ii) een groep werknemers die in de Richtlijn en de RBB is aangeduid als *Identified Staff*. Dit is een nieuw begrip dat in de Richtlijn is geïntroduceerd en verschilt van het begrip ‘dagelijks beleidsbepaler’ uit de Wft. Het kerncriterium voor de selectie van *Identified Staff* is dat het gaat om werknemers die (i) materieel het risicoprofiel beïnvloeden van de financiële onderneming (*risk takers*) of (ii) een beloningspakket verdienen dat gelijk aan of hoger is dan de beloning van de *risk takers* (art. 3 RBB).¹⁶ Het zijn de financiële ondernemingen zelf die primair verantwoordelijk zijn voor de selectie van *Identified Staff*. Over het algemeen behoren in ieder geval bestuurders tot de groep van *Identified Staff*.

Governance

De rol van de interne toezichthouder (in de regel: de RvC) is van cruciaal belang bij de handhaving van de beloningsvoorschriften van de RBB (art. 6 RBB); hij is verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van het beloningsbeleid en de interne naleving van de beloningsbeginselen dient regelmatig te worden getoetst. Feitelijk is de RvC verantwoordelijk voor het beloningsbeleid van alle medewerkers van de financiële onderneming; deze verantwoordelijkheid is dus niet alleen beperkt tot bestuurders. Niet-naleving van de beloningsvoorschriften van de RBB kan voor de RvC mogelijk gevolgen hebben in het licht van de geschiktheidstoetsing van DNB die per 1 juli 2012 ook voor leden van toezichthoudende organen zoals de RvC geldt. Deze geschiktheidstoetsing kent niet het principe van eenmalige toetsing.¹⁷ Deze geschiktheidstoetsing van commissarissen moet wor-

den onderscheiden van de *betrouwbaarheidstoetsing* die al voor medebeleidsbepalers zoals commissarissen gold. Het is niet ondenkbaar dat DNB de geschiktheidstoetsing van de RvC aan de orde stelt, als er aanwijzingen zijn dat de beloningsvoorschriften niet of onvolledig worden nagekomen.

Inhoud van de beloningsvoorschriften

Nu de beloningsvoorschriften onderdeel uitmaken van de kapitaalvereisten die gelden voor financiële ondernemingen, hanteert de RBB hoofdzakelijk begrippen uit de Wft. Het principe dat ten grondslag ligt aan de beloningsvoorschriften is de afstemming van de persoonlijke doelstellingen van de medewerkers op de lange termijn belangen van de financiële onderneming. Daarbij staat de waarborg van de kapitaaltoereikendheidseisen voorop zoals het beginsel dat vereist dat ‘de totale variabele beloning niet haar mogelijkheden beperkt om haar toetsingsvermogen, de solvabiliteitsmarge of het eigen vermogen te versterken’ (art. 12 RBB). Naast variabele beloning moet ook het pensioenbeleid worden afgestemd op de lange termijn belangen van de onderneming (art. 21 RBB). Het is verboden methoden toe te passen die de beloningsvoorschriften van de RBB zouden kunnen ondermijnen (art. 23 RBB).

Identified Staff

Uitgangspunt voor de beloningsvoorschriften voor *Identified Staff* is een evenwichtige verdeling tussen de vaste en variabele componenten van de totale beloning. Een passende verhouding is vereist zodat geen onnodige risico's door de betreffende medewerkers worden genomen. Het belang dat wordt gehecht aan de financiële stabiliteit op de langere termijn komt tot uitdrukking in de eis dat tussen de 40% en de 60% van iedere bonus over drie tot vijf jaar moet worden gespreid. Indien sprake is van een ‘bijzonder hoog bedrag’,

14. Thans: European Banking Authority (EBA).
15. CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices d.d. 10 december 2010, www.eba.europa.eu. Deze zullen naar verwachting later dit jaar worden aangepast.
16. DNB publiceerde op 26 mei 2011 aanvullende *guidance* voor de analyse van *Identified Staff* ‘*Identified Staff voor de toepassing van beheerst beloningsbeleid*’, www.dnb.nl (open boek toezicht).
17. Zie hiervoor ook de Beleidsregel Deskundigheid 2011 van DNB en AFM; die legt de criteria van de toezichthouders vast voor de deskundigheidstoets en de gegevens en antecedenten die hiervoor noodzakelijk zijn. Door invoering van de eis voor de commissarissen per 1 juli 2012 is het begrip ‘deskundigheid’ vervangen door ‘geschiktheid’. Daarmee beoogt de toezichthouder te verduidelijken dat geschiktheid een ander begrip is dan deskundigheid. Iemand kan bijvoorbeeld deskundig zijn maar weinig beschikbaar. In dat geval zal iemand in de regel niet geschikt worden geacht voor de functie van commissaris. Zie hiervoor ook www.dnb.nl (open boek toezicht). Commissarissen die al in functie zijn en dus nog niet eerder getoetst op geschiktheid, moeten bij de eerste herbenoeming of uiterlijk 1 januari 2016 zijn getoetst op geschiktheid. Bij de geschiktheidstoetsing wordt de RvC als geheel beoordeeld om te waarborgen dat de onderlinge competenties van iedere individuele commissaris evenwichtig binnen de RvC zijn verdeeld. DNB hanteert hiervoor een zogenaamde geschiktheidsmatrix van de RvC als geheel.

is zelfs spreiding van de bonus voor een percentage van 60 geboden (art. 19 RBB). Er wordt geen toelichting gegeven van hetgeen als 'hoog' heeft te gelden; het gaat hier dus om een open norm die achteraf door DNB kan worden ingevuld. In de praktijk zal dit vereiste, gelet op de ratio van de RBB, betekenen dat de beoordeling van een 'bijzonder hoog bedrag' door DNB niet alleen zal worden vastgesteld aan de hand van de solvabiliteit van een financiële onderneming, maar ook aan de hand van de verhouding tot de vaste beloning. Daarnaast dient minimaal 50% van de totale variabele beloning te worden betaald in aandelen; het andere deel kan contant worden uitbetaald (art. 18 RBB). Voor niet-beursgenoteerde instellingen geldt dat vergelijkbare niet-liquide instrumenten dienen te worden gebruikt om aan dit vereiste te voldoen. In de praktijk worden hiervoor door niet-beursgenoteerde instellingen vaak zogenoemde prestatiecertificaten gebruikt, op basis van een waarderinggrondslag. Op deze manier fluctueren de prestatiecertificaten op eenzelfde manier in waarde als aandelen.

Voorts is van belang dat uitbetaling van bonussen afhankelijk wordt gesteld van de financiële staat van de onderneming. De bonus, ook het gedeelte dat over drie tot vijf jaar moet worden uitgesteld, mag uiteindelijk alleen worden uitbetaald als dat met de financiële toestand van de onderneming in haar geheel is te verenigen en kan worden gerechtvaardigd door de prestaties van (a) de onderneming, (b) de bedrijfseenheid of afdeling en (c) de individuele werknemer (art. 20 RBB).

Daarbij geldt dat de totale variabele beloning moet worden verlaagd of teruggevorderd als de onderneming geringere of negatieve prestaties levert. Hiervoor moet gebruik worden gemaakt van *malus* en *claw-back*-regelingen (art. 20 RBB). Die moeten in de praktijk contractueel worden vastgelegd. Voor aanpassing geldt het normale arbeidsrechtelijke wijzigingsregime. Dat wil zeggen dat aanpassing in beginsel alleen zal kunnen worden geëffectueerd door middel van (i) een beroep op goed werknemerschap ex art. 7:611 BW,¹⁸ (ii) een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst (art. 7:613 BW), (iii) de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW, of (iv) onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW. De rechtspraak van de afgelopen jaren laat zien dat een beroep op een wijzigingsgrondslag bepaald niet eenvoudig is en dat de kredietcrisis, staatsinterventie of maatschappelijke verontwaardiging over bonussen en ontslagvergoedingen geen wijziging rechtvaardigen.¹⁹ Anders dan in deze rechtspraak gaat het hier echter om een verplichting van de werkgever tot naleving van de wettelijke beloningsvoorschriften omdat zijn onderneming onder financieel toezicht staat. Dat rechtvaardigt een andere toets die naar verwachting vaker ten gunste van de werkgever zal uitvallen binnen het wijzigingsregime. Het niet voldoen aan de aanwijzingen van DNB heeft immers, zoals hierboven al genoemd, vergaande gevolgen voor de onderneming van de werkgever. Niet-naleving van de beloningsvoorschriften kan er zelfs toe leiden dat het functioneren van de onderneming in gevaar wordt gebracht. Zo kunnen op grond van de WED nog aanvullende sancties worden opgelegd ter zake van economische delicten zoals gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming (art. 7 WED). Daarnaast is er dan nog de positie van de RvC die in diskrediet kan worden gebracht door de herbeoordeling van de deskundigheidstoetsing van DNB.²⁰

Gelet op de ernst en de aard van de hierboven genoemde sancties, zal het belang van de naleving van de wettelijke verplichtingen van de RBB als onderdeel van de Wft zwaar moeten wegen in de beoordeling of een aanpassing van beloning afdwingbaar is. Dat zal over het algemeen een zwaarwegend belang zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid prevaleert boven het belang van de werknemer ex art. 7:613 BW en een belangrijke afweging bij de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW.

Alle werknemers

De belangrijkste beloningsbeginselen die voor alle werknemers gelden, zien toe op (i) een verbod tot gegarandeerde beloningen (art. 13 RBB) en op (ii) het vereiste dat een ontslagvergoeding alleen mag worden uitgekeerd indien deze samenhangt met in de loop der tijd geleverde prestaties en zodanig is vormgegeven dat falen niet wordt beloond (art. 16 RBB).

Het verbod tot gegarandeerde beloning geldt niet wanneer deze tijdens het eerste jaar van indiensttreding met nieuwe medewerkers wordt overeengekomen (art. 13 RBB).²¹ Hierbij valt te denken aan zogenaamde *sign-on*-bonussen die bij aanvang van het dienstverband worden overeengekomen voor het eerste jaar van indiensttreding. Dergelijke afspraken zijn in beginsel toegestaan. Andere vormen van gegarandeerde bonussen die na het eerste jaar van indiensttreding worden overeengekomen (al of niet over meerdere jaren verspreid), zijn verboden. Ook hier dient te worden gememoreerd dat de Richtlijn als uitgangspunt neemt dat de beloningsbeginselen geen afbreuk mogen doen aan arbeidsrechtelijke beginselen 'noch aan de eventuele rechten van de sociale partners om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten en te bekrachtigen, overeenkomstig nationaal recht en gebruiken'.²² Daarbij geldt onverkort dat de beloningsvoorschriften zich uitsluitend richten tot de financiële ondernemingen en niet tot de werknemers of tot de sociale partners. Gelet op het dwingende karakter van de beloningsvoorschriften van de RBB, brengt een redelijke uitleg met zich mee dat de arbeidsrechtelijke beginselen van de

18. Zie hiervoor ook *Stoof/Mammoet*, HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.
19. *Pacta sunt servanda* blijft hiervoor het leidend beginsel; een beroep op gewijzigde omstandigheden zal niet lichtvaardig door de rechter worden gehonoreerd. Zie hiervoor Hof Amsterdam 28 september 2010, *LJN* BN8464, BN8830, BN9767, BO0027 en BO0843 (*ABN Amro*).
20. Overigens is het in de praktijk moeilijk denkbaar dat dergelijke sancties afdwingbaar zouden zijn als wijziging op grond van het arbeidsrechtelijke regime niet mogelijk is.
21. Zie hiervoor ook Richtlijn 69 van de CEBS Guidelines: 'Guaranteed variable remuneration can take several forms such as a "guaranteed bonus", "welcome bonus", "sign on bonus", "minimum bonus" etc. and can be granted either in cash or in instruments. These practices can only be allowed in so far as they remain within the remit of the provisions of the directive: they should be applicable only for the first year of employment and in the context of hiring new staff. Institutions will no longer be able to guarantee multi-year variable remuneration over, for example, two or three years.'
22. Zie hiervoor opnieuw overweging 14 van de considerans van de Richtlijn.

Richtlijn dienen te worden gerespecteerd voor zover het gaat om bestaande rechten die bij cao zijn geregeld. Vaak gaat het in cao's bijvoorbeeld om prestatiebonussen die gegarandeerd zijn of waarvoor een ondergrens is gegarandeerd. De praktijk laat zien dat DNB sinds de inwerkingtreding van de RBB als overgangsmaatregel over het algemeen lijkt toe te staan dat bestaande cao-afspraken die in strijd zijn met de RBB worden gehonoreerd voor de resterende looptijd. Bij verlenging van cao's dienen deze afspraken dan in lijn te worden gebracht met de RBB.

Het vereiste in art. 16 RBB voor de ontslagvergoeding roept vanuit arbeidsrechtelijk perspectief de nodige vragen op, met name omdat zowel de RBB als de toelichting bij de RBB geen enkele keer verwijzen naar de Kantonrechttersformule en de berekeningsmethode hiervan. Het is dus onduidelijk of DNB zich bij het toezicht op de naleving zal laten leiden door de richtlijnen van de Kantonrechttersformule. De uitgangspunten van de Kantonrechttersformule zullen hier echter niet zomaar opzij kunnen worden gezet door de toezichtregels.

Art. 16 RBB zal dus zo moeten worden uitgelegd dat DNB alleen zal kunnen ingrijpen ingeval bijvoorbeeld een excessieve ontslagvergoeding wordt betaald aan een medewerker die aantoonbaar slecht heeft gefunctioneerd. Contractuele afspraken over ontslagvergoedingen zullen verder in beginsel gewoon moeten worden nagekomen.²³ In de praktijk zal dit betekenen dat DNB pas achteraf zal kunnen interveniëren als de afspraken over de ontslagvergoeding al zijn gemaakt. Mogelijk wordt vanuit toezichtperspectief dan een sanctie aan de financiële onderneming opgelegd zoals een aanwijzing of boete.

In deze gevallen zal de civiele arbeidsrechter nog steeds de mogelijkheid hebben een zelfstandig oordeel te geven over de nakoming van een afspraak over een contractuele ontslagvergoeding, ook als DNB van oordeel zou zijn dat deze afspraak niet had mogen worden gemaakt. Het toezichtvereiste van de RBB dat de ontslagvergoeding in lijn moet zijn met de geleverde prestaties waarbij falen niet mag worden beloond zal dan weliswaar van belang zijn bij de beoordeling, maar niet doorslaggevend. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief zal de mate waarin de noodzaak van het ontslag aan een werknemer valt toe te rekenen moeten worden afgewogen. De mate van verwijtbaarheid en de uitgangspunten van de Kantonrechttersformule bij bepaling van de correctiefactor zullen dan nog steeds leidend zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat sprake is van disfunctioneren dat wordt veroorzaakt door omstandigheden die niet (volledig) zijn toe te rekenen aan een werknemer. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een verschil van inzicht of om persoonlijke omstandigheden die het disfunctioneren veroorzaken. Weliswaar zijn de geleverde prestaties dan ondermaats, maar kunnen omstandigheden zoals de lengte van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer of zijn arbeidsmarktpositie nog steeds bij de hoogte van de ontslagvergoeding van belang zijn. In dat geval is toepassing van een correctiefactor $c=1$ of hoger niet uitgesloten.

Jaarlijkse verplichting tot openbaarmaking beloningsbeleid ten aanzien van Identified Staff

Tot slot wordt hier nog de jaarlijkse verplichting tot openbaarmaking van het beloningsbeleid ten aanzien van *Identified Staff* genoemd (art. 25 RBB). Er gelden geen bijzondere vereisten voor de plaats en het tijdstip van openbaarmaking;

in de praktijk is sinds de inwerkingtreding van de RBB meestal gebruik gemaakt van openbaarmaking in het jaarverslag.

Het Bonusverbod

Duur en verbod tot compensatie

Het Bonusverbod regelt dat financiële ondernemingen²⁴ niet langer variabele beloningen toekennen of uitkeren aan bestuurders of dagelijks beleidsbepalers wanneer en zolang zij staatssteun²⁵ ontvangen.

Gedurende de periode dat een financiële onderneming staatssteun ontvangt, is het niet toegestaan variabele beloningen toe te kennen of uit te betalen. Op grond van de wet geldt een ruime uitleg voor het begrip 'variabele beloningen'; alle vormen van prestatiegerelateerde beloningen vallen onder het toepassingsbereik. Uit de wetsgeschiedenis van het Bonusverbod volgt dat *vergoedingen* die door de rechter worden toegekend, bijvoorbeeld ontslagvergoedingen, niet onder het begrip 'variabele beloning' van de wet vallen. Concreet komt het er dus op neer dat aanspraken op vergoedingen, inclusief ontslagvergoedingen, ongeacht of deze voorafgaand of tijdens de periode van staatssteun zijn toegekend, kunnen worden afgedwongen via de rechter.²⁶ Nu het Bonusverbod deze ruimte openlaat, zal de rechter ook tijdens de periode van staatssteun in beginsel een zelfstandige beoordeling kunnen geven over de aanspraak van een ontslagvergoeding. De ratio van het Bonusverbod, *i.e.* de waarborging van de financiële stabiliteit, zal wel een rol kunnen spelen bij de hoogte van de ontslagvergoeding; matiging hiervan zal bijvoorbeeld gerechtvaardigd kunnen zijn indien sprake is van deplorabele financiële omstandigheden. Voor de goede orde: naast het Bonusverbod blijven de beloningsregels van de RBB ook tijdens de periode van staats-

23. Zie hiervoor ook: Hof Amsterdam 28 september 2010, *LJN* BN8464, BN8830, BN9767, BO0027 en BO0843 (*ABN Amro*).

24. Het Bonusverbod richt zich op financiële ondernemingen zoals bedoeld in art. 1:1 Wft die staatssteun ontvangen. Het begrip 'financiële ondernemingen' zoals hier bedoeld is nog ruimer dan dat van de RBB; ook beheerders en andere financiële instellingen vallen hieronder.

25. Onder het begrip 'staatssteun' vallen alle vormen van maatregelen waarvan financiële ondernemingen gebruik maken in verband met het bevorderen van financiële stabiliteit.

26. Zie hiervoor opnieuw *Kamerstukken II* 2011/12, 33 058, nr. 5, p. 7. Voor de goede orde: het voeren van een pro forma ontbindingsprocedure onder toekenning van een ontslagvergoeding zal naar verwachting geen stand houden onder toezicht van DNB. De wetsgeschiedenis van het Bonusverbod bepaalt duidelijk dat ontwijkingsmethoden niet zijn toegestaan. Daarnaast is het verbod op ontwijkingsmethoden van art. 23 RBB hier van belang: de beloningsvoorschriften van de RBB mogen niet worden ondermijnd door 'vehikels of methoden die het mogelijk maken de bepalingen in deze regeling te ontwijken'. Zo noemt de nota van wijziging bijvoorbeeld ook expliciet dat beloningen niet tijdelijk door een ander deel van het concern mogen worden betaald. Zo worden ontwijkingsinstructies zoals het tijdelijk in dienst nemen van de bestuurder bij een buitenlandse dochtervennootschap tegengegaan.

steun onverkort van kracht. Bij de hoogte van de ontslagvergoeding zal dus ook het vereiste van artikel 16 RBB moeten worden afgewogen. Dit vereiste is, zoals hier al eerder uiteengezet, weliswaar niet doorslaggevend maar zal wel moeten worden afgewogen met inachtneming van de normale arbeidsrechtelijke beginselen van de Kantonrechttersformule. Na afloop van de periode van staatssteun kunnen opnieuw variabele beloningen worden toegekend met dien verstande dat deze uitsluitend betrekking mogen hebben op prestaties uit de periode *na* afloop van de staatssteun. Op grond hiervan is het dus niet mogelijk tijdens de periode van staatssteun op voorhand afspraken te maken over variabele beloning die wordt toegekend of uitgekeerd na afloop van de periode van staatssteun; dergelijke afspraken zijn nietig. Voor de praktijk is dit verbod met name van belang voor afspraken over retentiebonussen die worden gemaakt voor de periode van staatssteun. Daarnaast is een compensatie voor het wegvallen van de aanspraken op variabele beloning van bestuurders niet toegestaan gedurende de periode dat staatssteun wordt genoten. Hierbij moet ook worden gedacht aan een uitruil voor beloningen in natura (bijvoorbeeld een lease auto).²⁷

Personele reikwijdte

Het Bonusverbod geldt in ieder geval voor bestuurders van financiële ondernemingen die voorafgaand aan 6 oktober 2011 staatssteun ontvingen. Als gevolg van een amendement van Plasterk en Irrgang²⁸ vallen ook dagelijks beleidsbepalers onder de reikwijdte van het Bonusverbod, echter uitsluitend voor zover zij werkzaam zijn bij een financiële onderneming waaraan voor 7 februari 2012 staatssteun was verleend en nieuwe staatssteun is verleend op een tijdstip na 7 februari 2012. Het amendement heeft dus geen gevolgen voor dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen aan wie vóór 7 februari 2012 reeds staatssteun was verleend.

Overgangsmaatregel

De peildatum voor de toepassing van het Bonusverbod op bestuurders is 26 oktober 2011 (de datum van indiening van het wetsvoorstel over het Bonusverbod).²⁹ Variabele beloning die voorafgaand aan 26 oktober 2011 was toegekend aan bestuurders, kan nog wel gedurende de periode van staatssteun worden uitgekeerd. De peildatum voor de toepassing op het Bonusverbod op dagelijks beleidsbepalers is (in verband met het amendement van Plasterk en Irrgang) 7 februari 2012. Variabele beloning die formeel is toegekend voorafgaand aan deze datum valt buiten de werkingsfeer van het Bonusverbod. Het moet dan gaan om een formele *toekenning*; in de praktijk zal de toekenning van een prestatiebonus in de regel pas plaatsvinden in het jaar na afloop van het jaar waarin de prestaties moeten zijn verricht.³⁰ Voor de bonus over 2011 geldt dan ook dat het niet aanneemelijk zal zijn dat deze al voorafgaand aan 26 oktober 2011 zal zijn toegekend; de beoordeling of aan de prestatiecriteria is voldaan, zal immers pas na afloop van het prestatiejaar in 2012 plaatsvinden.

Vaste beloning

Voor de vaste beloning geldt het volgende. Tot de datum van inwerkingtreding was een eenmalige vaste salarisstijging met een maximum van 20% toegestaan, voor zover dit paste binnen het bestaande beloningsbeleid. In de praktijk hebben

diverse financiële ondernemingen hiervan gebruik gemaakt. Sinds de inwerkingtreding van het Bonusverbod is een vaste salarisstijging uitsluitend toegestaan voor zover deze vaste salarisstijging ook aan de rest van het personeel van de financiële onderneming wordt toegekend. Hier zal het in ieder geval gaan om een salarisstijging die bijvoorbeeld volgt uit de Algemene Bank CAO.

Toezicht op de naleving van het Bonusverbod

Voor het interne toezicht op de naleving van het Bonusverbod geldt dat, evenals bij de RBB, de RvC als interne toezichthouder een cruciale rol vervult. Tegen die achtergrond zal DNB ook hier de mogelijkheid hebben om de rol van commissarissen bij de handhaving van het Bonusverbod bij de beoordeling van de geschiktheidstoetsing van commissarissen aan de orde te stellen. Op deze wijze bestaat er een extra waarborg voor de naleving van het Bonusverbod. De praktijk laat zien dat commissarissen, nog afgezien van de blootstelling aan de herbeoordeling van de geschiktheidstoetsing, reputatieschade vrezen.

Conclusie

Restricties voor beloningen in de financiële sector gelden niet langer alleen voor bestuurders en leden van het senior management van financiële ondernemingen. Iedere werknemer in de financiële sector kan hiermee te maken krijgen. Dat biedt een nieuwe horizon voor arbeidsrechtjuristen. De beloningsvoorschriften van de RBB en het Bonusverbod geven een nieuwe betekenis en dimensie aan de arbeidsrechtpraktijk: bij de beoordeling van een bonusplan of ontslagvergoeding van een financiële onderneming volstaat een arbeidsrechtelijke beoordeling niet langer. Tevens zal de nodige aandacht moeten worden besteed aan een grondige analyse van de beloningsvoorschriften van de Wft. Daarbij zal een goede afweging moeten worden gemaakt van de mogelijke sancties vanuit het perspectief van het financieel toezicht voor de onderneming van de werkgever. Met name voor het arbeidsrechtelijke wijzigingsregime zullen deze belangen zorgvuldig moeten worden afgewogen en de rechtvaardigingsgrond voor de wijziging mogelijk vaker ten gunste van de werkgever uitvallen. De komende jaren zullen moeten uitwijzen hoe de civiele arbeidsrechter zal reageren op aanwijzingen en oordelen van de financiële toezichthouders en vice versa.

27. Zie hiervoor opnieuw *Kamerstukken II 2011/12*, 33 058, nr. 5, p. 7.

28. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 058, nr. 16.

29. Voor alle duidelijkheid: het Bonusverbod maakt voor *bestuurders* onderscheid tussen het tijdstip waarop staatssteun werd genoten (voorafgaand aan 6 oktober 2011, de datum van de Algemene Financiële Beschouwingen) en de datum die bepalend is voor het overgangsrecht (alle variabele beloningen die voorafgaand aan 26 oktober 2011 zijn toegekend kunnen nog steeds worden uitgekeerd).

30. In de praktijk vindt vaststelling van de bonus en het behalen van de gestelde prestatiedoelen plaats in de periode tussen maart en mei van een kalenderjaar, voorafgaand aan de vaststelling van de jaarrekening en het verslag over de remuneratie van bestuurders.