

Een bonusplafond van 100% voor Brexit-instellingen?

mr. C.F.J. van Tuyll en mr. M. Hoofiën¹

1. Inleiding

Met de financiële crisis vers in het geheugen en politieke eensgezindheid over het feit dat de financiële sector voor een groot deel schuldig was aan deze crisis, is in 2015 de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen aangenomen (inmiddels opgenomen in hoofdstuk 1.7 van de Wet op het financieel toezicht, de Wft). Deze wet heeft tot forse aanscherpingen geleid van het door financiële ondernemingen te voeren beloningsbeleid, daaronder begrepen de invoering van een bonusplafond van 20% van het vaste salaris.² Op dit 20% bonusplafond zijn overigens enkele uitzonderingen van toepassing die een hoger bonusplafond mogelijk maken.³

Destijds zijn in de Staten-Generaal diverse vragen gesteld over de effecten van het strenge beloningsbeleid op het vestigingsklimaat, maar dit heeft niet tot aanpassingen in het wetsvoorstel geleid.⁴ Met de Brexit hield men op dat moment logischerwijs geen rekening. De Brexit biedt kansen voor Nederland als vestigingsplaats omdat, kort gezegd, een financiële onderneming een zetel in de EER dient te hebben om binnen de hele EER financiële producten te mogen aanbieden (het zogeheten Europese paspoort).

Hoewel Nederland relatief goed op de kaart staat vanwege de sterke infrastructuur, het stabiele politieke klimaat, de aanwezigheid van veel internationale bedrijven en personeel, alsmede de open economie, waren medio 2016 de eerste geluiden te horen dat het bonusplafond van 20% Nederland parten leek te spelen bij de overwegingen van fi-

nanciële ondernemingen om zich na de Brexit hier te vestigen.⁵ Daarop hebben eerst premier Rutte⁶ en vervolgens Minister van Financiën Dijsselbloem zich genoodzaakt gezien sussende woorden uit te spreken over de impact en het toepassingsbereik van het bonusplafond. Dijsselbloem heeft daarbij aangegeven dat er een uitzondering op het 20% bonusplafond van toepassing is, aangezien deze niet geldt 'voor internationale concerns die vanuit Nederland werken'.⁷ Een goed verstaander begreep dat Dijsselbloem daarmee doelde op de zogenoemde 'Aegon'-exceptie van art. 1:121 (5) Wft, die onder omstandigheden een bonusplafond van 100% toestaat voor personeel werkzaam voor de Nederlandse moedermaatschappij van een internationaal opererende financiële groep, ongeacht of dit personeel in Nederland of in het buitenland werkzaam is (de Exceptie).

Het probleem is echter dat deze Exceptie zoals de naam al aangeeft geschreven is voor Aegon, een Nederlands financieel conglomeraat met sinds jaar en dag het hoofdkantoor in Nederland en met grote operaties in hoofdzakelijk de Verenigde Staten.⁸ Adviseurs vroegen zich dan ook af of typische Britse financiële instellingen, zoals de grote Amerikaanse *investment banks*, door de stringente eisen van art. 1:121 (5) Wft überhaupt zouden kunnen

1. Constant van Tuyll van Serooskerken is advocaat financieel arbeidsrecht & beloningsbeleid bij Van Doorne en Micha Hoofiën is werkzaam bij Deloitte Global als Senior Manager Executive & Equity Compensation.
2. Art. 1:121 lid 1 Wft. Zie voor een nadere bespreking van de aanscherpingen in beloningsbeleid: A.M. Helstone, 'De wenselijkheid van beheerst beloningsbeleid in de financiële sector'. *O&F* 2014, nr. 3 en F.C.A. van der Bult, 'Beloningen in de financiële sector: never waste a good crisis', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 235-259.
3. Zie voor een bespreking van de uitzonderingen in de context van de Brexit, A.M. Helstone, 'Ter Visie De belofte van de Brexit voor de bankiersbonus', *TAO* 2016, nr. 3.
4. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 6, p. 24-25 en *Kamerstukken I* 2014/15, 33964, B, p. 6.

5. J.B. Stewart, "After Brexit", Finding a new London for the Financial World to Call Home', *the New York Times* 30 juni 2016.
6. In de persconferentie na de ministerraad van 1 juli 2016 spreekt premier Rutte van 'enige flexibiliteit' in de bonusregels, zie: <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-algemene-zaken/documenten/mediateksten/2016/07/01/persconferentie-na-ministerraad-1-juli-2016>. Aan de hand hiervan was nog niet duidelijk op welke uitzondering op het 20% bonusplafond werd gedoeld. Zie ook: A.M. Helstone, 'Ter Visie De belofte van de Brexit voor de bankiersbonus', *TAO* 2016, nr. 3 en C.F.J. van Tuyll, 'Bonusregels voor bankiers niet zo flexibel', *Het Financieele Dagblad* 7 juli 2016.
7. In gesprek met *Het Financieele Dagblad* op 9 december 2016 (<https://fd.nl/economie-politiek/1179052/dijsselbloem-amsterdam-gaat-profileren-van-brexit>) en in een interview met RTL Z op 24 januari 2017. Terug te vinden op: <https://www.rtlnieuws.nl/nederland/dijsselbloem-geen-bonusplafond-voor-londense-importbanken>. En zie ook de meer recente berichtgeving: 'Brexit-banken mijden Amsterdam om bonusplafond', *Het Financieele Dagblad* 15 mei 2017.
8. *Kamerstukken II* 2014/15, 33964, 14, p. 12 (Handelingen) en *Kamerstukken I* 2014/15, 33964, B, p. 7.

voldoen aan de voorwaarden voor de Exceptie.⁹ Om aan de heersende onduidelijkheid tegemoet te komen heeft De Nederlandsche Bank (DNB) op 3 maart 2017 een nadere interpretatie (de Nadere Interpretatie) afgekondigd.¹⁰ In deze bijdrage gaan we na wat de effectiviteit is van de Nadere Interpretatie en bezien we of er neveneffecten zijn die de toepassing van de Exceptie minder aantrekkelijk maken voor Brexit-instellingen.

2. Wettelijke regeling en Nadere Interpretatie

De letterlijke tekst van de Exceptie luidt als volgt:

'Indien over een periode van vijf aaneengesloten kalenderjaren ten minste 75% van alle onder de verantwoordelijkheid van de tot een groep als bedoeld in artikel 1:114 behorende rechtspersonen en vennootschappen werkzame natuurlijke personen gedurende ten minste drie van die vijf jaren in hoofdzaak werkzaam waren buiten Nederland, bedraagt in afwijking van het eerste lid de variabele beloning van een natuurlijke persoon werkzaam onder verantwoordelijkheid van de aan het hoofd van die groep staande groepsmaatschappij ten hoogste het percentage, bedoeld in artikel 94, eerste lid, onderdeel g, onder i, eerste volzin, van de richtlijn kapitaalvereisten.' [100% van vaste beloning, CvT/MH]

Art. 1:114 (1) Wft luidt vervolgens:

'Indien een financiële onderneming met zetel in Nederland behoort tot een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de aan het hoofd van die groep staande groepsmaatschappij haar zetel eveneens in Nederland heeft, draagt de aan het hoofd van de groep staande groepsmaatschappij er zorg voor dat de in de afdelingen 1.7.4 tot en met 1.7.6 opgenomen regels door alle tot de groep behorende rechtspersonen en vennootschappen worden toegepast.'

Op basis van de tekst van de Exceptie gelden de volgende voorwaarden om gebruik te kunnen maken van de Exceptie:

- Het moet gaan om een groep als bedoeld in art. 1:114 (1) Wft. Dit betekent een groep in de zin van art. 2:24b BW waarvan (i) een financiële onderneming met zetel in Nederland onderdeel uit-

maakt en (ii) de aan het hoofd staande groepsmaatschappij haar zetel in Nederland heeft. Dit hoeven overigens niet twee aparte vennootschappen te zijn; de financiële onderneming kan tegelijkertijd ook de aan het hoofd van de groep staande onderneming zijn.

- Ten minste 75% van het personeel (het '75%-criterium') van de rechtspersonen en vennootschappen die behoren tot deze groep in de zin van art. 1:114 (1) Wft dient minimaal drie uit vijf aaneengesloten kalenderjaren in hoofdzaak buiten Nederland werkzaam te zijn (de '3 uit 5-jareneis').

In algemene zin constateren wij dat de Nadere Interpretatie lijkt uit te gaan van een soepelere benadering dan volgt uit de letterlijke tekst van de Exceptie. In de Nadere Interpretatie worden de volgende drie aspecten van de Exceptie verduidelijkt:

- De aan het hoofd van de groep staande groepsmaatschappij hoeft zelf geen (Wft-)vergunning te hebben als bijvoorbeeld bank of beleggingsmaatschappij, maar dat kan wel.
- De 5-jaarsperiode vangt aan vijf jaar voorafgaand aan het moment dat de uitzondering wordt toegepast. Als in die vijf jaar ten minste drie jaar meer dan 75% van het totale personeel van de groep buiten Nederland werkt, kan de uitzondering worden toegepast. Een 'holding' hoeft niet eerst minimaal drie jaar in Nederland te zijn gevestigd om van de uitzondering gebruik te maken. Tevens hoeven de drie jaar niet opeenvolgend te zijn.
- De Nederlandse moedermaatschappij hoeft niet de hoogste entiteit van de wereldwijde groep te zijn. Van belang is dat er in de groepsstructuur binnen de EER geen hogere moedermaatschappij is boven de Nederlandse moedermaatschappij. De Nederlandse moedermaatschappij hoeft dus niet de hoogste maatschappij wereldwijd te zijn, zolang zij maar hoofd van de Europese groep is.

3. Beoordeling Nadere Interpretatie

Hieronder bespreken wij deze punten uit de Nadere Interpretatie in meer detail en geven wij, voor zover nodig, verdere duiding.

Moedermaatschappij geen vergunninghoudende entiteit.

Deze verduidelijking betreft wat ons betreft geen nadere bespreking. Overigens is het feit dat de moedermaatschappij geen vergunninghoudende entiteit hoeft te zijn reeds op te maken uit de wetgeschiedenis bij art. 1:114 Wft.¹¹

Aanvang 5-jaarsperiode.

Op basis van de tekst van de Exceptie lijkt de 3 uit 5-jareneis gekoppeld te zijn aan het bestaan van een groep in de zin van art. 1:114 (1) Wft. De 5-jaarsperiode vangt in dat geval dus aan op het moment

9. G.W. Kastelein, 'De bonusaanbieding van 2017', *TvFR* 2017, nr. 1/2 en C.F.J. van Tuyll, 'Bonusplafond', *Het Financieele Dagblad* 24 december 2016.

10. De Nederlandsche Bank, Nadere interpretatie van de uitzondering op het bonusplafond van 20% voor de moedermaatschappij van een groep, 3 maart 2017, te vinden op het Open Boek toezicht van DNB: <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-236136.jsp>.

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3 (MvT), p. 28.

dat sprake is van een financiële onderneming met zetel in Nederland met een aan het hoofd staande groepsmaatschappij die eveneens de zetel in Nederland heeft. Een groep die zich in Nederland vestigt, lijkt op het moment van vestiging (nog) niet aan dit vereiste te voldoen. Ook de parlementaire geschiedenis wijst in deze richting: *‘Wanneer een groep op het moment van inwerkingtreding aan de voorwaarden van de uitzondering voldoet dan kan zij van de uitzondering gebruik maken. Wanneer een groep nog geen vijf jaar bestaat, [bedoeld zal zijn drie jaar, CvT/MH] voldoet de groep niet aan de gestelde eisen en kan de groep geen gebruik maken van de uitzondering’*.¹² Een restrictieve uitleg heeft echter niet het gewenste resultaat tot gevolg, namelijk Nederland presenteren als aantrekkelijk vestigingsland voor financiële ondernemingen die zich hier vanwege de Brexit willen vestigen. In een bijdrage in het Tijdschrift voor Financieel Recht, daterend van voor de publicatie van de Nadere Interpretatie, geeft Kastelein aan ‘dat het niet anders [kan] dan dat de 3 uit 5-jareneis geldt ten aanzien van de (onderneming gedreven door de) groep – die al wel bestond, zij het zonder Nederlandse moedermaatschappij – waarbij het niet relevant is hoe lang de Nederlandse vennootschap al moedermaatschappij van de groep is’.¹³ Hiermee lijkt Kastelein wel aan te geven dat minst genomen sprake zou moeten zijn van een (financiële) onderneming met zetel in Nederland. Hoe wij de Nadere Interpretatie interpreteren (en met name het begrip ‘holding’) is dat men nog een stap verder heeft willen gaan en er in het licht van de 3 uit 5-jareneis in het geheel geen aanwezigheid in Nederland hoeft te zijn (geweest) om bij het vestigen van de groepsstructuur van art. 1:114 (1) Wft van de Exceptie gebruik te kunnen maken, dus zelfs geen bijkantoor in Nederland. De consequentie van het ontbreken van een substance-vereiste over de voorgaande jaren is dat direct van de Exceptie gebruik kan worden gemaakt op het moment dat een internationale groep zich in Nederland vestigt en de structurering van de groep overeenkomstig art. 1:114 (1) Wft vormgegeven is. Als er voorheen geen activiteit in Nederland was, zal er logischerwijs altijd aan het vereiste zijn voldaan dat 75% van het personeel van de groep buiten Nederland werkzaam is geweest. De enige eis die dan nog geldt is dat de internationale groep op het moment van vestiging minimaal drie jaar bestaat, waaraan nagenoeg altijd zal zijn voldaan. Als de voorgaande jaren worden meegenomen leidt dit overigens tot de opmerkelijke gevolgtrekking dat, strikt genomen,

tot twee jaar na vestiging in het geheel niet aan de 75%-eis hoeft te zijn voldaan om de Exceptie te mogen toepassen, aangezien reeds op het moment van vestiging aan de 3 uit 5-jareneis is voldaan.

Niet de hoogste entiteit van de wereldwijde groep. Wij hebben aanvullende vragen gesteld aan DNB naar aanleiding van hetgeen in de Nadere Interpretatie is opgenomen over de aanwezigheid van een EER groepsstructuur, waarbij de Nederlandse moedermaatschappij niet de hoogste entiteit wereldwijd is. DNB heeft in zijn antwoord bevestigd dat er binnen de kaders van art. 1:121 (5) Wft feitelijk twee groepsstructuren mogelijk zijn: (i) een wereldwijde groepsstructuur met een Nederlandse moedermaatschappij en (ii) een EER groepsstructuur met een Nederlandse moedermaatschappij. In dat laatste geval is feitelijk sprake van een subgroep met een eigen groepshoofd.

AEGON past binnen de oorspronkelijke gedachte achter de Exceptie van een wereldwijde groepsstructuur, waarbij de Nederlandse moedermaatschappij aan het hoofd staat van alle wereldwijde rechtspersonen en vennootschappen. Bij veel investment banks die vanuit Londen hierheen komen zal hier geen sprake van zijn: die hebben immers hun wereldwijde hoofdkantoor buiten de EER staan (bijvoorbeeld de Verenigde Staten of Japan).

In die gevallen kan art. 1:121 (5) Wft ook worden toegepast, mits (i) sprake is van een EER-groep en (ii) de Nederlandse maatschappij de hoogste entiteit is binnen de EER. Het venijn zit in het eerste criterium. Of sprake is van een EER-groep moet volgens DNB namelijk beoordeeld worden aan de hand van art. 2:24b BW.¹⁴ Er moet sprake zijn van een EER-(sub)groep – los van de wereldwijde groep – die zelfstandig voldoet aan de eisen van art. 2:24b BW. Wat houden deze eisen precies in?

Art. 2:24b BW

Het groepsbegrip van art. 2:24b BW gaat uit van ‘een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden’. Er is sprake van een organisatorische verbondenheid indien een zekere integratie aanwezig is tussen de rechtspersonen en vennootschappen.¹⁵ Doorgaans wordt aan dit criterium voldaan omdat de rechtspersonen en vennootschappen binnen de groep aandelenbelangen in elkaar houden.¹⁶ Het criterium economische eenheid komt uit het jaarrekeningenrecht. Van oudsher is een kernelement van economische eenheid het hebben van een centrale leiding.¹⁷ Dit hangt weer samen met het be-

-
12. *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3 (MvT)*, p. 37. Ook uit antwoorden van het kabinet op vragen van de VVD-fractie tijdens de behandeling van de Wbfo valt af te leiden dat het kabinet de uitzondering restrictief uitlegt. Het kabinet antwoordde (*Kamerstukken II 2013/14, 33964, 6, p. 27*): *‘Het is juist de bedoeling dat dergelijke uitzonderingen slechts in een beperkt aantal gevallen gebruikt zullen worden.’*
13. G.W. Kastelein, *‘De bonusaanbieding van 2017’*, *TvFR 2017*, nr. 1/2, p. 4.

-
14. Dit is ook in lijn met het jaarrekeningenrecht en de regels voor consolidatie. Onvoldoende is als de EER-subgroep kwalificeert als groepsdeel (in de zin van art. 2:408 BW). Om te kwalificeren als (sub)groep moet zelfstandig aan de eisen van art. 2:24b BW worden voldaan.
15. Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 608.
16. Overigens kan er ook bij een minderheidsdeelneming sprake zijn van een groepsmaatschappij.
17. *Kamerstukken II 1979/80, 16356, nr. 3, p. 42* en *Kamerstukken II 1986/87, 19813, punt 14* en Richtlijn voor de Jaarverslaggeving 217.201.

staan van een hiërarchische organisatiestructuur op grond waarvan een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd.¹⁸ Anders gezegd, er moet worden beoordeeld of de aan het hoofd van de groep staande rechtspersoon of vennootschap daadwerkelijk overwegende invloed uitoefent binnen de groep ('effective control').

Uit onze gesprekken met accountants is gebleken dat men onder invloed van IFRS in de praktijk, bij het opstellen van de (geconsolideerde) jaarrekening, dit uitgangspunt van 'effective control' heeft verlaten en vervangen door 'power to control' (het kunnen uitoefenen van overwegende invloed).¹⁹ Dit volgt ook uit de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving, waar het idee van een gemeenschappelijke strategie niet meer terugkomt, maar het bestaan van een groepsrelatie beoordeeld wordt aan de hand van feitelijke juridisch-economische omstandigheden (overwegende zeggenschap; meerderheid van de economische voordelen).²⁰ Dit roept de vraag op of bij het beoordelen van de aanwezigheid van een EER-subgroep sec gekeken moet worden naar art. 2:24b BW of dat daarbij de (voortschrijdende) inzichten van de accountancy-praktijk moeten worden betrokken. In dat laatste geval achten we de toepasselijkheid van de Exceptie voor Brexit-instellingen beperkt, aangezien van een economisch-juridische verbondenheid tussen de Nederlandse moedermaatschappij en de niet-EER topholding doorgaans sprake zal zijn.²¹ Als ook de aanwezigheid van een centrale leiding mag worden meegewogen bij de beoordeling of sprake is van een EER-subgroep biedt dit meer mogelijkheden. Minst genomen moet worden aangetoond dat sprake is van een door de Nederlandse moedermaatschappij uitgevoerde gemeenschappelijke EER-strategie waarbij de besluitvorming over het beleid op het niveau van de Nederlandse moedermaatschappij

plaatsvindt (en dus bijvoorbeeld niet op het niveau van de wereldwijde moedermaatschappij in de US). We hebben geen pasklaar antwoord op de vraag welke van bovenstaande maatstaven moet worden aangelegd. In algemene zin achten wij verdedigbaar dat sprake is van een aparte 2:24b BW-grondslag voor toezichtrechtelijke doeleinden, waarbij niet per se rekening hoeft te worden gehouden met de staande accountancy-praktijk.

4. Praktische complicaties

Hoewel we het initiatief voor de Nadere Interpretatie toejuichen, willen we deze bijdrage tevens benutten om op enkele, wellicht onvoorziene, complicaties en neveneffecten te wijzen die zich voordoen bij structurering via een Nederlandse moedermaatschappij en die niet zijn weggenomen door de Nadere Interpretatie. We lichten het hieronder toe.

75%-criterium bij een EER-subgroep

Een belangwekkende vraag in geval van een EER groepsstructuur is of het 75%-criterium eveneens beoordeeld moet worden via de band van de EER-subgroep. Deze vraag is bevestigend beantwoord door DNB. Dit betekent dat om aan het 75%-criterium te voldoen 75% van het personeel van de groep werkzaam moet zijn buiten Nederland, maar binnen de EER. Personeelsleden die buiten de EER werkzaam zijn tellen dan dus niet mee voor de vaststelling of wordt voldaan aan het 75%-criterium. We gaan er naar analogie vanuit dat als bijvoorbeeld sprake is van een Nederlands EMEA hoofdkantoor, personen die werkzaam zijn in het Midden-Oosten en Afrika ook mogen worden meegeteld.

We vermoeden dat de beperking tot de EER-subgroep en de binnen deze groep werkzame personen een negatieve uitwerking heeft op de aantrekkingskracht van de uitzondering van art. 1:121 (5) Wft. Het is immers bijna een gegeven dat een meerderheid van het personeel van buitenlandse *investment banks* op de thuismarkt werkt, bijvoorbeeld de Verenigde Staten. Als alleen naar de EER gekeken mag worden, kan 75% van het personeel in de EER niet in Nederland werken. Door het financiële paspoortstelsel zullen de meeste buitenlandse *investment banks* op dit moment geen substantiële aanwezigheid hebben in de EER buiten de UK. Als men kiest voor een EER groepsstructuur met een Nederlandse moedermaatschappij is onze inschatting dat de buitenlandse *investment banks* om dezelfde reden na de Brexit geen behoefte hebben aan een grote aanwezigheid in de EER buiten Nederland, althans niet in zodanige mate dat wordt voldaan aan het 75%-criterium.

Groepstoepassing NL beloningsvoorschriften

Een ander probleem dat wij in de praktijk zien met structurering via een Nederlandse moedermaatschappij is dat dan op basis van art. 1:114 Wft de Nederlandse beloningsvoorschriften van toepassing worden op alle rechtspersonen en vennootschappen binnen de EER-groep en op basis van art. 1:113 Wft op alle (indirecte) dochtermaatschappijen van

18. A.F.M. Dorresteyn, *Rechtspersonen* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 24b, aant. 3.

19. Dit standpunt is ook bevestigd in de juridische literatuur, zie bijvoorbeeld prof. dr. Beckman, 'Consolidatiecriteria, -kring en -plicht. Vanuit communautair oogpunt, Nederlandse regels en geautoriseerde IFRSs', *OeF* 2005, nr. 66, p. 45-67.

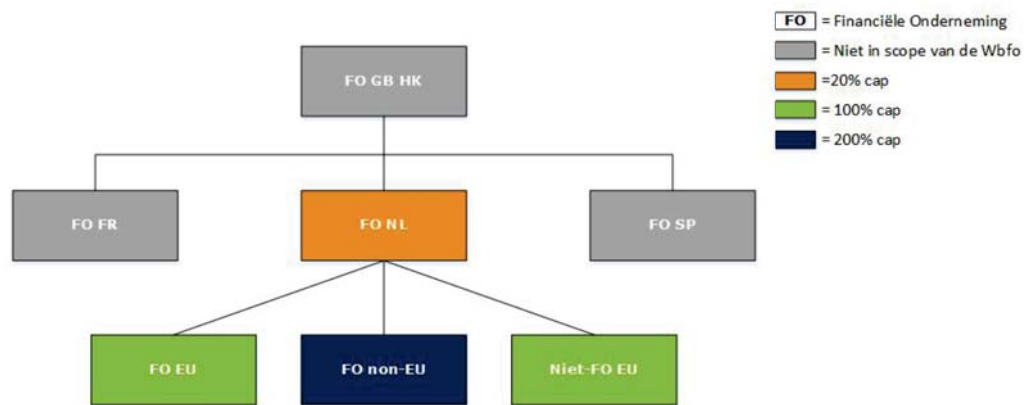
20. Richtlijnen Raad voor de Jaarverslaggeving 217.204. Verkort weergegeven: (i) de activiteiten van een maatschappij worden in wezen uitgevoerd ten behoeve van de (deelnemende) rechtspersoon, conform zijn specifieke wens, (ii) de rechtspersoon heeft in wezen zodanige zeggenschap over een andere maatschappij dat hij die maatschappij of zijn activiteiten beheerst of kan beheersen, (iii) de rechtspersoon heeft in wezen het recht om de meerderheid van de economische voordelen van de activiteiten van de beleidsafhankelijke maatschappij te verkrijgen, (iv) de rechtspersoon loopt in wezen voor meer dan de helft het economische risico met betrekking tot de maatschappij of de activa van die maatschappij.

21. Dit is in onze optiek alleen anders als er sprake is van een (economisch) minderheidsbelang van de wereldwijde topholding in de Nederlandse moedermaatschappij of in het geval van de Nederlands moedermaatschappij een lokale partnership vormt.

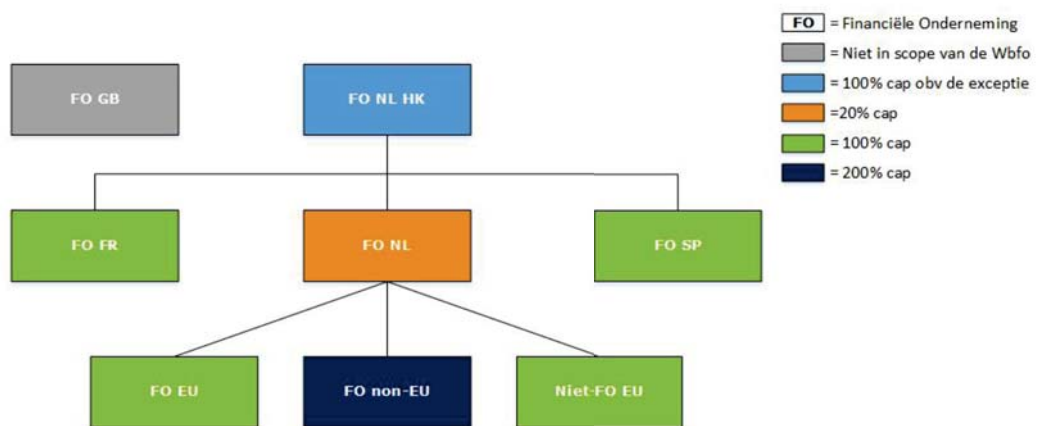
de Nederlandse financiële onderneming.²² Voor medewerkers van de groep die niet werken voor de Nederlandse moedermaatschappij betekent dit in de meeste gevallen een aanscherping van het bonusplafond: een bonusplafond van maximaal 20% voor medewerkers die in hoofdzaak werkzaam zijn in Nederland en een bonusplafond van 100% voor medewerkers die elders in de EER werkzaam zijn. Bij structureren via een ander EER-land geldt als uitgangspunt geen bonusplafond, dan wel het bonusplafond van 100% (200% met toestemming aandeelhouder) uit de vierde kapitaaleisenrichtlijn (CRD IV) indien sprake is van een bank of (bepaalde) beleggingsonderneming binnen de groep, en dit laatste alleen op het niveau van identified staff van de bank of beleggingsonderneming en aanvullend in (zeer) beperkte mate op identified staff binnen de geconsolideerde groep.²³ Anders gezegd,

als financiële ondernemingen door middel van een Nederlandse moedermaatschappij hun activiteiten structureren worden zij hetzij geconfronteerd met de introductie van het Nederlandse bonusplafond op groeps- en dochtermaatschappijen, waar dit voorheen niet het geval was, hetzij, voor banken en beleggingsondernemingen, met een aanzienlijke verruiming van het 100% plafond op groeps- en dochtermaatschappijen. Het voorgaande geldt overigens niet alleen voor het bonusplafond, maar ook voor andere typisch Nederlandse beloningsvoorschriften, zoals de eis dat ten minste 50% van de variabele beloning gebaseerd moet zijn op niet-financiële prestatiecriteria.²⁴ In de parlementaire toelichting wordt weliswaar een uitzondering gemaakt voor die gevallen waarin lokale dwingendrechtelijke regels zich hiertegen verzetten, maar daar is in onze ervaring vrijwel nooit sprake van.

Huidige situatie



EU hoofdkantoor naar NL (de Exceptie)



Indien juist gestructureerd kan voor het NL hoofdkantoor een beroep worden gedaan op de Exceptie. De consequentie van het verplaatsen van het EU hoofdkantoor is dat alle entiteiten die in de structuur onder de NL entiteit vallen worden geraakt door de Wbfo.

22. Zie bijvoorbeeld ook art. 1:126 en 1:127 Wft.

23. Hoewel ook in sommige ons omringende landen het CRD IV -plafond verlaagd is, maar nergens zo laag als in Nederland.

24. Art. 1:118 lid 3 Wft.

5. Conclusie

Om het 100% bonusplafond op de moedermaatschappij van een financiële groep die zich als gevolg van de Brexit in Nederland vestigt te kunnen toepassen, zal ons inziens in ieder geval aan de navolgende voorwaarden moeten worden voldaan:

- er moet sprake zijn van een financiële onderneming en een aan het hoofd staande groepsmaatschappij van een EER-subgroep, met zetel(s) in Nederland;
- de aan het hoofd staande groepsmaatschappij hoeft zelf geen financiële onderneming te zijn;
- de financiële groep hoeft op het moment van vestiging geen *substance* in Nederland te hebben (gehad) om aan de 3 uit 5-jare eis te voldoen, maar dient feitelijk alleen al drie jaar te bestaan;
- de aan het hoofd staande groepsmaatschappij moet de centrale leiding hebben over de EER-subgroep, dat wil zeggen, moet kunnen besluiten over het beleid en de strategie van de EER-subgroep;
- 75% van het personeel van de EER-subgroep dient in hoofdzaak binnen de EER, maar buiten Nederland, werkzaam te zijn; en
- de Nederlandse beloningsvoorschriften dienen op de groeps- en dochtermaatschappijen van de EER-subgroep te worden toegepast.

Met name de laatste drie voorwaarden maken dat structurering via een Nederlandse moedermaatschappij niet altijd aantrekkelijk zal zijn voor Brexit-instellingen. Enerzijds omdat niet voldaan wordt aan de eis van centrale leiding of het (aangescherpte) 75%-criterium en dus simpelweg geen gebruik gemaakt kan worden van het 100% plafond op het niveau van de Nederlandse moedermaatschappij, en anderzijds omdat de lasten van het toepassen van de Nederlandse beloningsvoorschriften op de groeps- en dochtermaatschappijen van de EER-subgroep niet opwegen tegen de baten (het toepassen van het 100% bonusplafond alleen op de Nederlandse moedermaatschappij).

Bovenstaande maakt wat ons betreft duidelijk dat door de keuze van de Nederlandse wetgever om af te wijken van de Europese norm, de technische complexiteit van de Nederlandse beloningsregels alleen maar is toegenomen en er bovendien sprake is van een onnodige 'zendingsdrang' deze regels te moeten toepassen op (buitenlandse) groeps- en dochtermaatschappijen. Het zou wat ons betreft minst genomen een goede zaak zijn als de verplichte groepswijze toepassing van typisch Nederlandse beloningsregels wordt afgeschaft en hierbij, mede in verband met de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland, aansluiting wordt gezocht bij het Europese kader.