

343. Retentiebonussen in de financiële sector: wat kan wel en wat niet?

MR. P. DISSELDORP

Financiële ondernemingen zijn bij het toekennen van retentiebonussen gebonden aan strikte voorwaarden. Deze voorwaarden roepen in de praktijk diverse vragen op. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij deze vraagstukken, met als doel om duidelijkheid te scheppen voor de praktijk.

Financiële ondernemingen mogen alleen een retentiebonus toekennen in specifieke situaties en bovendien dient de retentiebonus aan meerdere strikte voorwaarden te voldoen. De wet- en regelgeving op dit punt blinkt niet uit in duidelijkheid. Het is niet altijd duidelijk welke voorwaarden en restricties in welke gevallen gelden en sommige voorwaarden en restricties kunnen op meerdere manieren worden uitgelegd. In dit artikel sta ik stil bij enkele vragen die in de praktijk spelen bij het toekennen van retentiebonussen. Daarbij ga ik ook in op enkele recente ontwikkelingen. Mijn doel is om met dit artikel meer duidelijkheid te scheppen voor de praktijk. Ik streef daarbij geen volledigheid na. Daarvoor is het onderwerp te veelomvattend.

1. Doel en noodzaak van retentiebonussen en toepasselijk regelgevend kader

Ondanks dat de Nederlandse en de Europese economie in financieel moeilijk vaarwater verkeren, hebben ondernemingen meer moeite dan ooit met het aantrekken en behouden van getalenteerd personeel. Het behouden van personeel – retentie dus – is een hot topic. Ondernemingen trachten op allerlei manieren hun personeel te verleiden om toch vooral bij hen te blijven werken. Het belang van retentie speelt in het bijzonder bij duurzame organisatiewijzigingen, zoals een fusie of een overname, een grote reorganisatie of een herstructurering. De kennis en kunde van het zittend personeel is vaak een must om een dergelijk groot project succesvol te laten zijn. Veel werkgevers stellen bij de start van een dergelijk project een retentiebonus in het vooruitzicht voor bepaalde key werknemers.

In de financiële sector kunnen werkgevers echter niet onbeperkt retentiebonussen toekennen. Dit komt omdat een retentiebonus kwalificeert als een variabele beloning in de zin van de Nederlandse en Europese beloningsregelgeving. Dit betekent dat alle eisen voor variabele beloning van toepassing zijn, waaronder het bonusplafond uit art. 1:121 van de Wet op het financieel toezicht ('Wft'). Als hoofdregel geldt op grond van art. 1:121 lid 1 Wft dat financiële

ondernemingen tot maximaal 20% van de vaste beloning op jaarbasis aan variabele beloning mogen toekennen. Op deze hoofdregel van maximaal 20% gelden op grond van art. 1:121 lid 2 t/m 9 Wft enkele uitzonderingen voor – kort gezegd – bepaalde financiële ondernemingen, medewerkers wiens arbeidsvoorwaarden niet of niet uitsluitend bij cao zijn geregeld en medewerkers die hoofdzakelijk buiten Nederland werkzaam zijn. Art. 1:121 Wft kent echter geen uitzonderingen voor specifieke typen variabele beloning, zoals een retentiebonus.

Voor retentiebonussen geldt op grond van art. 1:122 Wft niettemin een wettelijke uitzondering op de toepasselijke bonuscap. Op grond van dit artikel is het mogelijk om onder strikte voorwaarden een hogere jaarlijkse variabele beloning toe te kennen in de vorm van een retentiebonus. Ook de Richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit ('EBA Richtsnoeren')¹ bevatten gedetailleerde voorschriften voor het toekennen van retentiebonussen. In 2019 schreef ik samen met mijn collega Helstone een artikel over deze materie.² Sindsdien hebben zich meerdere relevante ontwikkelingen voorgedaan. In de eerste plaats geldt per 31 december 2021 een nieuwe versie van de EBA Richtsnoeren, waarin onder meer de voorschriften over retentiebonussen zijn gewijzigd. In de tweede plaats heeft DNB recent een Q&A gepubliceerd, waarin zij haar visie geeft over de verhouding tussen de regels over retentiebonussen in de Wft en de voorschriften over retentiebonussen in de EBA Richtsnoeren.³ Ten derde is het onderwerp van retentiebonussen in de financiële sector nu relevanter dan ooit, deels gelet op de huidige arbeidsmarktkrapte en deels gelet op de beperkte mogelijkheden om variabele beloning

1 EBA Guidelines on sound remuneration policies, EBA/GL/2021/04, www.eba.europa.eu. De EBA Richtsnoeren zijn sinds 1 januari 2017 van kracht en per 1 december 2021 gewijzigd. Par. 8.4 EBA Richtsnoeren richt zich op retentiebonussen.

2 A.M. Helstone & P. Disseldorp, 'Wbfo: toezicht, rechtsbescherming en aandachtspunten bij retentiebonussen', *ArbeidsRecht* 2019/11.

3 Zie hiervoor: Open Boek Toezicht DNB - Q&A Interpretatie artikel 1:122 Wft over de toekenning van retentievergoedingen (2 december 2022).

(waaronder dus retentiebonussen) toe te kennen en de strenge voorwaarden in dit verband. Deze ontwikkelingen rechtvaardigen een nieuwe bijdrage over dit onderwerp.

Hierna sta ik eerst stil bij de relevante voorschriften in art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren. Ik bespreek deze voorschriften op hoofdlijnen. Vervolgens ga ik in op de verhouding tussen art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren en op de vraag wanneer welke voorschriften gelden. Daarbij betrek ik ook de hiervoor genoemde Q&A van DNB. Daarna bespreek ik enkele vraagstukken die in de praktijk spelen. Ik sluit deze bijdrage af met enkele aanbevelingen voor de praktijk.

2. Voorschriften in art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren

2.1 Art. 1:122 Wft

Art. 1:122 lid 1 Wft bevat een viertal voorwaarden voor het toekennen van een retentiebonus: (i) er moet sprake zijn van een duurzame organisatiewijziging, (ii) de retentiebonus mag uitsluitend dienen ter behoud van een werknemer voor de financiële onderneming, (iii) het op grond van art. 94 lid 1 onderdeel g van de CRD Richtlijn⁴ geldende plafond voor variabele beloning (in beginsel 100% of 200% met goedkeuring van de aandeelhouder) mag niet worden overschreden, en (iv) de bevoegde toezichthouder dient vooraf schriftelijk te hebben ingestemd met de toekenning van de retentiebonus.

Belangrijk is dat het om vier cumulatieve voorwaarden gaat. Als aan één van de voorwaarden niet wordt voldaan, dan is op grond van art. 1:116 lid 3 Wft sprake van een nietige retentiebonus. De financiële onderneming zal in dat geval de retentiebonus niet mogen uitbetalen. Als de retentiebonus al is betaald, dan zal de financiële onderneming de retentiebonus moeten terugvorderen van de werknemer. Tegen deze achtergrond is het vanzelfsprekend van groot belang dat duidelijk is in welke gevallen deze voorwaarden gelden en hoe de voorwaarden in verschillende praktijksituaties moeten worden uitgelegd. Dit bespreek ik in de volgende paragrafen. Ik beperk mij daarbij tot enkele belangrijke praktische vraagstukken. Voor een nadere duiding van de vier voorwaarden uit art. 1:122 Wft verwijz ik graag naar het hiervoor al genoemde artikel uit 2019.⁵

2.2 EBA Richtsnoeren

De EBA Richtsnoeren bevatten enkele specifieke bepalingen over retentiebonussen. In de huidige versie van de EBA Richtsnoeren⁶ zijn deze bepalingen neergelegd in paragraaf 8.4 (nrs. 143 t/m 150). In deze paragraaf heeft de EBA onder meer uitgewerkt in welke gevallen een retentiebonus kan worden toegekend, welke overwegingen een financiële onderneming in acht moet nemen bij het toekennen van een retentiebonus, hoe de daadwerkelijke uitbetaling van een retentiebonus moet worden vormgegeven en hoe een retentiebonus moet worden meegenomen bij het bepalen van het toepasselijke maximum voor variabele beloning.

Het toekennen van retentiebonussen is in de financiële sector geen sinecure

De voorschriften uit de EBA Richtsnoeren hebben een andere status dan die in art. 1:122 Wft. Art. 1:122 Wft is een formele wetsbepaling en niet-naleving van deze bepaling leidt zoals gezegd tot een nietige rechtshandeling. De EBA Richtsnoeren hebben geen status van wet, maar zijn een interpretatie van en uitleg bij de CRD Richtlijn door de EBA. De EBA Richtsnoeren zijn hiermee een vorm van *soft law*. Door deze benaming zou de indruk kunnen ontstaan dat de voorschriften uit de EBA Richtsnoeren een *nice to have* zijn en niet zo strikt hoeven worden toegepast als de voorwaarden uit art. 1:122 Wft. Dat is onterecht. Hoewel het om *soft law* gaat, betrekken DNB en de AFM de EBA Richtsnoeren actief in hun toezicht op de verplichtingen uit de Wft.⁷ Dit betekent dat als een financiële onderneming de voorschriften uit de EBA Richtsnoeren niet naleeft, DNB of de AFM kan oordelen dat niet aan de relevante (wettelijke) voorschriften is voldaan en daarom bijvoorbeeld niet instemt met toekenning van een beoogde retentiebonus.⁸ Onder aan de streep zijn de voorschriften uit de EBA Richtsnoeren dus meer dan *soft law* en is het cruciaal voor financiële ondernemingen om deze voorschriften in acht te nemen én om te weten hoe deze voorschriften in de praktijk moeten worden toegepast.

4 Richtlijn (EU) nr. 2013/36 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, tot wijziging van Richtlijn (EG) nr. 2002/87 en tot intrekking van de Richtlijnen (EG) nr. 2006/48 en (EG) nr. 2006/49 (*PbEU* 2013, L176/338).

5 A.M. Helstone & P. Disseldorp, 'Wbfo: toezicht, rechtsbescherming en aandachtspunten bij retentiebonussen', *ArbeidsRecht* 2019/11.

6 De EBA Richtsnoeren zijn in juli 2021 na een uitgebreide consultatie herzien. De laatste versie van de EBA Richtsnoeren geldt per 31 december 2021. T.a.v. het onderwerp retentiebonussen zijn enkele wijzigingen doorgevoerd. Het gaat veelal om verduidelijkingen.

7 Beleidsregel toepassing Europese toezichthoudende autoriteiten Wft 2019 (*Stcr.* 2019, 18510). Zie ook opgenomen in het Open Boek Toezicht van DNB: Toepassing Richtsnoeren en aanbevelingen van de Europese toezichthoudende autoriteiten, waarin een overzicht (versie 15 februari 2023) wordt gegeven van de richtsnoeren en aanbevelingen die de Europese toezichthouders hebben vastgesteld waaraan DNB voldoet, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Zie p. 17 (nr. 97) van dit overzicht voor de EBA Richtsnoeren. AFM past de EBA Richtsnoeren ook toe, hoewel zij niet onder de reikwijdte van de CRD Richtlijn valt. De reden hiervoor is dat AFM wel toezicht houdt op de Wft en zij de EBA Richtsnoeren in acht neemt bij dit toezicht op de Wft.

8 Voor een verdieping van de betekenis van de EBA Richtsnoeren voor financiële instellingen, vgl. T. Barkhuysen, L. Westendorp & S. Ramsanjhal, 'De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van *European Supervisory Authorities*: Europese pseudo-wetgeving?', *Ondernemingsrecht* 2017/144.

3. Verhouding tussen art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren: wat geldt wanneer?

Een vraag die de praktijk de afgelopen jaren bezighield, is in welke gevallen een financiële onderneming bij het toekennen van een retentiebonus moet voldoen aan de voorschriften uit art. 1:122 Wft. De letterlijke tekst van art. 1:122 lid 1 Wft kan – zo bleek – op meerdere manieren worden geïnterpreteerd. De kern van art. 1:122 lid 1 Wft is dat een financiële onderneming ‘in afwijking van artikel 1:121, eerste lid’ een hogere variabele beloning kan toekennen, indien aan de (extra) voorschriften uit art. 1:122 Wft wordt voldaan.

De vraag is hoe de verwijzing naar ‘artikel 1:121, eerste lid’ moet worden gelezen. Is dit een verwijzing naar enkel het eerste lid van art. 1:121 Wft, of naar het gehele art. 1:121 Wft? In het eerste geval geldt dat elke variabele beloning waarmee het maximum van 20% van het vaste jaarsalaris wordt overschreden aan de voorschriften uit art. 1:122 Wft moet voldoen. Dat verhoudt zich slecht met het feit dat in art. 1:121 lid 2 t/m 9 Wft wordt voorzien in hogere maxima dan 20%. Op grond van deze hogere maxima kan in bepaalde gevallen een hogere jaarlijkse variabele beloning dan 20% van het vaste jaarsalaris worden toegekend, namelijk tot 100% respectievelijk 200% van het vaste jaarsalaris. Als een financiële onderneming op grond van art. 1:121 lid 2 t/m 9 Wft de wettelijke ruimte heeft om een jaarlijkse variabele beloning van meer dan 20% van het vaste jaarsalaris toe te kennen, waarom zou deze financiële onderneming dan aan de extra voorschriften uit art. 1:122 Wft moeten voldoen als zij binnen het geldende maximum blijft? Dit zou als een wetsystematisch onlogische uitkomst kunnen worden gezien.

DNB heeft in de hiervoor al genoemde Q&A duidelijkheid willen geven op dit punt.⁹ DNB stelt dat de voorwaarden in art. 1:122 Wft enkel gelden als een retentiebonus wordt toegekend waarmee – samen met de reguliere variabele beloning – het op grond van art. 1:121 Wft geldende maximum wordt overschreden. DNB duidt de verwijzing naar art. 1:121 lid 1 Wft als een verwijzing naar het hele artikel en niet alleen als een verwijzing naar het eerste lid. Dit betekent dat als op grond van art. 1:121 Wft een hoger maximum dan 20% geldt, alleen aan de voorschriften uit art. 1:122 Wft hoeft te worden voldaan als de totale variabele beloning (reguliere variabele beloning en retentiebonus tezamen) dit hogere maximum overschrijdt. Als de financiële onderneming binnen het maximum blijft, dan gelden de voorschriften uit art. 1:122 Wft niet.

DNB voegt hier voor de volledigheid aan toe dat de voorschriften voor retentiebonussen in de EBA Richtsnoeren bij *alle* retentiebonussen gelden, dus ook als een financi-

ële onderneming binnen het op grond van art. 1:121 Wft geldende maximum blijft. DNB past deze voorschriften altijd toe bij haar toezicht, ongeacht de hoogte van de retentiebonus. Dit leidt in de ogen van DNB tot het volgende toetsingskader:

Toepasselijk maximum onder art. 1:121 Wft	Hoogte van de totale variabele beloning	Toepasselijk toetsingskader
Hoofregel van 20% (art. 1:121 lid 1 Wft)	Optie 1: ≤ 20% Bijv. 10% reguliere variabele beloning en 10% retentiebonus.	Alleen de EBA Richtsnoeren gelden, art. 1:122 Wft geldt niet.
	Optie 2: > 20% Bijv. 20% reguliere variabele beloning en 50% retentiebonus.	De EBA Richtsnoeren én art. 1:122 Wft gelden.
Uitzondering van 100% (art. 1:121 lid 2, lid 3, lid 5 en lid 7 Wft)	Optie 1: ≤ 100% Bijv. 60% reguliere variabele beloning en 40% retentiebonus.	Alleen de EBA Richtsnoeren gelden, art. 1:122 Wft geldt niet.
	Optie 2: > 100% Bijv. 80% reguliere variabele beloning en 50% retentiebonus.	De EBA Richtsnoeren én art. 1:122 Wft gelden.
Uitzondering van 200% (art. 1:121 lid 4 Wft)	Optie 1: ≤ 200% Bijv. 100% reguliere variabele beloning en 100% retentiebonus.	Alleen de EBA Richtsnoeren gelden, art. 1:122 Wft geldt niet.
	Optie 2: > 200% Bijv. 100% reguliere variabele beloning en 150% retentiebonus.	Dit is niet mogelijk, het maximum van 200% kan nooit worden overschreden.

Hierbij geldt als belangrijk aandachtspunt dat een totale jaarlijkse variabele beloning van meer dan 100% alleen mogelijk is met voorafgaande instemming van de aandeelhouder (art. 1:121 lid 4 Wft jo. art. 94 lid 1 onderdeel g, onder ii. CRD Richtlijn) en dat een totale jaarlijkse variabele beloning van meer dan 200% nooit mogelijk is, dus ook niet in de combinatie van een reguliere variabele beloning en een retentiebonus.

4. Vraagstukken in de praktijk

De voorschriften uit art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren zorgen in de praktijk geregeld voor onduidelijkheid. Hierna bespreek ik enkele van de meest voorkomende praktische vraagstukken.

⁹ Zie over deze Q&A ook: P. Disseldorp, ‘Retentievergoedingen in de financiële sector’, *Verzekeringsrecht, Aansprakelijkheid, Schade en Toezicht (VAST)* 2022/4.

4.1 In welke gevallen kan een retentiebonus worden toegekend?

Om te beginnen de vraag in welke gevallen een retentiebonus kan worden toegekend. Art. 1:122 Wft stelt als voorwaarde dat sprake moet zijn van een duurzame organisatiewijziging. In de wetsgeschiedenis bij art. 1:122 Wft noemt de wetgever als voorbeelden van een duurzame organisatiewijziging een fusie, splitsing of overname. Als niet sprake is van een ‘*dergelijke incidentele en bijzondere gebeurtenis*’, dan kan volgens de wetgever geen retentiebonus op grond van art. 1:122 Wft worden toegekend.¹⁰ De door de wetgever benoemde voorbeelden hebben met elkaar gemeen dat het gaat om corporate transacties of herstructurerings als gevolg waarvan de (corporate) structuur van de organisatie wijzigt. De vraag is of dit betekent dat een retentiebonus op grond van art. 1:122 Wft uitsluitend kan worden toegekend bij dergelijke corporate transacties en herstructurerings. De woorden ‘*duurzame organisatiewijziging*’ en de toelichting van de wetgever lijken dit wel te impliceren. De EBA Richtsnoeren bieden op dit punt meer ruimte. De EBA Richtsnoeren benoemen als voorbeelden van situaties waarin een retentiebonus kan worden toegekend niet alleen een herstructurering, *winddown* of *change of control*, maar ook ‘*het afronden van grote projecten*’.¹¹ Een groot project hoeft niet noodzakelijkerwijs (ook) een duurzame organisatiewijziging te zijn.

Deze ogenschijnlijke discrepantie tussen art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren is lastig uitlegbaar in de praktijk. Als art. 1:122 Wft inderdaad een beperktere reikwijdte heeft dan de EBA Richtsnoeren, dan betekent dit ook dat een financiële onderneming in meer gevallen een retentiebonus kan toekennen als de retentiebonus en de reguliere variabele beloning binnen het toepasselijke maximum van art. 1:121 Wft blijven. Art. 1:122 Wft is in dat geval immers niet van toepassing (zie het schema hiervoor). Dit zou zich slecht verhouden met het feit dat DNB zelf stelt dat de voorschriften uit de EBA Richtsnoeren in alle gevallen gelden. DNB committeert zich in haar beleidsregels bovendien tot het toepassen van de EBA Richtsnoeren bij haar toezicht op art. 1:122 Wft.¹² Ik meen dat DNB en de andere toezichthouders art. 1:122 Wft zo zouden moeten toepassen dat de voorwaarde van een ‘*duurzame organisatiewijziging*’ in de praktijk dezelfde reikwijdte heeft als de voorschriften uit de EBA Richtsnoeren. Dit dient de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.

Een andere relevante vraag is in welk stadium van een transactie of herstructurering een financiële onderneming een retentiebonus mag toekennen. Het spreekt voor zich dat een financiële onderneming een retentiebonus het liefst zo vroeg mogelijk in het transactie- of herstructureeringsproces zal willen toekennen. Hoe langer de financiële

onderneming hiermee wacht, hoe groter de kans dat cruciale werknemers hun dienstverband beëindigen. De EBA Richtsnoeren zwijgen op dit punt; hierin wordt gesteld dat de financiële onderneming een retentie ‘event’ of periode moeten vaststellen, maar niet wanneer een voorgenomen transactie of herstructurering ver genoeg is gevorderd om een retentiebonus te kunnen toekennen. De Nederlandse wetgever heeft op dit punt wel enige *guidance* meegegeven in de wetsgeschiedenis bij art. 1:122 Wft. De wetgever stelt dat in ieder geval sprake moet zijn van ‘*een zeer vergevorderd stadium van onderhandelingen (binding offer)*’¹³ Het voorbeeld van een *binding offer* is in de praktijk weinig bruikbaar. Een *binding offer* wordt in de transactiepraktijk alleen gedaan bij een veilingproces. Bij veel transacties zal nooit sprake zijn van een *binding offer*, maar zullen twee geïnteresseerde partijen met elkaar in gesprek treden om te onderzoeken of zij eruit kunnen komen. In die situaties is naar mijn mening in ieder geval sprake van een voldoende vergevorderd stadium in de onderhandelingen als beide partijen (contractueel) hebben toegezegd om al het redelijkerwijs mogelijke te doen om de transactie af te ronden. Dat is in de regel het geval na het tekenen van een *signing protocol*, maar kan bijvoorbeeld ook het geval zijn als partijen exclusiviteit in de onderhandelingen hebben afgesproken of als partijen hun intentie openbaar hebben gecommuniceerd. Waar het om gaat is dat partijen zich niet zomaar uit de onderhandelingen kunnen terugtrekken en de voorgenomen transactie daarmee realistisch is. Als dat zo is, dan is het toekennen van een retentiebonus wat mij betreft gerechtvaardigd.

Het zou de rechtspraktijk ten goede komen als de Nederlandse wetgever óf de EBA meer duidelijkheid schept ten aanzien van het kader dat geldt voor de toekenning van een retentiebonus

In de huidige tijden van arbeidsmarktkrapte is een logische vraag of financiële ondernemingen retentiebonussen mogen toekennen als instrument om de gevolgen van arbeidsmarktkrapte te beperken c.q. te verzachten. Anders verwoord: kan arbeidsmarktkrapte een valide grond zijn voor toekenning van een retentiebonus? Dat is geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Enerzijds is het zo dat arbeidsmarktkrapte *an sich* geen duurzame organisatiewijziging is. Het zal dus lastig worden voor financiële ondernemingen om te betogen dat een retentiebonus die enkel wordt toegekend gelet op arbeidsmarktkrapte, is toegestaan onder art. 1:122 Wft. Anderzijds is arbeidsmarktkrapte vrijwel nooit de enige reden waarom een financiële onderneming een retentiebonus wil toekennen. In de regel zal er een (extra) onderliggende reden zijn. De financiële onderneming wil bijvoorbeeld bepaalde kennis of kunde behouden, omdat het heel moeilijk is om een geschikte vervanger

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 8 en p. 36.

¹¹ No. 143 EBA Richtsnoeren (p. 54).

¹² Beleidsregel toepassing richtsnoeren Europese toezichthoudende autoriteiten Wft 2019 (Stcrt. 2019, 18510).

¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 36.

te vinden. In dat geval is niet zo zeer de arbeidsmarktkrapte de reden voor het toekennen van de retentiebonus, maar de achterliggende noodzaak om kennis en kunde te behouden. Daarvoor zijn retentiebonussen juist bedoeld. De EBA Richtsnoeren laten naar mijn idee ruimte om ook in dergelijke gevallen een retentiebonus toe te kennen, indien de financiële onderneming dit goed kan onderbouwen en kan concretiseren waarom het behouden van de beoogde kennis en kunde noodzakelijk is voor het goed opereren van de onderneming. Zoals vrijwel altijd is ook hier *the devil in the details*. Het ene geval is het andere niet en een financiële onderneming zal in elk individueel geval moeten kunnen onderbouwen waarom het toekennen van een retentiebonus noodzakelijk is en is toegestaan onder art. 1:122 Wft (voor zover van toepassing) en de EBA Richtsnoeren.

4.2 Uitbetaling van retentiebonussen; belangrijke aandachtspunten

De (wijze van) uitbetaling van een retentiebonus kan in de praktijk eveneens tot vragen leiden. In de eerste plaats speelt de vraag op welk moment een retentiebonus kan worden uitbetaald. Een retentiebonus mag pas worden uitbetaald indien aan alle retentievoorwaarden en relevante *performance criteria* is voldaan.¹⁴ Dit betekent in de eerste plaats dat de retentieperiode moet zijn afgerond of dat de transactie of het project waarvoor een retentiebonus wordt toegekend – ook wel het retentie ‘event’ genoemd – moet zijn afgerond. In de tweede plaats dient de werknemer in kwestie te voldoen aan de relevante *performance criteria*. De EBA Richtsnoeren schrijven voor dat een financiële onderneming bij het toekennen van een retentiebonus specifieke *performance criteria* moet vaststellen, welke *performance criteria* gekoppeld dienen te zijn aan de doelstelling van de retentiebonus.¹⁵ Het strekt te ver om hier uitgebreid in te gaan op de inhoud van de *performance criteria* die financiële ondernemingen kunnen stellen bij het toekennen van een retentiebonus. De financiële onderneming zal in elk geval moeten inventariseren of de werknemer voldoet aan de gestelde *performance criteria*; alleen dan kan de retentiebonus worden toegekend.

Als een financiële onderneming heeft vastgesteld dat zij de toegekende retentiebonus mag uitbetalen, dan rijst de vraag hoe deze uitbetaling eruit dient te zien. Hier dient een onderscheid te worden gemaakt tussen werknemers

die kwalificeren als zogeheten *Identified Staff* en de overige werknemers.¹⁶ Aangezien een retentiebonus kwalificeert als variabele beloning, gelden voor de (wijze van) uitbetaling van een retentiebonus alle reguliere voorschriften voor uitbetaling van variabele beloning. Dit betekent dat een retentiebonus die wordt toegekend aan *Identified Staff* voor tenminste 50% moet worden uitbetaald in de vorm van financiële instrumenten, dat tenminste 40% van de retentiebonus uitgesteld moet worden betaald over een periode van minimaal drie jaar én dat voor het deel van de retentiebonus dat wordt uitbetaald in de vorm van financiële instrumenten een retentieperiode c.q. *lock-up* periode van minimaal één jaar geldt.¹⁷ Voor werknemers die niet kwalificeren als *Identified Staff* gelden al deze eisen niet. Aan deze werknemers kan een retentiebonus volledig in cash worden uitbetaald en hoeft de betaling niet deels te worden uitgesteld.

4.3 Beslistermijn toezichthouder

Een ander praktisch aandachtspunt is de beslistermijn van de bevoegde toezichthouder. Als art. 1:122 Wft van toepassing is, dan dient de bevoegde toezichthouder in te stemmen met het toekennen van een retentiebonus. Tot 1 januari 2023 gold voor alle toezichthouders – DNB, de AFM en de ECB voor significante instellingen – een beslistermijn van zes weken. De beslistermijn van zes weken bleek in de praktijk echter te kort bij een verzoek om instemming vanuit een significante instelling, gelet op de vereiste betrokkenheid van de ECB daarbij.¹⁸ Om die reden is de beslistermijn voor significante instellingen per 1 januari 2023 verlengd naar negen weken.¹⁹ Art. 1:122 lid 2 Wft bepaalt daarom nu dat bij een aanvraag om instemming door een significante instelling een beslistermijn van negen weken geldt en bij andere aanvragen om instemming een beslistermijn van zes weken. Dit betekent overigens niet dat de toezichthouder in alle gevallen binnen zes weken respectievelijk negen weken na indienen van de aanvraag beslist. De beslistermijn zal namelijk pas beginnen te lopen als de aanvraag compleet is. Bovendien zal de toezichthouder de beslistermijn in de regel opschorten bij vervolgvragen of -verzoeken aan de financiële onderneming. Dit is in lijn met de algemene bestuursrechtelijke regels in dit verband.²⁰ Financiële ondernemin-

14 Vgl. par. 8.4, nr. 143 EBA Richtsnoeren (p. 54): ‘*The retention bonuses should only be awarded after the retention conditions and applicable performance conditions have been met.*’

15 Vgl. par. 8.2, nr. 147 EBA Richtsnoeren (p. 54 en p. 55): ‘*A retention bonus should be based on specific conditions that differ from the performance conditions applied to other parts of the variable remuneration and include a retention condition and specific performance conditions. The specific conditions for a retention bonus should lead to the retention objective (...).*’

16 Het identificeren van *Identified Staff* is een vak apart. Ik ga hier in deze bijdrage niet op in. Ik verwijs in dat verband graag naar de *Regulatory Technical Standards* die door de EBA zijn vastgesteld en waarin de criteria voor het identificeren van *Identified Staff* zijn uitgewerkt: *EBA Regulatory Standards in criteria to define managerial responsibility and control functions, a material business unit and a significant impact on its risk profile, and categories of staff whose professional activities have a material impact on an institution's risk profile*, EBA/RTS/2020/05, www.eba.europa.eu

17 Vgl. hfdst. 15 EBA Richtsnoeren (p. 72 e.v.).

18 Vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 35514, nr. 3, p. 17-18.

19 Deze wijziging maakte onderdeel uit van de Wet nadere beloningsmaatregelen financiële ondernemingen (Wnbf) (*Kamerstukken II* 2019/20, 35514, *Stb.* 2022, 220), die per 1 januari 2023 in werking is getreden (*Stb.* 2022, 248).

20 Vgl. bijvoorbeeld art. 7:10 lid 2 Awb, op grond waarvan de beslistermijn bij een bezwaarprocedure wordt opgeschort indien sprake is van een verzuim dat hersteld dient te worden.

gen doen er dus goed aan om rekening te houden met een langere beslistermijn dan zes of negen weken.

5. Aanbevelingen voor de praktijk

Zoals uit het voorgaande duidelijk blijkt, is het toekennen van retentiebonussen in de financiële sector geen sinecure. De voorschriften uit art. 1:122 Wft en de EBA Richtsnoeren zijn niet allemaal even duidelijk en op onderdelen bovendien multi-interpretabel. Daarnaast dient een financiële onderneming bij het toekennen van retentiebonussen meerdere verplichte keuzes te maken, bijvoorbeeld over de lengte van de retentieperiode, de performance criteria die zij stelt aan toekenning van de retentiebonus en de wijze van uitbetaling. DNB heeft met haar recente Q&A meer duidelijkheid willen geven over de toepasselijke voorschriften. Hoewel dit initiatief vanuit DNB zeker te prijzen valt, resteren er nog steeds veel praktische vraagstukken.

Het zou de rechtspraktijk ten goede komen als de Nederlandse wetgever óf de EBA meer duidelijkheid schept ten

aan zien van het kader dat geldt voor de toekenning van een retentiebonus. Een eerste mogelijkheid hiertoe is de tweede evaluatie van de Wet beloningsmaatregelen financiële ondernemingen (Wbfo). Deze staat gepland voor 2023 en zal zich onder meer richten op de invloed van de beloningsregels in de Wbfo op de arbeidsmobiliteit.²¹ Het ligt voor de hand dat de wetgever bij deze evaluatie ook de regels over het toekennen van retentiebonussen kritisch tegen het licht houdt. Ik spoor de wetgever in dat verband aan om in ieder geval de reikwijdte van art. 1:122 Wft kritisch te evalueren, dat wil zeggen in welke gevallen een retentiebonus kan worden toegekend. Wat kwalificeert als een duurzame organisatiewijziging, en hoe verhoudt het begrip duurzame organisatiewijziging zich tot de ogenschijnlijk ruimere EBA Richtsnoeren? Wordt ongetwijfeld vervolgd!

Dit artikel is afgesloten op 5 april 2023.

Over de auteur

Mr. P. (Phinney) Disseldorp
Advocaat te Amsterdam bij Stibbe.

²¹ Vgl. o.a. *Kamerstukken II 2020/21*, 35514, nr. 6, p. 23-25, en *Kamerstukken II 2019/20*, 35559, nr. 6, p. 14-15.