

14. september 2010

HØRINGSUTTALELSE - NYE REGLER OM LØNN, BONUS OG ANNEN GODTGJØRELSE I FINANSSEKTOREN

1 INNLEDNING

Vi viser til Finansdepartementets brev datert 25. juni 2010 og 31. august 2010, hvor det anmodes om høringsinstansenes merknader til utkast til forskrift om godtgjørelse i finanssektoren ("Forskriften"). Det inngis med dette høringsuttalelse på vegne av Norsk Kapitalforvalterforening ("NKFF"). Høringsuttalelsen er utarbeidet i samarbeid med advokatfirmaet BA-HR.

1.1 Kort om Norsk Kapitalforvalterforening og betydningen av Forskriften

NKFF er en interesseorganisasjon for forvaltere av alternative investeringsklasser og –strategier, herunder for norske forvaltere av "hedgefond" / spesialfond etablert i utlandet samt investeringsrådgivere til slike. Foreningens formål er å øke kunnskapen blant offentlige myndigheter om medlemsforetakenes virksomhet, og sørge for at det oppnås best mulig rammevilkår i det norske markedet for medlemsforetakene.

Felles for de fleste av våre medlemmer er at de er verdipapirforetak som ikke er børsnotert. Reglene slik de er foreslått i Forskriften vil innebære flere uheldige konsekvenser for våre medlemmer, samt være praktisk sett vanskelig å gjennomføre. Dette gjelder spesielt de foreslåtte reglene om at minst halvparten av årlig variabel godtgjørelse gis i form av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter utstedt av foretaket eller et annet foretak i konsernet.

NKFF ser at det kan være hensiktsmessig med visse overordnede regler / retningslinjer for lønnsfastsettelse i finanssektoren. Samtidig er det sentralt at reglene ikke går lenger enn det Norge er forpliktet til, og det formålet bak reglene kan rettfærdiggjøre. Formålet bak CRD iii ("Direktivet") er å fungere som ett av flere tiltak for å redusere risikoen for en ny finanskriser ved å sikre en godtgjørelsesordning i finanssektoren som fremmer foretakenes ve og vel. Det vises her til fortalen til Direktivet punkt 1:

"Excessive and imprudent risk-taking in the banking sector has led to the failure of individual financial institutions and systemic problems in Member States and globally. While the causes of such risk-taking are many and complex, there is agreement by supervisors and regulatory bodies, including the G-20 and the Committee of European Banking Supervisors (**CEBS**), that the inappropriate remuneration structures of some financial institutions have been a contributory factor. Remuneration policies which give incentives to take risks that exceed the general level of risk tolerated by the institution can undermine sound and effective risk management and exacerbate excessive risk-taking behaviour."

Det fremgår at siktemålet med Direktivet er "banking sector" og "some financial institutions". Det følger av dette at ikke alle finansforetak vil være omfattet av Direktivets formål, men kun foretak av en viss størrelse og som kan sies å være *systemviktige*. Forskriften i sin nåværende form tar ikke hensyn til dette, men fastsetter at *alle* foretak uavhengig av størrelse, organisasjon, systemviktighet mv. skal omfattes av *alle* reglene.

Løsningen er å anvende et proporsjonalitetsprinsipp, noe som også er gjort i andre land det er naturlig å sammenligne seg med, for eksempel Sverige. Det vises her til betydningen av proporsjonalitetsprinsippet ved gjennomføringen av reglene i norsk rett (fortalen punkt 4):

”The principles recognise that credit institutions and investment firms may apply the provisions in different ways according to their size, internal organisation and the nature, scope and complexity of their activities.”

Som vi vil gjennomgå nærmere nedenfor står et slikt proporsjonalitetsprinsipp sentralt i EU-reglene. Forskriften tar ikke høyde for nevnte prinsipp, og NKFF mener derfor at Forskriften burde endres før den endelig vedtas.

Som nevnt har blant annet også Sverige (som innførte reglene fra 1. januar 2010) hensyntatt proporsjonalitetsprinsippet. Det samme har England.

1.2 Videre fremstilling

Vi vil i det følgende ta for oss virkeområdet etter Forskriften (punkt 2), reglene om begrensning i den variable godtgjørelsen, herunder formen, tidsbegrensning og visse skattemessige konsekvenser (punkt 3), forholdet til allerede inngåtte avtaler (punkt 4), og til slutt noen avsluttende kommentarer (punkt 5).

Vi har innarbeidet våre anmodninger i Forskriften. En ren versjon, samt en mark up som viser våre forslag til endringer følger vedlagt til denne høringsuttalelsen.

2 VIRKEOMRÅDE

2.1 Innledning

Dersom Forskriften blir vedtatt i foreliggende form, vil reglene omfatte et videre område av foretak og ansatte enn det som følger av Direktivet.

NKFF bemerker at et strengere regime enn det resten av EØS-landene har / får vil kunne virke konkurransevridende all den tid foretak da kan være fristet til å flytte virksomheten til et annet land med mildere regler. Et annet, og kanskje mer nærliggende alternativ er at foretaket omgjøres til en filial hvor hovedkontoret er / plasseres i et annet land med mildere regler, med den konsekvens at reglene for hovedkontorets hjemstat vil gjelde.

2.2 Foretak som er omfattet

2.2.1 Forholdet til proporsjonalitetsprinsippet

Forskriften § 1 lyder:

”§ 1 Virkeområde og formål

Holdingselskaper i finanskonsern, banker, finansieringsforetak, forsikringsselskaper, pensjonsforetak, verdipapirforetak og forvaltningsselskaper for verdipapirfond skal ha en godtgjørelsesordning for hele

foretaket som skal bidra til å fremme og gi incentiver til god styring av og kontroll med foretakets risiko, motvirke høy risikotaking, og bidra til å unngå interessekonflikter.”

Reglene gis her anvendelse på ulike finansinstitusjoner, uten at det foretas noen differensiering i forhold til institusjonens størrelse, organisasjon, innvirkning på økonomi / samfunn med videre. Dette gjør at reglene gis et anvendelsesområde videre enn hva som kan sies å være formålet med Direktivet. Vi viser her til fortalen til Direktivet punkt 1:

”Excessive and imprudent risk-taking in the banking sector has led to the failure of individual financial institutions and systemic problems in Member States and globally. While the causes of such risk-taking are many and complex, there is agreement by supervisors and regulatory bodies, including the G-20 and the Committee of European Banking Supervisors (CEBS), that the inappropriate remuneration structures of some financial institutions have been a contributory factor.”

Det fremgår at siktemålet med Direktivet er ”banking sector” og ”some financial institutions”. Det følger av dette at ikke alle finansforetak vil være omfattet av Direktivets formål, men kun foretak av en viss størrelse og som kan sies å være systemviktige. Reglene skal derfor underlegges en proporsjonalitetsvurdering, jf. fortalen til Direktivet punkt 4:

”The principles recognise that credit institutions and investment firms may apply the provisions in different ways according to their size, internal organisation and the nature, scope and complexity of their activities.”

Som vist er det ikke meningen at alle reglene skal gis anvendelse på *alle* finansinstitusjoner. Det følger tvert i mot klart av Direktivet at reglene forutsettes tilpasset det enkelte foretak størrelse, organisasjon, kompleksitet med videre. At proporsjonalitetsprinsippet skal hensyntas ble understreket også av Finanstilsynet i deres utkast til høringsnotat av 2. mars 2010, punkt 3:

”Direktivet retter seg mot kredittinstitusjoner og verdipapirforetak og inneholder et generelt prinsipp om proporsjonalitet i bruken av reglene. Proporsjonalitetsprinsippet vil innebære at reglene må tilpasses den enkelte virksomhetens størrelse og organisering, og slik at også virksomhetens art, formål og kompleksitet tas i betraktning. Reglene er etter sin begrunnelse særlig ment å anvendes på systemviktige institusjoner for å bidra til å sikre finansiell stabilitet, og vil derfor særlig rette seg mot noen få banker.”

Som det fremgår av ovennevnte forutsettes det at Direktivet gjennomføres i nasjonal rett, men med ulikt virkeområde avhengig av foretakets størrelse og systemviktighet. Forskriften i sin nåværende form tar ikke hensyn til dette. Konsekvensen blir dermed at *alle* foretak oppramset i Forskriften § 1 blir omfattet av *alle* reglene, noe som klart ikke var meningen bak Direktivet. Mindre verdipapirforetak og fondsforvaltningsselskaper, herunder NKFF sine medlemmer, vil vanskelig kunne sies å være systemkritiske, og har neppe hatt den store innvirkning på den finansielle stabiliteten. Det fremstår derfor som ubegrunnet at disse skal underlegges et regleverk som ” etter sin begrunnelse særlig ment å anvendes på systemviktige institusjoner (...) og vil derfor særlig rette seg mot noen få banker” (Finanstilsynets utkast til høringsnotat, punkt 3). Dette underbygges videre av følgende uttalelse i Finanstilsynets utkast til høringsnotat punkt 3:

”De norske verdipapirforetakene og forvaltningsselskapene for verdipapirfond med tillatelse til å yte aktiv forvaltning anses ikke som systemkritiske og forretningsrisikoen vurderes som vesentlig lavere enn hva som er tilfellet for de store bankene.”

NKFF påpeker for øvrig at det heller ikke gis noen begrunnelse for hvorfor forsikringsselskaper og pensjonskasser skal omfattes av reglene. Disse foretakene er ikke nevnt i Direktivet, og kan vanskelig sies å være omfattet av dets formål.

2.2.2 Anmodning

NKFF vil sterkt anmode om at Forskriften § 1 endres slik at forsikringsselskaper og pensjonskasser fjernes, og at proporsjonalitetsprinsippet hensyntas, for eksempel slik:

”§ 1 Virkeområde og formål

Holdingselskaper i finanskonsern, banker, finansieringsforetak, verdipapirforetak og forvaltningsselskaper for verdipapirfond skal ha en godtgjørelsesordning for hele foretaket som skal bidra til å fremme og gi incentiver til god styring av og kontroll med foretakets risiko, motvirke høy risikotaking, og bidra til å unngå interessekonflikter.

Reglene skal tilpasses den enkelte virksomhet størrelse og organisering, og slik at også virksomhetens art, formål og kompleksitet tas i betraktning. Styret i det enkelte foretak skal hensynta disse forhold. Styrets redegjørelse skal oppbevares, og ved etterspørsel oversendes Finanstilsynet.”

Styret i hvert enkelt foretak vil dermed fastsette retningslinjer og regler for godtgjørelse i det enkelte foretak, samt redegjøre for hvilke regler foretaket eventuelt skal unntas fra.

Det bemerkes her at Sverige også har inntatt proporsjonalitetsprinsippet. Finansinspektionen (tilsvarende Finanstilsynet) uttalte i den sammenheng at:

”Finansinspektionen finner derfor att den portionalitetsprincip som anges bl.a. i CRD III också är lämplig för att hantera sådana fall där ett företags storlek och arten, omfattningen och komplexiteten av dess verksamhet motiverar avsteg från delar av kraven i regleringstexten. Detta är även den modell som valts av de flesta större EU-länder som infört regleringar av de finansiella företagens ersättningspolicyer.”¹

Videre har Sverige også inntatt den ordningen at hvert enkelt foretak selv velger reglene de skal være unntatt, men at de må forklare hvorfor:

”Alla finansiella företag förväntas besluta om en ersättningspolicy i enlighet med regleringen. Proportionalitetsprincipen syftar till att undvika att små företag som inte kan sägas ha någon betydelse för det finansiella systemets stabilitet drabbas oproportionerligt hårt av en administrativ börda till följd av regleringen. Företagen får i varje enskilt fall förklara varför det vore orimligt att tillämpa en viss del av regleringen. Motiveringen ska då avse företagets begränsade storlek samt verksamhetens art, omfattning och komplexitet.”²

¹ Kilde: http://www.fi.se/upload/30_Regler/10_FFFS/2009/besluts_PM_091211ny.pdf, punkt 2.1.3.

² Kilde: http://www.fi.se/Templates/NewsLetterPage___12345.aspx.

2.3 Personer omfattet av særskilte godtgjøringsregler

2.3.1 Betydningen for foretakets risikoeksponering

Forskriften § 2 annet punktum lyder:

”Godtgjøringsordningen skal inneholde særskilte regler for ledende ansatte, for andre ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av betydning for foretakets risikoeksponering, og for andre ansatte og tillitsvalgte med kontrolloppgaver.”

Det fremgår at det skal fastsettes særskilte regler for ledende ansatte, samt ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av betydning for foretakets risikoeksponering (jf. også §§ 3, 5 og 7). Dette er en utvidelse av virkeområdet i forhold til hva som følger av Direktivet hvor kravet er ”material impact”, jf. fortalen punkt 3. Det er også en utvidelse i forhold til hva Finanstilsynet uttalte: ”Det legges til grunn at det skal dreie seg om en ikke uvesentlig innflytelse på risikonivået”, jf. punkt 3 i utkast til høringsnotat. Det samme er lagt til grunn i Sverige og England.

Et virkeområde som omfatter ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av betydning for foretakets risikoeksponering vil føre til en ikke uvesentlig utvidelse av virkeområdet hva gjelder personer omfattet av Forskriften, uten at behovet for dette er nærmere begrunnet. Videre vil det være vanskelig å definere personer som *ikke* har betydning for foretakets risikoeksponering. I sin videste forstand vil alle ansatte kunne sies å ha betydning for foretakets risikoeksponering.

Sett i sammenheng med den brede krets av foretak som foreslås omfattet av reglene, vil reglene kunne få uheldige konsekvenser. For NKFF sine medlemmer, som ofte er mindre foretak med få ansatte vil det kunne anføres at under visse omstendigheter så vil alle ansatte ha betydning for foretakets risikoeksponering, med den konsekvens at alle ansatte dermed er omfattet av de særskilte reglene for godtgjørelse. Man kan vanskelig utlede dette resultatet fra formålet bak reglene.

2.3.2 Anmodning

NKFF anmoder om at Forskriften § 2 endres slik at det kun er ledende ansatte, og ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av vesentlig betydning for foretakets risikoeksponering som er omfattet. Den samme endringen må foretas i §§ 3, 5 og 7.

3 BEGRENSNINGER FOR GODTGJØRELSEN

3.1 Fordelingen mellom fast og variabel lønn

Det fremgår av Forskriften § 4 første ledd at sammensetningen av fast og variabel godtgjørelse skal være balansert, men slik at hovedelementet skal være den faste godtgjørelsen. Av Direktivets bilag 1, punkt 23 (1) følger det kun at forholdet mellom fast og variabel godtgjørelse skal være ”appropriately balanced”:

“Fixed and variable components of total remuneration are appropriately balanced; the fixed component represents a sufficiently high proportion of the total remuneration to allow the operation of a fully flexible policy, on variable remuneration components, including the possibility to pay no variable remuneration component.”

I forslaget til Finanstilsynet var det heller ikke noe krav om at hovedelementet av den totale godtgjørelsen skal være fast.

3.1.1 Anmodning

NKFF anmoder om at Forskriften endres fra å ha et krav om at hovedelementet av den totale godtgjørelsen skal være fast lønn, til at sammensetningen av fast og variabel godtgjørelse skal være balansert, og videre at foretaket skal fastsette den nærmere sammensetningen:

”For ledende ansatte skal foretaket fastsette sammensetningen av fast og variabel godtgjørelse. Sammensetningen skal være balansert, og slik at den faste delen av godtgjørelsen skal være tilstrekkelig høy til at foretaket kan unnlate å utbetale den variable delen av godtgjørelsen.”

3.2 Nærmere om den variable godtgjørelsen

3.2.1 Innledning

Forskriften § 4, tredje avsnitt lyder som følger:

Dersom variabel godtgjørelse benyttes, skal minst halvparten av årlig variabel godtgjørelse enten gis i form av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter utstedt av foretaket eller et annet foretak i konsernet, med en frist for når egenkapitalinstrumentene kan disponeres. For foretak som ikke har utstedt egenkapitalinstrumenter skal minst halvparten av årlig variabel godtgjørelse utbetales i form av annen form for kompensasjon som bare kan utbetales jevnt fordelt over en periode på minst tre år. Variabel godtgjørelse skal reduseres dersom etterfølgende resultater i foretaket og resultatutviklingen i foretaket tilsier dette.”

Innledningsvis vil vi påpeke at det for foretak som etter § 4 skal utstede aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter står at det skal gis ”en frist for når egenkapitalinstrumentene kan disponeres”. For foretak som ikke har utstedt egenkapitalinstrumenter skal disse utbetales jevnt over en periode ”på minst tre år”. Dette fremstår som noe uklart, og avviker fra Direktivet. Etter Direktivet skal minst halvparten av den årlige variable godtgjørelsen utbetales i form av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter, og minst 40 % av den variable godtgjørelsen skal holdes tilbake i en periode på minst tre år, jf. Direktivets bilag 1, punkt 23 (o) og (q). Vi anmoder derfor om Forskriften endres tilsvarende, jf. NKFF sitt vedlagte forslag.

For god ordens skyld påpekes det at det i Forskriften § 4 femte ledd er fastsatt at ”Grunnlag for variabel godtgjørelse knyttet til foretakets resultater skal være en periode på minst to år”, mens det følger av Direktivets fortale punkt 7 at tidsrammen skal være 3 til 5 år:

“The assessment of performance should be set in a multi-year framework of *at least* three to five years (...)”

3.2.2 Nærmere om reglene

For de større foretak vil det, fra et praktisk ståsted, være relativt uproblematisk å gjennomføre regelen om at minst halvparten av årlig variabel godtgjørelse gis i form av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter utstedt av foretaket eller et annet foretak i konsernet, samt at det skal fastsettes en frist for når disse kan disponeres. Disse foretakene vil i flere tilfeller være børsnotert og

ha aksjer som er lett omsettelige. Det vil derfor være enkelt å utstede omsettelige aksjer med bindingstid.

For mindre foretak derimot, herunder NKFF sine medlemmer og for øvrig de fleste verdipapirforetak i Norge, som ikke har aksjer notert på et regulert marked, og hvor aksjene ikke er lett omsettelige blir gjennomføringen svært utfordrende. For det første vil det være knyttet utfordringer til utstedelse av aksjer / egenkapitalinstrumenter ved at man i mange tilfeller må restrukturere selskaper, herunder gjøre om på allerede inngåtte incentivordninger, aksjonæravtaler, eierforhold etc.

For det annet vil det være knyttet utfordringer til omsetning av aksjene etter at "karanteneperioden" for omsetning av aksjene har utløpt. Det vil i mange tilfeller ikke være noe marked for omsetning av aksjer utstedt av mindre foretak. Det vil derfor antageligvis være det utstedende selskap som selv må kjøpe tilbake aksjene. Selskapet vil dermed etter tilbakekjøpet (forutsatt samme kjøp- og salgskurs) bli stilt som om transaksjonen ikke hadde funnet sted. Fra selskapets ståsted oppnår man dermed intet utover å måtte strukturere selskapet slik at det kan utstede og kjøpe tilbake aksjer til en bredere krets av ansatte.

Som vist vil de foretakene som er børsnoterte få en konkurransemessig fordel idet de vil kunne utstede aksjer med bindinger som kan selges ved bindingstidens utløp. For andre selskaper vil reglene – i stedet for årlige belastninger som følge av bonusbetalinger – skyve belastningen fremover i tid ved fremtidige utbyttebetalinger til "bonusaksjonærene".

NKFF ser med stor bekymring på at Forskriften på dette området er foreslått å gjelde for alle foretak. NKFF sine medlemmer er ikke børsnoterte, og det vil være et meget begrenset marked for omsetning av aksjer utstedt av foretakene. Reglene vil derfor skape store praktiske utfordringer. Videre kan man ikke uten videre se hvordan reglene underbygger formålet bak Direktivet, all den tid selskapene i de fleste tilfeller vil måtte kjøpe tilbake aksjene selv.

Det skal også påpekes at mange verdipapirforetak og fondsforvaltningsselskaper, som ikke er børsnotert og / eller inngår som en del av et finanskonsern, allerede *har* et utstrakt eierskap blant ansatte ved at nøkkelpersonell eier aksjer i foretaket. Ofte er forholdet regulert slik at man eier aksjene i ansettelsestiden og må selge aksjene ved ansettelsesforholdets slutt. Man har dermed en ordning som fremmer langsiktighet og trygg vekst ved at de ansatte er personlig eksponert mot foretakets langsiktige utvikling.

Problemet med de nye reglene er at de medfører en detaljregulering av nøyaktig hvordan eierforhold og utbetaling av bonus skal skje. Dette skaper flere problemer. For det første vil ansatte med eierandeler i foretaket normalt ha inngått avtaler som regulerer disses aksjeinnhav, og som er ment å regulere forholdet så lenge de er ansatt, det vil si på ubestemt tid. Dette er ansatte som ofte har brukt private midler, samt tatt opp lån for å kjøpe aksjer til markedspris i foretaket. De vil derfor ha interesse av en trygg og sikker vekst i selskapet. Hvis de ansatte så etter noen år får utbetalt en bonus grunnet overskudd i driften, vil det være unaturlig å fastsette særlige bindinger for hvordan - og når - denne bonusen skal utbetales. Å fastsette regler hvor minst halvparten av bonusen skal utbetales i aksjer, og som for øvrig vil gripe inn i en allerede etablert eierstruktur, vil for disse foretakene dermed være svært uheldig.

For det annet er det slik i kapitalforvalterbransjen at man i tillegg til et fast forvaltningshonorar (som typisk ligger på 2 % av midlene man forvalter), gjerne har et suksesshonorar som kommer til utbetaling dersom fondet for eksempel slår en referanseindeks. Siden midlene man forvalter varierer (en investor trekker for eksempel midlene tilbake) og suksesshonoraret er høyst usikkert (ikke sikkert at man slår referanseindeksen), vil det være umulig for foretaket og på forhånd vite hva man kan utbetale i lønn. Den faste delen av lønnen ligger derfor gjerne på et markedsmessig nivå, mens bonusen kommer til utbetaling dersom forvaltningen går bra. Å fastsette en Forskrift som sier at hovedelementet av den totale godtgjørelsen skal være fast, vil derfor medføre en uholdbar situasjon for disse foretakene all den tid det vil være høyst usikkert om suksesshonorar oppnås. Det fremstår som ubegrunnet å innføre en slik detaljregulering for foretak som ikke er systemkritiske, og dermed kan anses for å være "et tilfeldig offer" av reglene. Vi viser her blant annet til Finanstilsynets utkast til høringsnotat punkt 3:

"De norske verdipapirforetakene og forvaltningsselskapene for verdipapirfond med tillatelse til å yte aktiv forvaltning anses ikke som systemkritiske og forretningsrisikoen vurderes som vesentlig lavere enn hva som er tilfellet for de store bankene."

Tatt i betraktning at ansatte med eierskap i foretaket, gjerne har investert mye tid og penger, vil det være ødeleggende for bransjen dersom man ikke kan få utbetalt bonus når det går bra. Dette gjør seg enda mer gjeldende all den tid disse foretakene ikke har noe med finanskrisen å gjøre.

Løsningen er å implementere prinsippet om proporsjonalitet i Forskriften. Dette er også tydelig presisert i Direktivet (fortalen punkt 9):

"In this context, the principle of proportionality is of great importance since it may not always be appropriate to apply these requirements in the context of small credit institutions and investment firms."

Finanstilsynet understreket også at "...prinsippet om proporsjonalitet i denne sammenheng er av stor betydning, siden disse kravene ikke alltid vil passe like godt å anvende på små institusjoner", jf. utkast til høringsnotat punkt 5.

Forskriften legger ikke opp til noen tilsvarende differensiering på bakgrunn av ulikheter i de forskjellige foretakene omfattet av reglene. Dette vil som vist ha visse uheldige konsekvenser, samt at det medføre store praktiske ulemper for flere av NKFF sine medlemmer og for øvrig de fleste verdipapirforetak i Norge. Forskriften bør derfor endres slik at det hensyntar proporsjonalitetsprinsippet.

I Sverige er som nevnt proporsjonalitetsprinsippet implementert. I forbindelse med kravet om at en viss del av den variable lønnen skal utbetales i aksjer har man hensyntatt dette ved at det enkelte foretak selv kan velge hvordan de løser dette, og om utbetalingen eventuelt kun skal bestå av kontanter:

”När företaget avgör om ersättningarna ska bestå av kontanter respektive aktier, aktierelaterade instrument eller andra finansiella instrument, eller en kombination av dessa, bör företaget sträva efter att uppmuntra långsiktigt värdeskapande och tillämpa en väl avvägd riskhorisont.”³

3.2.3 Anmodning

På bakgrunn av at Direktivet og Finanstilsynet gir klart uttrykk for at det må tas hensyn til proporsjonalitetsprinsippet på dette området bør Forskriften endres tilsvarende. NKFF anmoder derfor om det i Forskriften § 4 legges til et avsnitt som presiserer dette:

”Reglene skal tilpasses den enkelte virksomhet størrelse og organisering, og slik at også virksomhetens art, formål og kompleksitet tas i betraktning. Styret i det enkelte foretak skal hensynta disse forhold.”

3.2.4 Skattemessige implikasjoner

Forskriftens bestemmelse om at minst halvparten av årlig variabel godtgjørelse gis i form av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter utstedt av foretaket eller et annet foretak i konsernet reiser også visse skattemessige forhold som ikke synes vurdert.

Den mest praktiske innrettelsen etter reglene er antagelig at ansatte mottar vederlagsfrie aksjer/andre egenkapitalinstrumenter som en del av bonusen. Det fremgår ikke om kravet om at 50 % av bonusen skal være i aksjer / andre egenkapitalinstrumenter skal skje før eller etter skatt. Dette kan ha stor betydning. Dersom minst halvparten av bonusen før skatt skal bestå av aksjer, vil konsekvensen i praksis være at den ansatte må benytte tilnærmet hele den kontante delen av bonusen til å betale skatt – dels på den kontante bonusen og dels på de vederlagsfrie aksjene. Dette virker lite rimelig. Vi antar derfor at meningen er at beregningen skal skje etter skatt. Etter en slik forståelse skal minst halvparten av den bonusen som skal utbetales etter skatt bestå av aksjer eller andre egenkapitalinstrumenter som nevnt. NKFF ber om en nærmere redegjørelse for de skattemessige implikasjonene av reglene på dette området.

4 INNGRIPEN I ALLEREDE INNGÅTTE AVTALER

De nasjonale reglene skal ha virkning fra 1. januar 2011. Forholdet til ytelser opptjent i 2010 / inngripen i allerede inngåtte avtaler er ikke nærmere omtalt eller regulert i Forskriften utover at Finanstilsynet gis kompetanse til å gi pålegg om ”utforming, endring og reversering av godtgjørelsesordning”, jf. § 8 første ledd.

Av punkt 22 i fortalen til Direktivet følger det at reglene også skal gjelde for ytelser opptjent i 2010, men at det skal tas høyde for nasjonal lovgivning:

”(…) it is necessary to apply such provisions to remuneration awarded, but not yet paid, before the date of effective implementation in each Member State, for services provided in 2010.” (Vår understrekning).

³ Jf. FFFS 2009 : 6 og FFFS 2009 : 7, kapittel 2 punkt ”Den rörliga ersättningens sammansättning ”, se: http://www.fi.se/upload/30_Regler/10_FFFS/2009/fs0907_.pdf.

Og videre i fortalens punkt 14:

”The provisions on remuneration should be without prejudice to the full exercise of fundamental rights guaranteed by the Treaties, in particular to the provisions of Article 153(5) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), general principles of national contract and labour law, applicable legislation regarding shareholders’ rights and involvement and the general responsibilities of the administrative and supervisory bodies of the institution concerned, as well as the rights, where applicable, of social partners to conclude and enforce collective agreements, in accordance with national laws and traditions.” (Vår understrekning).

I forbindelse med Finanstilsynets forslag til forskrift og rundskriv, uttalte det i punkt 3:

”Det foreslås at forskriften trer i kraft 1. januar 2011. Dette innebærer at reglene og retningslinjene for godtgjøring til medarbeidere som kan påvirke institusjonenes risikonivå, vil gjelde for godtgjørelse som besluttes basert på resultater fra og med regnskapsåret 2011. Tilsvarende vil gjelde godtgjørelse som besluttes i 2011, men som gjelder tiden før 1. januar 2011, såfremt disse forhold ikke er regulert i allerede bindende avtaler”. (Vår understrekning).

Finanstilsynets uttrykte holdning fremstår som å være i tråd med Direktivet. Vi legger til grunn at reglene vil bli praktisert på en slik måte at reglene ikke gjør inngrep i allerede bindende avtaler inngått før forskriften trer i kraft. Noe annet ville være i strid med Grunnloven § 97. Dette er også i tråd med hvordan reglene er gjennomført i Sverige.

4.1.1 Anmodning

Selv om det følger direkte av Grunnloven § 97 at lover ikke kan gis tilbakevirkende kraft, vil det for ordens skyld være en fordel om det inntas et avsnitt i Forskriften som presiserer at Forskriften ikke har noen innvirkning på rettigheter og forpliktelser som følger av allerede inngåtte bindende avtaler, eller annen relevant lovgivning, for eksempel:

”Denne forskrift har ingen innvirkning på rettigheter og forpliktelser som følger av avtaler inngått før forskriften trer i kraft.”

5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Oppsummeringsvis anmoder NKFF om at følgende foretas:

- Et prinsipp om proporsjonalitet implementeres slik at virkeområdet til Forskriften reduseres hva gjelder foretak som omfattes (dette gjelder hele forskriften, men spesielt for reglene om hvordan, og når, den variable godtgjørelsen skal utbetales);
- De særskilte reglene for godtgjørelse begrenses fra å omfatte ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av *betydning* for foretakets risikoeksponering, til å omfatte ansatte og tillitsvalgte med arbeidsoppgaver av *vesentlig* betydning for foretakets risikoeksponering;
- Det fastsettes at det ikke skal gjøres inngripen i bindende avtaler inngått før forskriften trer i kraft; og
- De skattemessige konsekvensene utredes nærmere.

Det viktigste punktet er etter NKFF sitt syn å implementere et proporsjonalitetsprinsipp, slik at Forskriften kan tilpasses de enkelte foretaks særpreg. En slik implementering er som vist i tråd med Direktivet og Finanstilsynets forslag, samt svensk og engelsk lovgivning.

Dersom det er spørsmål til ovennevnte ber vi om at enten Peter Hammerich (ph@bahr.no) eller Andreas Hjelseth Lowzow (anhlo@bahr.no), telefon: 22 83 02 70, kontaktes.

Med vennlig hilsen
Norsk Kapitalforvalterforening



Kjetil Holm
Styrets leder



Lars Tell
Styremedlem

Vedlegg

*Forslag til forskrift
Mark up (som viser våre forslag til endringer)
Sveriges forskrift og lov på dette området*