

De verplichting tot clawback. Terugvorderen zonder beleid?

Annotatie HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1567 (ABN AMRO NV/[werknemer])

mr. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken¹

1. Inleiding

De werknemer heeft de bank opgelicht door gebruik te maken van een ongeoorloofde inkoopconstructie, namelijk een zogeheten *pass-through-scheme*. De werknemer was voor de bank verantwoordelijk voor de inkoop van plastic pashouders voor bankpassen. Hierbij is een tussenvennootschap geplaatst tussen de bank en de leverancier. De echtgenote van de werknemer hield aandelen in deze tussenvennootschap. De tussenvennootschap rekende een marge per pashouder, zonder daadwerkelijk toegevoegde waarde te leveren. Zo ontstond een additionele inkomensstroom voor (het huishouden van) werknemer. Deze inkomensstroom bedroeg € 217.384. In rechte staat vast dat de werknemer verantwoordelijk is voor de hieruit voortvloeiende schade en dat de (hoge) lat van opzet of bewuste roekeloosheid van artikel 7:661 BW gehaald is. De werknemer heeft met zijn handelen zich schuldig heeft gemaakt aan ongeoorloofde belangenverstrengeling, diverse beleidsdocumenten en gedragscodes overtreden, en ABN AMRO schade willen toebrengen, althans hij moet hebben geweten dat zijn handelen met zekerheid tot schade voor ABN AMRO zou leiden.

ABN AMRO heeft bij ontdekking de werknemer op staande voet ontslagen en daarnaast terugvordering van de werknemer geëist van variabele beloning die over de drie jaar voorafgaand aan het ontslag was toegekend. Het gaat om een bedrag van in totaal € 9.098,23. ABN AMRO beroept zich daarbij op de clawback-bepaling van artikel 1:127 lid 3 sub a Wft waarin is opgenomen dat “[] een financiële onderneming een aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid uitgekeerde variabele beloning in ieder geval terugvordert, indien die persoon

[] niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag (de **Clawback-verplichting**)”

In deze zaak staat de vraag centraal of voor terugvordering van de variabele beloning op deze grondslag vereist is dat de financiële onderneming beschikt over procedures, criteria of beleid (**Beleid**) betreffende de toepassing van de Clawback-verplichting.

2. Oordeel Hof en advies A-G

Zowel het Hof Arnhem-Leeuwarden als de Advocaat-Generaal is van oordeel dat bovenstaande vraag bevestigend beantwoord moet worden. De eis van het beschikken over Beleid ten aanzien van de toepassing van de bevoegdheid tot terugvordering volgt zowel uit het financieel-toezichtrecht zelf (artikel 1:127 lid 1 Wft) als uit het arbeidsrecht (een verplichting op grond van het goed werkgeverschap).

2.1. Toezichtrechtelijk beleid

Artikel 1:127 lid 1 Wft bepaalt dat een financiële onderneming beschikt over procedures en criteria betreffende de toepassing van het Clawback-voorschrift. Het Hof merkt hierover op dat het, gelet op dit artikellid, op de weg van de bank had gelegen daar (in elk geval in zekere mate) invulling aan te geven. De A-G gaat uitgebreider op dit artikellid in en merkt op dat “financiële ondernemingen verplicht zijn om beleid te ontwikkelen inzake aanpassing en terugvordering van variabele beloningen. Dergelijk beleid doet niet de bevoegdheid tot aanpassing of terugvordering ontstaan (die volgt rechtsreeks uit de wet), maar is wel noodzakelijk om die bevoegdheid op kenbare wijze jegens werknemers te kunnen uitoefenen.²” Tevens geeft hij aan dat “[] uit artikel 1:

1. Constant van Tuyll is advocaat beloningsbeleid/arbeidsrecht bij VESPER advocaten

2. R.o. 4.26

127 lid 1 Wft volgt dat het vastleggen van procedures en criteria noodzakelijk is om de bevoegdheid als vastgelegd in [de Clawback-verplichting] uit te kunnen oefenen op een wijze die voor het personeel kenbaar en transparant is. Het vastleggen van beleid verkleint de kans op ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen. Daarnaast dient een terugvorderingsmaatregel evenredig te zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Dit alles vereist dat er criteria zijn.”³ Tot slot merkt de A-G op dat de Clawback-verplichting “zodanig open is dat de financiële onderneming – op zijn minst globaal – schriftelijk dient vast te leggen hoe zij deze wettelijke bevoegdheid zal uitoefenen en in concrete gevallen zal toepassen. Die verplichting volgt ook uit art. 1:127 lid 1 Wft, op grond waarvan de financiële onderneming over ‘procedures en criteria’ dient te beschikken.”⁴

2.2. Arbeidsrechtelijk beleid

Het hof is van oordeel dat “de invulling van aan ABN AMRO en/of [werknemer] opgelegde verplichtingen en normen in de Wft dient in hun onderlinge verhouding als werkgever en werknemer (mede) te worden ingevuld door het arbeidsrecht. Vanwege de kenbaarheid en afdwingbaarheid verdient het daarom de voorkeur om de procedures en criteria voor toepassing van de verplichte clawback uit hoofde van het goed werkgeverschap gedetailleerd in het beloningsbeleid op te nemen.”⁵

De A-G is eveneens van oordeel dat “terugvordering geen automatisme mag zijn, mede omdat terugvordering ingrijpt in de arbeidsrechtelijke rechtsverhouding tussen de financiële onderneming en het personeelslid.” De A-G verwijst daarnaast naar de Europese herkomst van de Clawback-verplichting (de Kapitaaleisenrichtlijn voor banken), waarin geen absolute terugvorderingsverplichting is opgenomen, maar deze wordt voorafgegaan, en gerelativeerd, door de zinsnede: “onverminderd de beginselen van het nationale verbintenissen - en arbeidsrecht.”⁶ De A-G merkt vervolgens op dat “de norm van goed werkgeverschap als bedoeld in art. 7:611 BW [] gerekend kan worden tot de wezenlijke beginselen van het Nederlandse arbeidsrecht”.

3. Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad gaat contrair. Hij besluit kort samengevat dat de verplichting op grond van artikel 1:127 lid 1 Wft beleid te hebben een eigen normen- en handhavingsskader kent en dat overtreding van deze verplichting geen consequenties heeft voor de Clawback-verplichting. De Hoge Raad geeft daarbij aan

dat “de desbetreffende verplichting van art. 1:127 lid 1 Wft ertoe dient de bevoegdheid tot terugvordering van variabele beloningen in het beloningsbeleid van de financiële onderneming te verankeren”. De Hoge Raad beargumenteert dat de rechtsopvatting dat de Clawback-verplichting uitsluitend zou kunnen worden uitgeoefend indien aan de verplichting tot het beschikken over procedures en criteria is voldaan “afbreuk zou doen aan de bedoeling van de wetgever dat de financiële onderneming in de in artikel 1:127 lid 3 bedoelde gevallen [waaronder de Clawback-verplichting, **CvT**] te allen tijde tot terugvordering overgaat.”

De Hoge Raad laat zich in het geheel niet uit over de arbeidsrechtelijke/verbintenisrechtelijke aspecten van de toepassing van de Clawback-verplichting, en dus ook niet of het uit het goed werkgeverschap de noodzaak tot het opstellen van Beleid volgt. Wel merkt de Hoge Raad op dat een rechtshandeling waardoor in strijd met de Clawback-verplichting een variabele beloning is toegekend of uitgekeerd, nietig is op grond van art. 1:116 lid 3 Wft en art. 3:40 lid 2 BW.

4. Commentaar

4.1. Nietigheid; verhouding toezichtnormen en arbeidsrecht

De Hoge Raad acht beleid op grond van artikel 1:127 lid 1 Wft geen vereiste voor toepassing van de Clawback-verplichting. Als gezegd, gaat de Hoge Raad verder niet in op de arbeidsrechtelijke/verbintenisrechtelijke aspecten verbonden aan de toepassing van de clawback. Wellicht had de Hoge Raad hierbij in gedachten de nietigheid van variabele beloning die in strijd met de Clawback-verplichting is toegekend of uitgekeerd. In het geval van nietigheid werkt een inbreuk op een wettelijke norm door in de onderliggende rechtshandeling (d.w.z. deze wordt ‘aangetast’) en speelt het arbeidsrecht daarom een zeer beperkte rol.⁷ Er lijkt in dit geval dan ook door de wetgever voor nietigheid te zijn gekozen om een onderonsje tussen de financiële onderneming en werknemer te voorkomen⁸, waarbij de onderneming zich bij de toepassing van de beloningsregels mogelijk achter het arbeidsrecht kan verschuilen. In het arbeidsrecht staat de ongelijkheidscompensatie van de werknemer centraal, dus het is niet ondenkbaar dat toezichtnormen die in het nadeel van de werknemer uitvallen (zoals de beloningsregels van H. 1.7 Wft) inderdaad zouden kunnen worden afgevlakt, of zelfs buiten werking gesteld, door het arbeidsrecht. In dit opzicht is de verhouding tussen toezichtrecht en privaatrecht een andere dan bij

3. R.o. 4.27.

4. R.o. 4.37

5. R.o. 5.30. Zie ook mijn annotatie bij de zaak in eerste aanleg, Rb. Midden-Nederland, 26 februari 2020, *JAR* 2020/94, waar ik dezelfde bewoordingen gebruik.

6. Artikel 94 lid 1, onder n, CRD IV.

7. C.F.J. van Tuyl, “De rechtspositie van de functionaris in de financiële sector”, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* oktober 2018, p. 122-135.

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 30.

vraagstukken rondom aansprakelijkheid in het kader van beleggersbescherming. Daar liggen de doelstellingen van de relevante toezichtnormen en het privaatrecht meer op één lijn en verloopt de incorporatie van het toezichtrecht via het privaatrecht doorgaans zonder al te grote problemen zolang dit in het belang van de belegger is.⁹

Wat hier ook van zij, problematisch aan de nietigheidsgedachte is dat de norm van artikel 1:127 lid 3 Wft niet zozeer op de initiële bonustoekenning zelf ziet; deze is niet in het geding¹⁰. Het gaat om het nalaten van de financiële onderneming onder bepaalde omstandigheden (waaronder de Clawback-verplichting) een gedeelte of de gehele bonustoekenning terug te vorderen. Een nalaten kan niet nietig zijn. Dit is ook bevestigd in de memorie van toelichting waarin terugkomt dat “gelet op het feit dat alleen rechtshandelingen nietig kunnen zijn, het nalaten om de variabele beloning terug te vorderen of aan te passen op grond van artikel 1:127 lid 3 niet nietig is.”¹¹

4.2. Geen beleidseis; inbedding arbeidsrecht

Uit het zwijgen van de Hoge Raad over de arbeidsrechtelijke/verbintenrechtelijke aspecten kan m.i. worden afgeleid dat, ongeacht de grondslag, de Hoge Raad het hebben van enig beleid niet noodzakelijk acht voor de toepassing van de Clawback-verplichting. Dit is overigens in lijn met arbeidsrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad over het kenbaarheidsvereiste bij ontslag op grond van verwijtbaar handelen.¹² Ook daar is beleid geen vereiste voor een dergelijk ontslag, want de benodigde kenbaarheid kan bijvoorbeeld ook volgen uit de aard van de gedraging (evidente gevallen zoals diefstal of fraude) of als voor hetzelfde gedrag eerder een waarschuwing is gegeven.¹³

Dat er in het geheel geen beleidseis is betekent echter niet dat de rol van het arbeidsrecht/verbintenissenrecht is uitgespeeld. Zoals aangegeven, speelt nietigheid geen rol bij een nalaten om de variabele beloning terug te vorderen. Dus zolang de Clawback-verplichting zich richt tot de financiële onderneming, en niet de werknemer zelf, zal de financiële onderneming bij toepasselijkheid van de Clawback-verplichting deze in de relatie tussen hemzelf en de werknemer moeten doorvoeren.¹⁴ Bij gebreke van nietigheid, moet dit via de heersende arbeidsrechtelijke/verbintenrechtelijke leerstukken. Dit is mogelijk anders als de werknemer kan worden aangemerkt als normadressant van de Clawback-verplichting waarmee deze verplichting rechtstreeks voor de werknemer gaat gelden. De Hoge Raad zegt hier echter niets over en ik acht onaannemelijk dat de Hoge Raad de werknemer stilzwijgend (mede-)normadressant van de Clawback-verplichting heeft willen maken. Het financieel-toezichtrecht richt zich primair tot de financiële onderneming zelf, en niet tot derden – zoals werknemers, bedrijven of consumenten – ongeacht of bepaalde toezichtnormen feitelijk op hen betrekking hebben. De uitzonderingen op dit principe zijn schaars, en bij mijn weten gaat het dan uitsluitend om bepaalde beslissingen van toezichthouders die de werknemer rechtstreeks tegen zich moet laten gelden, zoals een beroepsverbod.¹⁵ Dat de werknemer (mede-)normadressant is volgt daarbij klip-en-klaar uit de wetstekst en bovendien geldt effectieve rechtsbescherming omdat de werknemer tegen dit soort toezichthouderbeslissingen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter kan instellen. Dit is een andere situatie dan die waarin een financiële onderneming eenzijdig – en zonder effectieve rechterlijke toetsing – niet alleen zou kunnen bepalen dát er sprake is van een gedraging waarvoor de Clawback-verplichting geldt, maar daarbij ook eenzijdig de omvang van en periode waarover variabele beloning moet worden teruggevorderd kan bepalen. Dit geldt temeer nu de terugvordering van variabele beloning geldt als een inbreuk op het eigendomsrecht, waarvoor strenge procedurele eisen gelden.¹⁶

Met andere woorden, hoewel de Hoge Raad geen beleidseis heeft willen aannemen, is de Clawback-verplichting m.i. nog altijd stevig ingebed in het arbeids- en verbintenissenrecht. Dit lijkt mij

9. Zie bijvoorbeeld W. Wallinga en A.C.W. Pijs, “De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht. De indirecte invloed van de MiFID II op privaatrechtelijke aansprakelijkheid op het gebied van beleggingsdienstverlening en de onderbelichte invloed van de Richtlijn OHP”, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2018-1, p. 12-25 en D. Busch, “De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector - doorwerking in drievoud”, *NTBR* 2023/23.

10. Nietigheid die zich bij strijdigheid met artikel 1:127 lid 3 zonder begrenzing zou uitstrekken tot de initiële bonustoekenning verhoudt zich ook niet goed met het karakter van nietigheid en de ingrijpende gevolgen ervan. Zie de literatuurverwijzingen genoemd in noot 33, 34 en 35 van Van Tuyl a.w.

11. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 30. Dat artikel 1:127 Wft terugkomt in de lijst met nietige rechtshandelingen van artikel 1:116 lid 3 is voor het geval in een overeenkomst is vastgelegd dat de variabele beloning niet kan worden aangepast of teruggevorderd. Dan is dat deel van de overeenkomst nietig.

12. Hoge Raad 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:781 ((werknemer)/IIF Holding).

13. Zie in gelijke zin P-G. Hartlief in diens Conclusie (r.o. 3.17-3.22) bij het arrest (ECLI:NL:PHR:2020:1210).

14. Bij een andere bekende beloningswet, de Wet Normering Topinkomens die geldt in de (semi-)publieke sector, is de werknemer (topfunctionaris) om deze reden mede-normadressant gemaakt.

15. Zie bijvoorbeeld artikel 1:87 lid 1 Wft waar de toezichthouder bij ernstige overtredingen aan “natuurlijke personen die de overtreding hebben begaan dan wel, indien de overtreding is begaan door een rechtspersoon, tot de betrokken gedraging opdracht hebben gegeven of daar feitelijk leiding aan hebben gegeven, de bevoegdheid [kan] ontzeggen om functies uit te oefenen”.

16. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 41 (MvT) en r.o. 4.27 van de A-G (met een verwijzing naar het proportionaliteitsvereiste). Zie in gelijke zin en uitgebreider: N.J. Reijn, “HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1567 (Clawback)”, *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2024-2, nr. 9.

ook recht doen aan de Europese herkomst van de Clawback-verplichting (de Kapitaaleisenrichtlijn), in welk verband geen absolute terugvorderingsverplichting is beoogd, maar een duidelijke rol is weggelegd voor het arbeids- en verbintenissenrecht¹⁷. Dan komt de vraag op via welke (arbeidsrechtelijke/verbintenissenrechtelijke) band de Clawback-verplichting kan worden geïmplementeerd richting werknemers. Het privaatrechtelijke leerstuk van onverschuldigde betaling is ontoereikend om de Clawback-verplichting in volle omvang toe te kunnen passen. Voor dit leerstuk is immers een koppeling tussen de doelstelling waarop de variabele beloning is gebaseerd en het terugvorderen van de variabele beloning vereist, hetgeen niet (per se) het geval is bij de toepassing van de Clawback-verplichting. Contractuele vastlegging lijkt mij het meest voor de hand liggen. Ook in het arrest van de Hoge Raad kan een haakje voor deze benadering worden gevonden. De Hoge Raad geeft immers aan dat (mijn onderstreping) “de desbetreffende verplichting van art. 1:127 lid 1 Wft ertoe dient de bevoegdheid tot terugvordering van variabele beloningen in het beloningsbeleid van de financiële onderneming te verankeren”. Verankering lijkt mij te duiden op het contractueel vastleggen van de Clawback-verplichting, hetgeen overigens iets anders is dan het vaststellen van uitgewerkt Beleid.

4.3. Praktische consequenties

Uit het arbeidsrechtelijke leerstuk van goed werkgeverschap vloeien diverse “beginselen van goed bestuur”¹⁸ voort die de werkgever richting de werknemer in acht dient te nemen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

Deze beginselen gelden m.i. ook voor de uitoefening van de Clawback-verplichting.¹⁹ Deze verplichting kent twee dimensies. Enerzijds gaat het om vaststellen of de norm zelf is overtreden. Hierover zegt de wetsgeschiedenis dat “het fundamentele beginselen [betreft] waarvan redelijkerwijs mag worden verwacht dat elke persoon werkzaam onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming

deze naleeft, zoals de principes die zijn opgenomen in de wettelijke moreel-ethische verklaring, interne gedragscodes en relevante wet- en regelgeving.”²⁰ Ook de Richtsnoeren betreffende een degelijk beloningsbeleid voor banken²¹ geven duiding aan het type gedragingen dat hieronder valt.²² Zo is hierin te lezen dat clawback “met name dient te worden toegepast in het geval van fraude of ander opzettelijk gedrag of ernstige nalatigheid met aanzienlijke verliezen voor de financiële onderneming tot gevolg.”²³ Anderzijds gaat het om het vaststellen door de financiële onderneming van de omvang van en periode waarover variabele beloning moet worden teruggevorderd door de financiële onderneming. In navolging van de wetsgeschiedenis²⁴ vermeldt de Hoge Raad hier alleen over dat dit afhankelijk is van de schending en de omstandigheden van het specifieke geval en dat de onderneming daarbij een ruime beoordelingsruimte heeft.²⁵

Hoewel de norm van het niet voldoen aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag een vage norm is, geven wetsgeschiedenis en beloningsrichtsnoeren richting. Hieruit volgt dat het gaat om een schending van fundamentele beginselen dan wel ernstige gevallen zoals fraude. Hiermee wordt de beoordelingsruimte van de financiële onderneming dus feitelijk ingeperkt. Het betreffen daarnaast vaak evidente gevallen. De rol van het goed werkgeverschap acht ik hier dan ook niet zo groot, hoewel uiteraard wel goed gemotiveerd moet worden waarom sprake is van een dergelijk ernstig geval.

Dit ligt anders bij het vaststellen van de omvang van en periode waarover variabele beloning moet worden teruggevorderd. Het maakt nogal uit of de financiële onderneming de volledige variabele beloning over de laatste vijf jaar terugvordert, of alleen (een deel van) de variabele beloning over het laatste jaar. De wetsgeschiedenis noch de beloningsrichtsnoeren bieden op dit punt enige houvast²⁶. Des te meer beoordelingsruimte, des te indringender aan het goed werkgeverschap moet worden getoetst.²⁷ Met het oog op het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zal de financiële onderneming een terugvorderingseis goed moeten onderbouwen. De door de A-G in zijn Conclusie genoemde wegingsfactoren kunnen hierbij een rol spelen²⁸:

17. Zie ook par. 291 van de EBA Richtsnoeren betreffende een degelijk beloningsbeleid voor banken.

18. G.J.J. Heerma van Voss, “De dynamiek van goed werkgeverschap”, *TRA* 2011/77.

19. Naar analogie met de volledige toetsing aan het goed werkgeverschap bij de discretionaire toekenning van bonussen, zie Hoge Raad 13 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:693, *JAR* 2023/162, m. nt. Van Tuyll. Reijn, a.w. noemt deze beginselen ook, maar alleen in de context van het verkrijgen een eventuele (schade)vergoeding voor de werknemer bij gebreke van Beleid. Mijns inziens kunnen deze beginselen breder worden ingezet (dus ook bij toetsing op de uitoefening van de Clawback-verplichting). Bovendien lijkt de betoogde route mij nogal omslachtig: dan zou een werknemer eerst de volledige omvang van de terugvorderingseis tegen zich moeten laten gelden om vervolgens – bij gebreke van Beleid – weer een (schade)vergoeding van de onderneming (terug) te kunnen vorderen. Dan lijkt het me praktischer om het goed werkgeverschap direct bij de poort in te zetten.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 41 (MvT).

21. Zie de EBA Richtsnoeren betreffende een degelijk beloningsbeleid overeenkomstig Richtlijn 2013/36/EU, EBA/GL/2021/04 2 juli 2021 (laatste versie).

22. Zie in gelijke zin de annotatie van C.W.M. Lieverse over deze zaak bij *JOR* 2023/289.

23. Richtsnoer 294.

24. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 22 en 40 (MvT).

25. R.o. 3.1.2

26. De EBA Richtsnoeren voor banken geven alleen aan dat de vervallermijn niet mag eindigen voor het einde van de lock-up periode (richtsnoer 294).

27. Wederom naar analogie met de volledige toetsing aan het goed werkgeverschap bij de discretionaire toekenning van bonussen, zie Hoge Raad 13 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:693, *JAR* 2023/162, m. nt. Van Tuyll.

28. R.o. 4.42. In gelijke zin: Reijn, a.w.

- a. De mate waarin normen van correct gedrag zijn overtreden, gelet op de ernst en de duur van de overtreding.
- b. De verwijtbaarheid van het gedrag, zoals mogelijk blijkend uit de aanwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid.
- c. De mogelijkheid dat het gedrag het risicoprofiel van de financiële onderneming beïnvloedt of de onderneming blootstelt aan handhavend optreden van toezichthouders.
- d. De aanwezigheid van een verband tussen de criteria op grond waarvan een variabele beloning is toegekend en het gedrag dat aanleiding kan vormen voor terugvordering.
- e. De positie van de betrokken werknemer binnen de financiële onderneming en de aard van zijn functie.”

5. Conclusie

Het clawback-arrest van de Hoge Raad is helder en beknopt, maar bij nadere lezing komen toch enkele rechtsvragen op. De belangrijkste die ik in deze bijdrage heb willen beantwoorden is of de Hoge Raad nog ruimte laat voor het arbeidsrecht/verbintenisrecht bij toepassing van de Clawback-verplichting. Deze vraag kan wat mij betreft bevestigend beantwoord worden. Dat het goed werkgeverschap het hebben van Beleid voor de toepassing van de Clawback-verplichting zou eisen, zoals betoogd door het hof en de A-G²⁹, is echter een brug te ver gebleken. Hier heb ik ook geen precedent voor kunnen vinden in arbeidsrechtelijk jurisprudentie van de Hoge Raad. Ik heb bij de beantwoording mede de systematiek van de Wft in acht genomen. De situatie waarbij de werknemer toezichtrechtelijke normen rechtstreeks tegen zich moet laten werken – de werknemer als (mede-)normadressant – is een exoot. Mede gelet op de consequenties hiervan in dit specifieke geval (het ontbreken van effectieve rechtsbescherming voor de werknemer), acht ik het onaannemelijk dat de Hoge Raad deze consequentie heeft willen verbinden aan zijn arrest.

Ik heb afgesloten met enkele praktische inzichten rondom de toepassing van het goed werkgeverschap bij de uitoefening van de Clawback-verplichting. De beoordelingsruimte van de financiële onderneming is met name zeer ruim waar het de vaststelling betreft door de financiële onderneming van de omvang van en periode waarover moet worden teruggevorderd. Vanwege de grote financiële gevolgen voor de betrokken werknemer, zal de financiële onderneming – bij gebreke aan Beleid – de mate waarin wordt teruggevorderd indringend moeten toetsen aan de “beginselen van goed bestuur”, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

29. En, eerlijkheidshalve, ook door mijzelf, zie noot 4.