

De rechtspositie van de functionaris in de financiële sector

mr. C.F.J. van Tuyll¹

1. Inleiding

Na de financiële crisis is een verscheidenheid aan normen via het financieel toezichtrecht ingevoerd met als rechtssubject de medewerkers, bestuurders en/of interne toezichthouders van financiële ondernemingen.² Het doel van deze normen is ogenschijnlijk veelzijdig: het tegengaan van perverse prikkels, het vergroten van de betrouwbaarheid en geschiktheid van deze functionarissen en het herstel van vertrouwen in de sector. De gemeenschappelijke deler is de sturing op gedrag en cultuur binnen de financiële onderneming en het creëren van normbesef bij functionarissen.³

Het financieel toezichtrecht werkt op diverse manieren en momenten door in de (beoogde) rechtsverhouding tussen de financiële onderneming en de betreffende functionaris. In de regel is de financiële onderneming daarbij de normadressaat en niet de individuele functionaris. In die zin is de functionaris dus een 'derde' in het financieel toezichtrecht. Zoals ik in deze bijdrage zal aantonen, is dit uitgangspunt aan erosie onderhevig en maakt

de wetgever steeds meer gebruik van een tweetal andere doorwerkingsmethoden, waarin de functionaris een centrale(re) plaats toebedeeld krijgt. Deze ontwikkeling raakt functionarissen rechtstreeks in hun belangen en een zekere kennis van het financieel toezichtrecht, en de wijze van doorwerking daarvan, is dan ook noodzakelijk voor een goed begrip van de rechtspositie van functionarissen in de financiële sector.

In deze bijdrage geef ik in paragraaf 2 een dwarsdoorsnede van de diverse categorieën van financiële normen met specifieke relevantie voor functionarissen van financiële ondernemingen.⁴ In paragraaf 3 bespreek ik de achtergrond en kenmerken van de drie verschillende doorwerkingsmethoden en daarna ga ik aan de hand van specifieke casusposities in op diverse voor- en nadelen van ieder van deze methoden. Ik sluit af met een conclusie en doe enkele aanbevelingen.

2. Categorieën financiële normen

De in dit deel behandelde normen bespreek ik in volgorde van het doorwerkingsmoment in de (beoogde) arbeidsrelatie,⁵ dus (i) bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, (ii) gedurende de arbeidsovereenkomst en (iii) bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst.

Allereerst zijn er normen die eisen stellen aan de geschiktheid en/of betrouwbaarheid van interne toezichthouders,⁶ (mede) beleidsbepalers⁷ en 2^e

1. Constant van Tuyll van Serooskerken is advocaat te Amsterdam, als promovendus verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en tevens redacteur van dit tijdschrift.

2. 'Financiële onderneming' is het meest veelomvattende instellingsbegrip onder de Wft. Zie in art. 1:1 Wft de definitie 'financiële onderneming'. Waar ik in dit artikel refereer aan 'financiële onderneming' verwijst ik naar deze definitie, zonder daarmee in elk geval alle instellingen die onder deze definitie vallen te willen omvatten. In dit artikel spreek ik verder van 'functionaris(sen)'. Onder 'functionaris' versta ik medewerkers van de financiële onderneming, en in voorkomende gevallen ook bestuurders en/of interne toezichthouders (commissarissen).

3. Zie bijvoorbeeld: *Visie DNB toezicht 2010 - 2014*, Amsterdam DNB 2010, te vinden via: https://www.dnb.nl/binaries/Visie%20DNB%20Toezicht%202010-2014_tcm46-230507.pdf?2016102606, *Toezichtmethodieken gedrag en cultuur*, Amsterdam: DNB 2013, te vinden via: https://www.dnb.nl/binaries/DNB_Toezichtmethodieken%20Gedrag%20en%20Cultuur_WEB_tcm46-340661.pdf?2017101913, en *Brochure Onderzoek naar gedrag en cultuur*, Amsterdam AFM 2016, te vinden via: <https://www.afm.nl/~/-/profmedia/files/brochures/2016/werkwijze-toezicht-gedrag-cultuur.pdf?la=nl-nl>.

4. Ik noem het bewust een 'dwarsdoorsnede' en pretendeer geen uitputtend overzicht te geven voor alle financiële ondernemingen.

5. Dit artikel is toegespitst op de arbeidsrelatie, maar ook andersoortige rechtsverhoudingen zijn denkbaar (of, in geval van een commissaris of bestuurder van een beursgenoteerde onderneming, aangewezen), zoals de overeenkomst van opdracht.

6. Onder andere art. 3:8 lid 1 Wft en 4:9 lid 1 Wft jo. beleidsregel geschiktheid 2012 (geschiktheid) en art. 3:9 Wft jo. H. 2 Bpr Wft en art. 4:10 Wft jo. H. 3 Bgfo Wft (betrouwbaarheid).

7. Onder andere art. 3:8 lid 1 Wft en 4:9 lid 1 Wft jo. beleidsregel geschiktheid 2012 (geschiktheid) en art. 3:9 Wft jo. H. 2 Bpr Wft en art. 4:10 Wft jo. H. 3 Bgfo Wft (betrouwbaarheid).

echelon-functionarissen⁸ van financiële ondernemingen.⁹ Dit houdt in dat deze functionarissen niet benoemd mogen worden in een toezichthoudende, (mede) beleidsbepalende c.q. 2^e echelon-functie voordat een of meerdere financiële toezichthouders (ECB, DNB of AFM) hun goedkeuring aan de benoeming hebben gegeven.¹⁰ Daarnaast geldt voor specifieke integriteitsgevoelige functies binnen de financiële onderneming dat de instelling zelf een verplichte pre-employment screening dient uit te voeren alvorens een persoon in een dergelijke functie te benoemen.¹¹ In de praktijk wordt deze screening vaak uitbesteed aan een externe screeningsorganisatie, zoals het Dutch Securities Institute (DSI).¹²

In de uitoefening van de functie dienen alle functionarissen van banken¹³ en een brede kring functionarissen van andere financiële ondernemingen¹⁴ een moreel-ethische verklaring (de 'bankierseed') af te leggen en zich te committeren aan de daarin opgenomen gedragsregels. Voor bankmedewerkers

is naleving van deze gedragsregels onderworpen aan tuchtrecht.¹⁵ Daarnaast moeten klantmedewerkers van diverse financiële ondernemingen doorlopend aan vakbekwaamheidseisen voldoen, al dan niet gekoppeld aan een diplomaplicht.¹⁶ Ter bestrijding van met variabele beloning geassocieerde perverse prikkels, is voorts (de hoogte van) de variabele beloning van alle functionarissen van (nagenoeg) alle financiële ondernemingen streng gereguleerd.¹⁷

Hertoetsing van geschiktheid en/of betrouwbaarheid door de financiële toezichthouders kan in de weg staan aan het nog langer mogen vervullen van een toezichthoudende, beleidsbepalende of 2e echelon-functie door een functionaris. In de praktijk heeft een negatieve hertoetsing – gericht aan de financiële onderneming en niet aan de betreffende functionaris – het ontslag van de betreffende functionaris tot gevolg.¹⁸ De financiële toezichthouders kunnen zich daarnaast rechtstreeks tot beleidsbepalers en opdrachtgevers dan wel feitelijk leidinggevers aan een overtreding wenden en hen een (tijdelijk) beroepsverbod opleggen bij ernstige overtreding van financiële normen.¹⁹ Het effect hiervan is (deels) gelijk aan een door de toezichthouders uitgesproken negatief hertoetsingsoordeel.²⁰ Een ver-

8. Onder andere art. 3:8 lid 1 Wft (geschiktheid) en art. 3:9 Wft jo. H. 2 Bpr Wft (betrouwbaarheid). 2^e echelon wordt ook wel senior management genoemd. Bij senior management toetsen de toezichthouders alleen op betrouwbaarheid en dient de financiële onderneming zelf de geschiktheidstoetsing uit te voeren.
9. Niet alle toetsingen zijn van toepassing op alle financiële ondernemingen. Daarnaast gelden er toetsingen voor gekwalificeerde aandeelhouders, te weten houders van verklaring van geen bezwaar voor gekwalificeerde deelnemingen (10%), zie art. 3:99 Wft.
10. Voor banken en verzekeraars geldt de zogeheten 'dubbele poortjes'-systematiek bij toetsingen van bestuurders en interne toezichthouders (art. 1:47c en 1:49 Wft), waarbij zowel DNB als AFM een doorslaggevende stem (kunnen) hebben voor de benoeming. De ECB is exclusief beslissingsbevoegd waar het aankomt op toetsingen van bestuurders en interne toezichthouders van significante banken (in de zin van het Single Supervisory Mechanism). Zie uitgebreider: I.P. Palm-Steyerberg, 'Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief (Deel I)', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2017/11.
11. Art. 3:10 lid 1 en 2 Wft en art. 3:17 lid 1 en 2 aanhef en sub b Wft jo. art. 13 Bpr Wft en art. 4:11 lid 1, 2 en 3 Wft en 4:14 lid 2 aanhef en sub b Wft jo. art. 20 en 25 Bgfo Wft. Voor meer informatie, zie E.J. Houben, 'Betrouwbaarheidstoetsing bij integriteitgevoelige functies', *ArbeidsRecht* 2008/8.
12. In dit artikel zal ik niet ingaan op het spanningsveld tussen een zorgvuldige pre-employment screening en het belang van sollicitanten dat ex-werkgevers zich niet negatief over hen uitlaten gelet op hun precare positie in de sollicitatiefase. Zie mijn annotatie bij Hof Den Bosch 3 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2855 (tussenuitspraak: ECLI:NL:GHSHE:2017:115), *JAR* 2018, 200.
13. Zie art. 3:17b lid 2 Wft. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) geeft in een Q&A aan welke zeer beperkte groep medewerkers naar haar mening de bankierseed niet hoeven af te leggen (Q&A Implementatie Toekomstgericht Bankieren voor de introductie van de bankierseed en het tuchtrecht).
14. Interne toezichthouders/commissarissen, beleidsbepalers, klantmedewerkers en zogeheten *material risk takers*.

15. Art. 3:17 c Wft. Er is thans één tuchtrechtelijke regeling, opgesteld in opdracht van de NVB en uitgevoerd door de Stichting Tuchtrect banken (STB), te vinden op: <https://www.tuchtrectbanken.nl/>. Op de inhoud van het tuchtrecht ga ik in dit artikel niet nader in, want het tuchtrecht kwalificeert als zelfregulering.
16. Art. 4:9 lid 2 en 4 Wft jo. art. 6 e.v. Bgfo Wft (financiële dienstverleners) en art. 4:9 lid 3 en 4 Wft jo. art. 5a Bgfo Wft jo. Regeling vakbekwaamheid werknemers beleggingsondernemingen Wft jo. ESMA Richtsnoeren voor de beoordeling van kennis en bekwaamheid d.d. 22 maart 2016 (beleggingsondernemingen).
17. Onder andere H. 1.7 Wft (alle financiële ondernemingen), de Regeling beheerst beloningsbeleid 2017 (banken en bepaalde beleggingsondernemingen) en art. 275 gedelegeerde Solvency-verordening (verzekeraars).
18. Met als bekend voorbeeld het ontslag van de bestuurders in de *Veer Palthe Voûte*-zaak, zie Hof Den Haag 8 december 2006, *JAR* 2007/45.
19. Art. 1:87 Wft. Het beroepsverbod geldt in principe voor de duur van maximaal één jaar, met de mogelijkheid van één jaar verlenging. Bij recidive binnen 5 jaar kan een permanent beroepsverbod worden opgelegd.
20. Dat er bij een hertoetsing – met name wegens een negatief betrouwbaarheidsoordeel – sprake kan zijn van een de facto beroepsverbod voor lange, zo niet onbepaalde, duur wordt door diverse auteurs onderschreven: zie bijvoorbeeld A.J.C. de Moor-van Vugt, *Buiten twijfel* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, G.P. Roth & J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB. Beschouwingen over geschiktheid, betrouwbaarheid en de praktische betekenis van het in theorie bestaande stelsel van rechtsbescherming', *Ondernemingsrecht* 2014/95 en D. Busch & A.J.A.D. van den Hurk, 'Bestuursverboden en toetsing van beleidsbepalers in de financiële sector', in: D. Busch e.a. (red.), *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het*

schil is dat het beroepsverbod zich kan uitstrekken tot buiten de financiële sector.²¹ In uitzonderlijke omstandigheden kan de Minister van Financiën of een financiële toezichthouder (dan wel een bijzondere vertegenwoordiger van de financiële toezichthouder) rechtstreeks tot het (civielrechtelijke) ontslag van specifieke functionarissen overgaan.²² Los van de hiervoor genoemde heenzending-, ontslag- en schorsingsbevoegdheden van de financiële toezichthouders, kent het financieel toezichtrecht specifieke governance-eisen rondom ontslag die in acht moeten worden genomen. Zo dient het bestuur van een bank voorafgaand toestemming te vragen aan de interne toezichthouder²³ voor het ontslag van bepaalde personen op sleutelfuncties.²⁴ Ook de (maximale) vertrekvergoedingen die aan functionarissen van financiële ondernemingen mogen worden uitgekeerd zijn streng gereguleerd.²⁵

3. Verscheidene doorwerkingsmethoden

Ofschoon voornoemde financiële normen alle zien op de functionaris, moet van het rechtssubject de normadressaat worden onderscheiden. De eerste doorwerkingsmethode die ik bespreek is de doorgaans in de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) gehanteerde standaard: financiële normen zijn niet gericht tot de functionaris zelf, maar tot de financiële onderneming waarmee de functionaris een dienstbetrekking heeft. Hoe deze regels vervolgens

civielrechtelijk worden doorgevoerd, is aan de financiële onderneming gelaten. Dit veronderstelt zeker geen vrijblijvendheid. Bij niet-naleving door de financiële onderneming staat de toezichthouder een divers scala aan toezichtmaatregelen ter beschikking.²⁶

De medewerking van een functionaris aan de doorvoering van financieel-rechtelijke normen is geen gegeven, zeker niet als het effect van een financiële norm een verslechtering van zijn of haar (financiële) positie inhoudt. Als de voorgestane implementatie raakt aan de arbeidsvoorwaarden of ontslagpositie van de functionaris, kan de beschermende werking van het arbeidsrecht (en het algemeen contractenrecht) mogelijk aan eenzijdige doorvoering in de weg staan.²⁷ Voor ontslag en eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden geldt in de regel een hoge drempel.²⁸

Dat functionarissen zich op het arbeidsrecht kunnen beroepen indien de toepassing van een financiële norm niet in hun belang wordt geacht, hangt samen met het karakter van de Wft. Art. 1:23 Wft bepaalt dat privaatrechtelijke rechtshandelingen die daarmee strijdig zijn niet uit dien hoofde kunnen worden aangetast.²⁹ Deze onaantastbaarheid maakt dat de Wft bij samenloop tussen het financieel toezichtrecht en het privaatrecht niet als *lex specialis* ten opzichte van het BW te gelden heeft;³⁰ er is sprake van een dubbel publiekrechtelijk en privaatrechtelijk normenstelsel.³¹ Het financieel toezichtrecht perkt echter wel degelijk *a priori* de contractsvrijheid van private partijen in. Het beginsel *pacta sunt servanda* staat bovendien niet in de weg aan de verplichte naleving van financiële normen.

bestuursverbod (Vereeniging 'Handelsrecht' Preadvizen 2014) Zutphen: Paris 2014, p. 203 e.v.

21. Ter voorkoming dat het (tijdelijk) beroepsverbod wordt omzeild door een functie te bekleden binnen een andere onderneming binnen de groep van de financiële onderneming, strekt het verbod zich mede uit tot elke onderneming waar de betrokken financiële onderneming deel van uitmaakt, ongeacht of deze onderneming kwalificeert als financiële onderneming in de zin van de Wft (*Kamerstukken II 2013/14, 33849, 3, p. 34.*). Op grond van lid 4 van art. 1:87 Wft jo. het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten kan het beroepsverbod worden uitgebreid tot beleidsbepalers en leidinggevende functies van niet-financiële ondernemingen. Het gaat daarbij om overtredingen van EU-verordeningen waarin dit verplicht is gesteld. Ook het beroepsverbod van art. 1:88 Wft kan zich uitstrekken tot natuurlijke personen die niet werkzaam zijn bij financiële ondernemingen.
22. Art. 6 Interventiewet en art. 3A: 49 Wft (BRRD).
23. Dit zijn de commissarissen (*two tier board*) of de niet-uitvoerend bestuurders (*one tier board*).
24. Par. 157, H. 19.1 van de EBA Guidelines on internal governance d.d. 26 september 2017 (*'The heads of internal control functions should [] not be removed without the prior approval of the management body in its supervisory function.'*).
25. Art. 1:125 Wft jo. H. 9.3. van de EBA Guidelines on sound remuneration policies d.d. 27 juni 2016. Zie nader: A.M. Helstone, 'Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2016, 19 en F.C.A. van de Bult & C.F.J. van Tuyll, 'Een reactie op 'Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk'', *ArbeidsRecht* 2016, 55.

26. Zie uitgebreid: D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen & G.V. Naber (red.), *Onderneming en sanctierecht: Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw* (Serie Onderneming & Recht nr. 76), Deventer: Kluwer 2013.
27. In het hiernavolgende spreek ik alleen over het arbeidsrecht, dat (doorgaans) verder gaat dan het algemeen contractenrecht.
28. Voor wat betreft het leerstuk van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden zij verwezen naar het bekende *ABN Amro*-arrest, Hof Amsterdam (zp Arnhem) 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468, JAR 2010/270.
29. En per 15 september jl. strekt de niet-aantastbaarheid zich ook uit tot ook privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht in strijd met regels die zijn gesteld bij of krachtens EU verordening. Zie: Wet uitvoering verordening SFTR, *Stb.* 2018, 244 en *Stb.* 2018, 309.
30. I.S.J. Houben stelt echter het tegenovergestelde, in: I.S.J. Houben, 'Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias "regulatory contract law"', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013/ 6998. Zij lijkt hierbij echter een onderscheid te maken tussen sectorspecifieke regelgeving met nietigheids sanctie en sectorspecifieke regelgeving zonder nietigheids sanctie (zoals de Wft).
31. Zie onder andere O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012, 175(5).

De onaantastbaarheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen ex art. 1:23 Wft vormt een afwijking van het in art. 3:40 lid 2 BW gehuldigde uitgangspunt dat rechtshandelingen niet in strijd met dwingende wetsbepalingen mogen worden verricht, op straffe van nietigheid of vernietigbaarheid. Bij uitzondering kan de Wft-wetgever de privaatrechtelijke hoofdregel laten prevaleren – dat wil zeggen: art. 1:23 Wft buiten toepassing laten – en heeft een schending van financiële normen dus wel nietigheid tot gevolg. Dit duid ik aan als de tweede doorwerkingsmethode, die ik in het hiernavolgende zal bespreken. Vanwege de ingrijpende gevolgen van nietigheid, namelijk terugwerkende kracht en ongedaanmakingsverplichtingen over en weer,³² wordt wel gesproken over de botte bijl van nietigheid³³ en maakt de wetgever hiervan terughoudend gebruik.³⁴ Voor zover relevant in deze arbeidsrechtelijke context, blijft de toepassing van deze nietigheidssanctie in het financiële toezichtrecht beperkt tot simpel vast te stellen overtredingen waar de gevolgen van terugwerkende kracht beperkt en overzichtelijk zijn.³⁵ Voor delen van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (**Wbfo**), zoals de regels rondom het maximale bonusplafond, heeft de wetgever zijn terughoudendheid in het gebruik van de nietigheidssanctie laten varen.³⁶ Dit heeft dus als gevolg dat met deze beloningsregels strijdige rechtshandelin-

gen nietig zijn en functionarissen op dit punt geen beroep kunnen doen op de beschermende werking van het arbeidsrecht.³⁷ Deze nietigheid is partieel, en strekt zich alleen uit tot de onderdelen van de rechtshandeling die in strijd zijn met de wettelijke regeling.³⁸ Toegesplitst op het bonusplafond, betekent dit dat een bonustoekenning alleen nietig is voor het deel dat boven de maximale norm uitkomt. Dit geldt ook indien een bonustoekenning een vennootschappelijk bezoldigingsbesluit omvat.³⁹ De vraag komt op of ook de onderliggende bonusafspraken (al dan niet vervat in de arbeidsovereenkomst) met nietigheid kunnen worden aangetast. In mijn optiek kan dit zeker, maar zal hier niet altijd sprake van zijn.⁴⁰ Een en ander hangt samen met de vormgeving van de gemaakte bonusafspraken. Indien de toekenningshandeling beperkt blijft tot een feitelijke, contractueel voorgeschreven handeling, zijn de onderliggende afspraken m.i. nietig. Indien de bonusafspraken voorwaardelijk zijn en tot een nadere rechtshandeling nopen, is er geen reden tot nietigheid van de onderliggende bonusafspraken aangezien de toekenningshandeling dan zelf nietig is.

32. Art. 6:203 BW.

33. J.M. Van Dijk, *Preadvies voor effectenrecht* 2004, p. 36 en W.J. Oostwouder, *Unforgiven? Over nietigheid en vernietigbaarheid in het bedrijfsfinanciële recht*, Zutphen: Paris 2005.

34. W.H. van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2006, p. 5-36.

35. In opdracht van het Ministerie van Financiën is in juni 2005 door TILEC (Tilburg Institute for Law and Economics) een *position paper* uitgebracht naar de omstandigheden waaronder behoefte zou kunnen bestaan aan de sanctie van vernietigbaarheid of nietigheid bij schending van financiële normen. Naast simpel vast te stellen overtredingen waar de gevolgen van terugwerkende kracht beperkt en overzichtelijk zijn noemen de onderzoekers de situatie dat andere privaatrechtelijke sancties de schade aan cliënten niet goed kan herstellen. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ten tijde van het uitbrengen van dit rapport de onderzoekers niet het oog zullen hebben gehad op financiële toezichtwetgeving die de positie van functionarissen normeert. Voor meer informatie over het TILEC-rapport, zie C.M. Grundmann-Van de Krol en J.B.S. Hijink, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht* (4e druk), Den Haag: Boom, 2012, p. 803 e.v. en W.H. van Boom, a.w., p. 5-36.

36. Zie art. 1:116 lid 3 Wft en voor nadere toelichting *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 3, p. 30. Meer specifiek gaat het om de volgende beloningsregels: art. 1:121 lid 1 t/m 6 Wft (de onderscheidenlijke maximale bonusplafonds), art. 1:122 Wft (de maximale retentiebonus), art. 1:124 Wft (verbod op gegarandeerde variabele beloning), art. 1:125 Wft (maximale vertrekvergoeding), art. 1:127 lid 2 en 3 Wft (verplichte terugvordering en aanpassing variabele beloning) en art. 1:128 lid 1 Wft (bonusverbod bij staatssteun).

37. Er is mijns inziens geen sprake van vernietigbaarheid in de zin van art. 3:40 lid 2 BW omdat de Wbfo niet slechts strekt tot bescherming van de functionaris of de financiële onderneming, maar ook andere belangen, zoals de bescherming van consumenten/beleggers en het adequaat functioneren van de effectenmarkten. Zie bijvoorbeeld Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht* (oratie) 2002 en C.T.M. Luijckx, 'Civielrechtelijke gevolgen van overtreding van artikel 3 Wet toezicht effectenverkeer 1995', *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2002, p. 170-171.

38. Zie art. 3:41 BW, dat van rechtswege geldt. Dat het partiële nietigheid betreft is door de wetgever bevestigd in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 3, p. 30). Hier doet mijns inziens niet aan af dat de Hoge Raad in diens arrest van 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/166 m.nt. Helstone, *JOR* 2018/215 m.nt. Van der Vos, het partiële karakter niet specifiek benoemt.

39. Kortmann & Schim, 'De (on)aantastbaarheid van met de Wft strijdige rechtshandelingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht* (Serie Onderneming & Recht nr. 40) 2007, p. 592 e.v. en Asser/De Serière 2-IV 2017/822.

40. Hoewel de memorie van toelichting aangeeft dat het begrip 'rechtshandelingen' ruim dient te worden geïnterpreteerd, en dat 'het kan gaan om de toekenning van (variabele) beloningen, maar ook om overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de toekenning of uitkering van dergelijke beloningen (bijvoorbeeld een arbeids- of vaststellingsovereenkomst)', dient in algemene zin bij een oordeel of een rechtshandeling ingevolge art. 3:40 lid 2 BW de door nietigheid worden getroffen terughoudendheid te worden betracht, aangezien nietigheid een inbreuk vormt op het beginsel van contractsvrijheid (zie: H.J. van Kooten, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 4). Ik bepleit dan ook de nadruk op het woord 'kan' in de memorie van toelichting.

Een voorbeeld ter verduidelijking: een bonusafpraak waarbij een werknemer bij het intreden van prestatievoorwaarde X automatisch een Y bedrag aan bonus ontvangt, kan nietig zijn. Immers, de bonustoekenning achteraf houdt in dat geval niets meer in dan een feitelijke constatering dat aan de voorwaarde is voldaan. De meeste bonusafspraken zullen echter minder vastomlijnd zijn en/of een zekere mate van discretie voor het toekennende orgaan kennen. De bonustoekenning houdt in dat geval een rechtshandeling in, bestaand uit het vaststellen van de omvang van de bonus (op basis van een waardering van bepaalde prestaties).

Voorts is het uitgangspunt dat rechtshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan de inwerkingtreding van een nieuw wettelijk voorschrift dat daarmee strijdig is, niet geraakt worden door nietigheid.⁴¹ Blijkens de wetsgeschiedenis van de Wbfo is van dit uitgangspunt afgeweken en geldt ook voor rechtshandelingen aangegaan voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wbfo dat deze kunnen worden geraakt door nietigheid, tenzij het in de Wbfo voorgeschreven overgangsrecht van toepassing is.⁴²

De derde doorwerkingsmethode is te onderscheiden bij de ontslag- en schorsingsvoorschriften die zich rechtstreeks tot de daarin genoemde functionarissen richten, en niet tot de (financiële) onderneming waarmee zij een dienstverband hebben. Deze techniek vindt zijn oorsprong in toezichtrechtelijke EU verordeningen en richtlijnen, die in toenemende mate het (minimale) handhavingsinstrumentarium van lokale toezichthouders voorschrijven.⁴³ Voorheen kende de Wft het aldus voorgeschreven (tijdelijke) beroepsverbod voor functionarissen niet. De wetgever heeft het (tijdelijk) beroepsverbod inmiddels echter als handhavingsinstrument omarmd en voorzien van een brede grondslag.⁴⁴

Dat de financiële onderneming bij deze laatste doorwerkingsmethode niet de normadressaat van de rechtsregel is, betekent overigens niet dat de onderneming stil kan (of mag) blijven zitten op het moment dat een functionaris geen gevolg geeft aan het bevel van een van de financiële toezichthouders. Op een financiële onderneming rust in algemene zin de verplichting haar bedrijfsvoering beheerst en integer in te richten.⁴⁵ Een functionaris laten aanblijven die is geschorst of ontslagen door een financiële toezichthouder maar daar geen gehoor aan geeft, kwalificeert denkbaar niet als zodanig.⁴⁶

4. Voor- en nadelen doorwerkingsmethoden

In dit deel bespreek ik diverse voor- en nadelen van de onderscheiden doorwerkingsmethoden. Omwille van de lengte van deze bijdrage beperk ik mij daarbij tot enkele in het oog springende casusposities.

4.1. Standaardsituatie

De standaardsituatie is dat de financiële onderneming de normadressaat is van de financiële normen, in welk geval de onderneming verantwoordelijk is voor de civielrechtelijke implementatie. De financiële onderneming heeft hierbij rekening te houden met het arbeidsrecht, hetgeen in de praktijk een efficiënte implementatie van financiële normen kan compliceren, bijvoorbeeld in geval van heenzending van een dagelijkse beleid-bepaler of senior manager op aanwijzing van een van de financiële toezichthouders dan wel bij de doorvoering van nieuwe beloningsregels.

Gelet op de toezichtrechtelijke sancties die de financiële onderneming bij niet-naleving te wachten staan,⁴⁷ zal m.i. in de regel sprake zijn van een redelijke ontslaggrond c.q. aanleiding voor het doen van een wijzigingsvoorstel. Het zijn de randvoorwaarden en procedurele vereisten die daarbij in acht moeten worden genomen die mogelijk belemmerend werken of voor ongewenste bijeffecten

41. Hoewel een dergelijke rechtshandeling wel moet worden uitgevoerd overeenkomstig het daarmee strijdige nieuwe wettelijke voorschrift. Zie HR 14 februari 1964 NJ 1965,95 (*Prijsopdrivings – en Hamsterwet*). En in vergelijkbare zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/327 en H.J. van Kooten, Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:40 BW, aant. 11.

42. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 3, p. 9 en 30. De vraag of een dergelijke afwijking mogelijk en rechtsgeldig is, heeft de Hoge Raad bevestigend beantwoord in r.o. 3.4.6 van diens arrest van 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, JAR 2018/166 m.nt. Helstone, JOR 2018/215 m.nt. Van der Vos. Ik ben van oordeel dat de Hoge Raad met dit oordeel – zij het impliciet – is 'omgegaan' (vgl. HR 14 februari 1964, NJ 1965/95).

43. De eerste was de Verordening banktoezicht (nr. 1024/2013). Zie voor een uitgebreid overzicht pagina 11 van de memorie van toelichting bij de Implementatiewet wijziging richtlijn ICBE's (*Kamerstukken II* 2015/16, 34322, 3).

44. Bij de invoering van de Implementatiewet wijziging richtlijn ICBE's, *Stb.* 2016, 91. Een brede grondslag in

die zin dat de reikwijdte is uitgebreid tot alle financiële ondernemingen. Gelet op de ingrijpendheid van een beroepsverbod moet het nog steeds gaan om een ernstige overtreding (boetecategorie 3).

45. Zie bijvoorbeeld art. 3:10, 3:17, 4:11 en 4:14 Wft.

46. In gelijke zin: M. van Eersel, *Sdu Commentaar op Wet op het financieel toezicht art. 1:87*.

47. Zie hierover uitgebreider: A.M. Helstone, 'Financieel toezicht op beloningen', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012/2. En in andere zin: W. Horsmeier, 'De regulering van bonussen in de financiële sector – over stijgende salarissen en andere gevolgen van dien', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015/2. Ik ben het niet eens met diens conclusie dat eenzijdige wijziging alleen mogelijk zou zijn bij ernstige en dringende bedrijfseconomische problemen. Hij houdt mijns inziens onvoldoende rekening met de consequenties voor de financiële onderneming van *non-compliance* met financiële toezichtregels.

kunnen zorgen. Zo doet heenzending van een functionaris op aanwijzing van een van de toezichthouders formeel gezien niet af aan de gehoude- nheid van een financiële onderneming te voldoen aan haar wettelijke herplaatsingsverplichting ten opzichte van die functionaris. De potentiële moei- lijkheid die dit brengt moet overigens niet worden overtrokken: een dagelijks beleid-bepaler die zich in een dergelijke situatie bevindt zal vaak feitelijk niet herplaatsbaar zijn ofwel herplaatsing ligt niet in de rede.⁴⁸

Bij de samenloop tussen financieel toezichtrecht en arbeidsrecht moet de eigenheid van beide rechts- gebieden worden gerespecteerd. Aangezien het heenzendingsoordeel doorgaans in direct verband staat tot de functie-uitoefening, zijn er in ontslagsituaties m.i. minder spanningen dan bij de samen- loop tussen strafrecht en arbeidsrecht.⁴⁹ Er is echter geen reden het toepasselijke arbeidsrechtelijke raamwerk niet volledig in acht te nemen. In een uitspraak van het Hof Den Haag uit 2007 – onder- deel van de bekende Veer Palthe Voûte saga – ging dit niet goed.⁵⁰ Feitelijk vereenzelvigde het Hof Den Haag in deze zaak het bestuursrechtelijk heenzen- dingsbesluit met het arbeidsrechtelijk gegeven ontslag op staande voet, waarmee het specifieke karak- ter van het ontslag op staande voet werd miskend.⁵¹ Een ander aspect dat mogelijk speelt bij een heen- zending door de toezichthouder, is dat ontslag pre- matuur kan worden geacht ten aanzien van een dagelijks beleid-bepaler of senior manager die in bezwaar of beroep wil gaan tegen het besluit van de financiële toezichthouder.⁵² In dat geval zou de fi- nanciële onderneming een schorsing moeten over- wegen om te voorkomen dat hangende het bezwaar of beroep onomkeerbare stappen worden gezet, met alle (financiële) risico's van dien. Hoewel een schorsing doorgaans leidt tot loondoorbetalings- verplichtingen voor de financiële onderneming,⁵³

welke verplichtingen in dit geval substantieel kun- nen zijn vanwege de bestuursrechtelijke doorloop- tijden,⁵⁴ kan de stelling worden betrokken dat de schorsing feitelijk is gelegen in een besluit van een derde (de financiële toezichthouder) en dat daarom geen loon hoeft te worden doorbetaald.⁵⁵

Indien geen schikking wordt bereikt met een func- tionaris die geen bestuurder is, moet de gang naar de rechter worden gemaakt om het ontslag te ef- fectueren. Dat succes niet gegarandeerd is, volgt uit een tamelijk recente uitspraak van de Recht- bank Midden-Nederland die strikt genomen geen heenzending betrof, maar het niet voldoen door een klantmedewerker aan de op zijn functie van toepassing zijnde wettelijke vakbekwaamheidssei- sen.⁵⁶ Hoewel het gevolg hiervan was dat de mede- werker zijn functie niet meer mocht uitoefenen van de AFM, toonde de rechter niet bijster veel sympa- thie voor het lastige parket waar de financiële on- derneming zich in bevond en kreeg zij het verwijt onvoldoende aan de scholing van de betreffende medewerker te hebben gedaan: de gevraagde ont- binding van de arbeidsovereenkomst werd afge- wezen. Het is echter niet ondenkbaar, of onlogisch, dat er op dagelijks beleid-bepalers een grotere eigen verantwoordelijkheid rust dan op reguliere functi- onarissen en er dus minder streng de hand wordt gehouden aan de scholingsverplichtingen van de financiële onderneming.

Bij een bestuurder kan een financiële onderneming het (voorgenomen) ontslag relatief eenvoudig effec- tueren door een ontslagbesluit door de algemene vergadering of, bij een structuurvennootschap, de RvC te (laten) nemen, hetgeen tevens de opzegging van de arbeidsovereenkomst inhoudt.⁵⁷ Tekortko- mingen in het dossier resulteren bij een bestuurder wel eerder in een hoge vergoeding,⁵⁸ hetgeen als een

-
48. In dezelfde trant: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 febru- ari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, JAR 2016/74, m.nt. A.M. Helstone. Dit staat nog los van de situatie dat de reden voor heenzending mogelijk kwalificeert als e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten), in welk ge- val herplaatsing in ieder geval niet in de rede ligt. Zie art. 7:669 lid 1 BW.
49. Zie J. van Drongelen en E.C.M. Dekkers, 'De arbeids- rechtelijke gevolgen van wat strafrechtelijk niet mag', *Strafblad* 2017/3 en S. van Waegeningh, 'Samenloop van arbeidsrecht en strafrecht: pas op voor oneigen- lijke vermenging', *ArbeidsRecht* 2014/17.
50. Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45, m.nt. Verhulp (*Veer Palthe Voûte N.V.*).
51. Zie voor kritiek op deze uitspraak: E. Verhulp in zijn JAR-annotatie bij deze uitspraak en R. Beltzer en H. Bennaars in: 'Het ontslag en de statutair directeur: het Haagse Hof rijdt door rood', *ArbeidsRecht* 2007/57.
52. Zie hierover uitgebreider: M. ter Broeke, 'De arbeids- verhouding na een negatief hertoetsingsoordeel', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2016/22 en C.F.J. van Tuyll, 'Reactie bijdrage "De arbeidsverhouding na een nega- tief hertoetsingsoordeel"', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2016/59.
53. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Visser en Partners*). De onlangs op dit arrest ge-

formuleerde uitzondering is niet van toepassing (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209).

54. Zo moeten significante banken (in de zin van het Single Supervisory Mechanism) tegenwoordig de administratieve toetsingsprocedure van de Admi- nistrative Board of Review van de ECB in Frankfurt volgen. Het enkele feit dat deze rechtsgang vrij nieuw is, zowel voor financiële onderneming als ECB, zorgt vermoedelijk reeds voor vertraging.
55. Zie hierover uitgebreider: S.F. Sagel, 'Recht op loon tijdens schorsing en non-actiefstelling?' *ArbeidsRecht* 2003/29 en C.F.J. van Tuyll, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *ArbeidsRecht* 2015/15, p. 7, 8. Wel moet voorzichtig- heid worden betracht omdat een langdurige periode van vrijstelling van werk onder behoud van loon, ge- volgd door een ontslag, mogelijk kan kwalificeren als omzeiling van het vertrekvergoedingenplafond (art. 1:116 lid 2 jo. 1:125 lid 2 Wft).
56. Rb. Midden-Nederland 10 mei 2017, JAR 2017/159.
57. Op basis van de zogeheten '15 april arresten' (Hoge Raad 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2027, JAR 2005/118 en ECLI:NL:HR:2005:AS2713, JAR 2005/153). Overigens kent de besloten vennootschap een ver- gaande mate van flexibiliteit in de (statutaire) toe- kenning van de ontslagbevoegdheid aan een ander orgaan, zie art. 2:224 lid 1 BW.
58. Een billijke vergoeding kan immers ook worden toe-

ongewenst neveneffect kan worden beschouwd. Hierbij speelt dat de rechter niet gebonden is aan de beperkingen die gelden voor vertrekvergoedingen van functionarissen in de financiële sector.⁵⁹

Indien een financiële onderneming wil overgaan tot eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden vanwege de invoering van nieuwe financiële normen, kan een struikelblok zijn dat aan de functionaris een 'redelijk wijzigingsvoorstel' moet worden gedaan, waarvan het bieden van compensatie onderdeel kan uitmaken.⁶⁰ Hoewel de eis van een 'redelijk wijzigingsvoorstel' strikt genomen niet geldt bij een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW,⁶¹ is niet uitgesloten dat de omstandigheid dat de functionaris geen compensatie wordt geboden meeweegt bij de door de rechter op grond van dit artikel te maken belangenafweging.⁶² In

gekend wegens strijdigheid met art. 7:699 BW, zie art. 7:682 lid 3 sub a BW.

59. *Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 9.* De vraag is of rechters een bepaalde mate van reflexwerking toekennen aan de wettelijke normering. Voor een ontkennde beantwoording van deze vraag in het kader van de Wet Normering Topinkomens, zie Rb. Gelderland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:353. Uitgebreider over de normering van vertrekvergoedingen in de financiële sector: zie literatuur bij voetnoot 24. En in internationaal verband: L. Nekeman-Ijdema, 'Remuneration restrictions: zoek de verschillen', *Onderneming en Financiering*, 2017/02.
60. Vgl. HR 11 juli 2018, *JAR 2008, 2014 (Stoof/Mammoet)*. Ondanks andersluidende uitspraken van lagere rechters, ben ik er overigens niet van overtuigd dat dit leerstuk kan c.q. zou moeten worden toegepast op een primaire/essentiële arbeidsvoorwaarde als loon. Los van de meer principiële bezwaren ten aanzien van de reikwijdte van de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet*, is met name bij dit type arbeidsvoorwaarde lastig voorstelbaar dat een lagere drempel zou gelden zonder eenzijdig wijzigingsbeding, dan met een dergelijk beding.
61. Uit HR 11 juli 2018, *JAR 2008, 2014 (Stoof/Mammoet)* en HR 18 maart 2011, *JAR 2011, 108 (Monsieurs c.s./Wegeener)* volgt dat toepasselijkheid van art. 7:613 BW met name ziet op collectieve gevallen. Daarmee is echter niet uitgesloten dat art. 7:613 BW ook voor individuele gevallen gelding heeft, met name als geen beroep kan worden gedaan op de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* (en dus teruggevallen zou moeten worden op de bijna onhaalbare lat van art. 6:248 lid 2 BW voor wijziging). Zie in gelijke zin: W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (Grinten) 2018, § 3.3 Verandering van taak, functie en voorwaarden en de aldaar onder voetnoot 9 genoemde uitspraken.
62. Gundt geeft aan dat bij de op grond van art. 7:613 BW aan te leggen redelijkheidstoets vooral wordt gekeken naar 'de aard van het loononderdeel dat door de wijziging wordt getroffen, de ingrijpendheid van de aanpassing, de bewoordingen van de wijzigingsregeling inclusief eventuele beperkingen in tijd en omvang, toezeggingen naar de werknemers toe, eventuele verzachtende maatregel die de werknemer heeft getroffen en het belang van collega-werknemers bijvoorbeeld bij het voorkomen, respectievelijk beperken van gedwongen ontslagen.' In: Gundt, 'Beloning in gewijzigde omstandigheden = gewijzigde beloning?', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2012/14.

beide gevallen bestaat het risico dat een rechter oordeelt dat de nieuwe financiële normen niet mogen worden toegepast op de functionaris, althans niet zonder financiële genoegdoening. Tegen deze achtergrond kan een financiële onderneming er dus vrij snel toe overgaan het loon te verhogen, ten einde de met de nieuwe normen voorziene 'ongemakken' voor de functionaris feitelijk af te kopen. Dat deze 'afkoop-praktijk' niet slechts theorie is, bleek in 2011 met de invoering van de Regeling beheerst beloningsbeleid (**Rbb**). Hierdoor moesten onder andere banken en verzekeraars aan de slag om de zogeheten *payment process requirements* in de arbeidsverhouding met *identified staff* door te voeren. Deze *payment process requirements* zien met name op de wijze van uitbetaling; zo moet een deel van de variabele beloning over een periode van enkele jaren worden uitgesteld, is *vesting* onderworpen aan een aanpassingsbevoegdheid (*malus*) en moet een deel worden uitbetaald in instrumenten. Vanuit het perspectief van de functionaris zorgen deze eisen niet per se voor een verslechtering van de financiële positie (aanpassing van de hoogte van de variabele beloning is eerder uitzondering dan regel), maar brengen zij wel een bepaalde mate van ongemak met zich. Functionarissen zijn hiervoor in groten getale financieel gecompenseerd, hetgeen, in mijn ervaring, mede te maken had met de gepercipieerde beschermingspositie van deze functionarissen en de onzekerheid over de uitkomst van een juridische procedure.⁶³ Overigens is het m.i. allerminst zeker of een rechter daadwerkelijk compensatie in vaste beloning tot eis zou hebben gesteld voor het 'ongemak' waarmee functionarissen zich geconfronteerd zagen als gevolg van de aanpassing in de wijze van uitbetaling van de variabele beloning. Helaas zijn er bij mijn weten geen (gepubliceerde) uitspraken over de wijziging van arbeidsvoorwaarden als gevolg van de invoering van de Rbb.⁶⁴

4.2. Nietigheid

Bij de invoering van het maximale bonusplafond is ervoor gekozen rechtshandelingen verricht in strijd met het bonusplafond nietig te laten zijn, waardoor de getroffen functionarissen dus geen

63. Deze terughoudendheid valt deels te verklaren uit het bekende *ABN Amro*-arrest uit 2010 waarin het Hof Amsterdam besloot dat ABN Amro – ondanks kredietcrisis, maatschappelijke kritiek en staatssteun – overeengekomen vertrekvergoedingen en bonussen diende uit te betalen (Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843). Het betreft hier echter een wezenlijk andere situatie, niet in de laatste plaats omdat ongewijzigde instandhouding van het arbeidsvoorwaardenpakket resulteert in strijdigheid met financiële toezichtwetgeving.

64. Naar analogie kan mogelijk gekeken worden naar uitspraken over de wijziging van (primaire) arbeidsvoorwaarden in verband met de afschaffing van de Ziekenfondswet en de invoering van de Zorgverzekeringswet (zie bijvoorbeeld Ktr. Leiden 9 augustus 2006, *JAR 2006/219*).

arbeidsrechtelijke bescherming toekomt.⁶⁵ Dit is in zekere zin opmerkelijk omdat de wetgever herhaaldelijk heeft aangegeven compensatie in vast salaris te voorzien en dit, bij uitstekend functioneren van een functionaris, ook niet meer dan redelijk te achten.⁶⁶ Het vervolgens ontnemen van de functionarissen van het middel om deze compensatie af te kunnen dwingen lijkt hiermee enigszins op gespannen voet te staan.⁶⁷

De reden van de wetgever om toch tot nietigheid te besluiten is 'om te voorkomen dat ondernemingen onbeperkt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de beloningsvoorschriften uit de Wbfo'.⁶⁸ Deze redengeving overtuigt m.i. niet, want geldt immers voor een veelheid aan financiële normen, en niet duidelijk is (gemaakt) waarom het toezichtrechtelijk instrumentarium voor dit doel niet zou volstaan. Zoals hierboven is aangetoond, lijkt de nietigheidssanctie het wel eenvoudiger voor financiële ondernemingen te maken om de beloningsvoorschriften te implementeren, zeker als compensatie in vast salaris niet gewenst is.

De effecten van de keuze van de wetgever voor nietigheid worden m.i. niet beïnvloed door een recent arrest van de Hoge Raad waarin deze heeft besloten dat niet alle onderdelen van de Wbfo (in casu: het vertrekvergoedingenmaximum van 1 vast jaarsalaris voor dagelijks beleidsbepalers) van openbare orde zijn.⁶⁹ De nietigheid van met de Wbfo strijdige rechtshandelingen is immers niet zozeer gestoeld op art. 3:40 lid 1 BW (nietigheid wegens strijd van de inhoud en/of strekking met de goede zeden of de openbare orde) maar op art. 3:40 lid 2 BW en de daarin voorgeschreven nietigheid van rechtshandelingen verricht in strijd met dwingende wetsbepalingen.⁷⁰ De Hoge Raad laat zich in zijn arrest niet uit over deze laatste nietigheidsgrondslag.

Dat functionarissen bij de invoering van Wbfo alsnog zijn gecompenseerd in vast salaris,⁷¹ had in mijn ervaring hoofdzakelijk te maken met de zorg van financiële ondernemingen dat personeel zou vertrekken, en minder vanwege een juridisch geachte noodzaak hiertoe.⁷² Dit betekent niet dat er in het geheel geen juridische grondslagen zijn op basis waarvan een financiële onderneming tot compensatie in vast salaris verplicht kan worden. Het betreffen in mijn optiek wel uitzonderingsgevallen. Zo kan een functionaris met een zeer groot variabel deel, afgezet tegen het vaste salaris, mogelijk een beroep doen op goed werkgeverschap om een compensatievoorstel van de financiële onderneming af te dwingen. Ik meen dat er dan wel sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden: de wijze van salariëring (een hoog variabel salaris) moet bijvoorbeeld op uitdrukkelijke wens van de financiële onderneming zijn overeengekomen en/of de functionaris dient op basis van alleen het vaste salaris niet in een redelijke levensstandaard te kunnen voorzien.

Daarnaast is er mogelijk sprake van conversie ex art. 3:42 BW van het bovenmatige, nietige variabele deel van de beloning in vaste beloning bij de

stellingsovereenkomst afspraken te kunnen maken die niet-aantastbaar zijn – ook niet als later blijkt dat deze strijdig zijn met dwingend recht – ten aanzien van bezoldigingscomponenten waarover onzekerheid of een geschil bestaat of deze meetellen voor de maximale vertrekvergoeding als bedoeld in art. 1:125 lid 2 Wft. Onzekerheid en/of geschillen over dit onderwerp komen vanwege de summier toelichting op deze bepaling van toezichthouder- en regeringszijde nogal eens voor. Art. 7:902 BW maakt duidelijk dat het niet mag gaan om dwingende wetsbepalingen die tevens naar inhoud of strekking in strijd komen met de goede zeden of de openbare orde. Het mag daarnaast niet gaan om afspraken die als *oogmerk* hebben de werking van dwingende wetsbepalingen te omzeilen, zie tamelijk recentelijk: Hoge Raad 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, JAR 2017/36. m.nt. De Laat. Overigens doet dit er niet aan af dat de financiële toezichthouders, bij geconstateerde overtreding van art. 1:125 lid 2 Wft, nog altijd toezichtrechtelijke handavingsinstrumenten tot hun beschikking hebben. Zie over de vraag of de Wet Normering Topinkomens (WNT) van openbare orde is, enkele tegenovergestelde uitspraken van kantonrechters: enerzijds Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3211, JAR 2015/140 en Rb. Limburg 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9862, JAR 2017/279 (wel openbare orde), anderzijds Rb. Gelderland 19 november 2014, RAR 2015/32 (geen openbare orde).

-
65. Waarbij overigens de vraag is of dit niet in strijd is met de kapitaalrechtsrichtlijn waar in overweging 69 is opgenomen dat: 'De bepalingen inzake beloningen mogen geen afbreuk doen [] aan de algemene beginselen van nationaal overeenkomstenrecht en arbeidsrecht'.
66. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 33964*, 3, p. 21 en *Kamerstukken II 33964*, 6, p. 6, 14.
67. Ik ga in deze bijdrage niet in op de collectieve aspecten die samenhangen met het wijzigen van arbeidsvoorwaarden, zoals het gewicht van instemming van de ondernemingsraad bij de voorgenomen wijziging of wijziging van arbeidsvoorwaarden via een (standaard-)CAO.
68. *Kamerstukken II 2013/14*, 33964, 3, p. 30.
69. Hoge Raad 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, JAR 2018/166 m.nt. Helstone, JOR 2018/215 m.nt. Van der Vos. Van der Vos lijkt hier in haar annotatie hetzelfde over te denken waar ze aangeeft dat de (civiele) rechter de gemaakte afspraken niet (ambtshalve) kan toetsen indien partijen zich bij de rechter niet op de strijdigheid met art. 1:125 Wft beroepen. Vraag is overigens of deze situatie zich vaak zal voordoen. Doorgaans zal een financiële onderneming zich in een gerechtelijke procedure juist wel op de aantastbaarheid van de gemaakte afspraken beroepen, al dan niet op aanwijzing van de financiële toezichthouder.
70. Het praktisch belang van de Hoge Raad-uitspraak zit mijns inziens met name in de mogelijkheid bij vast-

71. Stichting GXP, *Rapport evaluatie Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen*, Onderzoek voor het Ministerie van Financiën, d.d. 18 mei 2018 (te vinden via: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/07/17/bijlage-2-eindrapport-stichting-gxp-evaluatie-wet-beloningsbeleid-financiële-ondernemingen/bijlage-2-eindrapport-stichting-gxp-evaluatie-wet-beloningsbeleid-financiële-ondernemingen.pdf>).
72. Dit is uiteraard anders als de verhoging van het vast salaris bij cao is overeengekomen.

overschrijding van het bonusplafond.⁷³ Daarbij neem ik als uitgangspunt dat de strekking van deze nietigheidsbepaling conversie niet verhindert.⁷⁴ Het voordeel van het leerstuk van conversie is dat het van rechtswege van toepassing is en met terugwerkende kracht effect heeft. Een voorwaarde voor toepasselijkheid is dat aannemelijk gemaakt moet worden dat partijen vaste beloning zouden hebben toegekend voor het deel van de variabele beloning dat nietig blijkt te zijn. Hierbij geldt volgens de parlementaire geschiedenis een objectieve toetsingsmaatstaf: 'Het gaat hierbij niet zozeer om hetgeen partijen subjectief zouden hebben verklaard als wel om hetgeen objectief omtrent de inhoud en de strekking van de vervangende rechtshandeling aangenomen moet worden, mede aan de hand van de aard daarvan en van hetgeen door de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid wordt meegebracht'.⁷⁵ Indien verschillende alternatieven in aanmerking komen als mogelijk vervangende rechtshandeling en er dus discussie over kan bestaan of vaste beloning in plaats van variabele beloning zou zijn toegekend, lijkt dit, mede gelet op de toepassing van rechtswege, in de weg te staan aan conversie.⁷⁶ Als vuistregel geldt dat conversie mogelijk is als het resultaat dat

met de nietige en de nieuwe rechtshandeling wordt nagestreefd materieel hetzelfde is.⁷⁷

Op basis van conversieratio's die in de markt circuleren is bij benadering het bedrag aan vaste beloning vast te stellen dat correspondeert met het verlies van een bepaald (norm)bedrag aan variabele beloning.⁷⁸ Gelet op de regelmaat waarmee deze conversieratio's worden gebruikt (de 'gewoonte'), is op het oog voldaan aan de hiervoor beschreven objectieve maatstaf. Problematisch acht ik echter dat vaste en variabele beloning andere wezenskenmerken hebben, hetgeen het minder eenvoudig maakt de beoogde gelijkstelling tussen die twee te creëren dan door een afslag op het vaste salaris te hanteren. Zo kan variabele beloning een specifieke functie hebben bij de kostenbewaking van een financiële onderneming.

Een voorbeeld ter verduidelijking: een onderneming in slecht weer kan in faillissement terecht komen door een vaste beloningsstructuur van *50, terwijl dezelfde onderneming met een variabele beloningsstructuur van *100 aan faillissement kan ontsnappen, mits de target-setting maar zodanig is afgesteld dat geen beloning hoeft te worden uitgekeerd bij slechte financiële resultaten.

73. Deze conversie dient niet te worden verward met de conversie van rechtswege die geldt bij schending van de bezoldigingsmaxima in de (semi-)publieke sector ingevolge art. 1.6 lid 1 van de WNT. In dat geval is er altijd sprake van (gedwongen) conversie. Zie hierover uitbreider: T. Barkhuysen, D.F. Berkhout & M. Claessens, *T&C WNT*, commentaar op art. 1:6 WNT. De verwijzing van de Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3211, JAR 2015/140 naar conversie ex art. 3:42 BW (r.o. 4.16) acht ik dan ook onjuist.

74. Zoals door de Hoge Raad in de context van het kartelverbod is besloten wegens de beoogde preventieve werking hiervan, zie HR 18 december 2009, NJ 2010/140 m.nt. Mok (*Prisma Vastgoed*). Of dit hier ook zo is, kan over worden gediscussieerd. Niet uitgesloten kan worden dat een rechter ook in dit geval oordeelt dat conversie zich niet goed verdraagt met de preventieve werking van de Wbfo-nietigheidsactie, mede gelet op de opmerking van de wetgever dat de nietigheidssanctie dient 'om te voorkomen dat ondernemingen onbeperkt rechtshandelingen kunnen verrichten in strijd met de beloningsvoorschriften uit de Wbfo'. Niet vergeten moet echter worden dat het bonusplafond is ingevoerd met het oog op de met bonussen geassocieerde perverse prikkels. De wetgever heeft niets willen doen aan de hoogte van de vaste beloning (dat immers zulke prikkels niet kent), en als conversie de facto leidt tot een verhoging van het vaste salaris (met terugwerkende kracht) zou dat vanuit deze optiek dus niet op bezwaren moeten stuiten. Daar komt bij dat een eventueel beoogde preventieve werking ook uitgaat van het financieel-rechtelijke toezichtinstrumentarium dat kan worden ingezet bij niet-naleving van het bonusplafond.

75. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 199-200. Dit standpunt is bevestigd in HR 22 november 2002, NJ 2003/34 (*LSR/Wilibordus*).

76. J. B. Spath, 'Derdenbescherming, conversie en vertegenwoordiging. Noot bij een gecompliceerd drieliuk', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011/79.

Bovenstaande betekent niet dat er nooit sprake zal zijn van conversie bij de overschrijding van het bonusplafond, maar dit is naar mijn mening alleen het geval indien in een concreet geval tot (een zekere mate van) inwisselbaarheid tussen vaste en variabele beloning kan worden geconcludeerd, bijvoorbeeld doordat het doel van beide is de functionaris van een tegenprestatie voor zijn of haar arbeid te voorzien. Als het doel van variabele beloning (eveneens) gelegen is in het bewerkstelligen van kostenflexibiliteit voor de financiële onderneming of een duidelijke 'pay for performance' signatuur heeft, leidt vaste beloning niet tot materieel hetzelfde effect en is conversie m.i. niet aan de orde.

Het belang van een goede onderbouwing van de toepasselijkheid van conversie is erin gelegen dat financiële toezichthouders met name bij een schending van het maximale bonusplafond over een langere periode, juist vanwege de terugwerkende kracht van het leerstuk, naar verwachting kritisch zullen kijken naar de correctietoepassing van conversie. Het gaat immers om het verschil tussen de noodzaak van terugvordering van het hele bedrag aan bovenmatige variabele beloning of van het (geringere) bedrag dat overblijft na conversie in vast salaris van het bovenmatige variabele deel.

Als laatste kan mogelijk ook op grond van het leerstuk van onverschuldigde prestatie (een deel van) de

77. Zie Spath, a.w., en de aldaar onder voetnoot 40 aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

78. Vaak wordt een conversieratio van 0.65/0.7 gehanteerd ten opzichte van de *at target bonus opportunity*.

reeds bovenmatig toegekende variabele beloning worden behouden.⁷⁹ Uitgangspunt bij vernietiging is dat de ingetreden gevolgen van een rechtshandeling ongedaan moeten worden gemaakt. Bij het verrichten van arbeid is ongedaanmaking niet mogelijk en kan de functionaris een beroep doen op art. 6:210 lid 2 BW,⁸⁰ welk artikel kort gezegd bepaalt dat indien de aard van de prestatie uitsluit dat deze ongedaan wordt gemaakt, vergoeding van de objectieve waarde van de prestatie daarvoor in de plaats treedt, voor zover dit redelijk is.⁸¹ In geval van nietigheid van een deel van de variabele beloning, kan de functionaris zich dus op het standpunt stellen dat ook een deel van de arbeid onverschuldigd is verricht. De arbeid was door beide partijen aanvankelijk immers hoger gewaardeerd. De functionaris zou dan een vordering tot waardevergoeding kunnen instellen overeenkomstig het bedrag aan bovenmatig toegekende variabele beloning. Een op het oog vreemde consequentie is dat hiermee de werking van de Wbfo wordt ondermijnd, omdat de functionaris op deze wijze alsnog het volledige bedrag aan bovenmatige variabele beloning ontvangt. De bevoegdheid van de rechter om op basis van een redelijkheidsbeoordeling op een lager bedrag uit te komen, ondervangt dit onwen-

selijke effect naar mijn mening voldoende. De ratio van de nietigheidssanctie zal naar verwachting een aspect zijn dat de rechtbank laat meewegen, net als de mate van eigen schuld aan de zijde van de functionaris (bekendheid met de schending) en de maatschappelijke belangen die spelen. Hierbij moet in het oog worden gehouden dat de wetgever door de rechter toegekende beloningen bewust niet heeft willen normeren.⁸²

Jurisprudentie nietigheid

Een tweetal Wbfo-uitspraken waarin de rechtsinstaties de voor functionarissen al te ingrijpende consequenties van de nietigheidssanctie feitelijk hebben verzacht kunnen niet onvermeld blijven. Het gaat om het al eerder genoemde arrest van de Hoge Raad⁸³ en een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland uit 2015.⁸⁴ In beide uitspraken staat de vertrekvergoedingennorm voor dagelijks beleid-bepalers van art. 1:125 lid 2 Wft (maximaal één vast jaarsalaris) en het in lid 3 van dit artikel opgenomen overgangsrecht centraal.

De Hoge Raad constateert allereerst dat voor de beoordeling van de geldigheid van de overeengekomen vertrekvergoeding het tijdstip van uitkering bepalend is.⁸⁵ Gelet op het ontbreken van overgangsrecht voor dagelijks beleid-bepalers van banken,⁸⁶ betekent dit dat het vertrekvergoedingenmaximum direct van toepassing is per de datum inwerkingtreding Wbfo (7 februari 2015) en op dat moment nog niet uitgekeerde vertrekvergoedingen hierdoor worden geraakt. Niettemin acht de Hoge Raad het vertrekvergoedingenmaximum niet van toepassing op een na deze datum uitgekeerde vertrekvergoeding, vanwege het feit dat de betreffende bank in verzuim was met de betaling van de vergoeding. De Hoge Raad maakt weinig woorden aan de zaak vuil: *'dat dit bedrag in strijd daarmee [de gerechtelijke uitspraak, CvT] pas na 7 februari 2015 is uitbetaald, [] kan niet meebrengen dat artikel 1:125 lid 2 Wft alsnog [] van toepassing is geworden'*. Deze uitkomst bevredigt vanzelfsprekend het rechtsgevoel: Advocaat-Generaal Drijber wijst terecht op de mogelijkheid van *'opportunistisch gedrag van financiële ondernemingen: eerst een overeenkomst niet nakomen*

79. Dit is een variatie op het leerstuk van onverschuldigde betaling, zie art. 6:203 lid 3 BW. Het leerstuk van onverschuldigde prestatie gaat niet samen met conversie, dat terugwerkende kracht heeft. Vandaar dat bij gedwongen conversie onder de WNT er geen sprake zal zijn van onverschuldigde prestatie door de topfunctionaris, maar mogelijk wel van onverschuldigde betaling door de (semi-)publieke instelling indien een betaling is verricht boven de maximale norm.

80. En dus niet op grond van art. 3:53 BW, dat alleen van toepassing is als de reeds ingetreden gevolgen *bezwaaarlijk* ongedaan kunnen worden gemaakt. Zie: Asser/Hartkamp II 2010/485 en H.J. van Kooten, 'Civielrechtelijke gevolgen van schending van de Wet op het financieel toezicht', *Ondernemingsrecht* 2006, 45.

81. Aan de overige eisen die aan een beroep op deze bepaling worden gesteld – geparafraseerd: de financiële onderneming is door de arbeid bevoordeeld, het is de financiële onderneming toe te rekenen dat de arbeid is verricht en de financiële onderneming had toestemd met betaling in ruil voor de arbeid – zal in het geval van bovenmatige bonusafspraken doorgaans zijn voldaan. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat hoewel een nietigheidssanctie geldt, de financiële onderneming de normadressaat is van deze beloningwetgeving en daarmee primaire verantwoordelijkheid voor naleving draagt. Het is daarbij niet noodzakelijk dat de financiële onderneming uitsluitende verantwoordelijkheid draagt. Ook wanneer de functionaris medeverantwoordelijkheid draagt kan er sprake zijn van toerekenbaarheid aan de financiële onderneming. Wel kan dan reden bestaan om de hoogte van de door de financiële onderneming te betalen waardeverhouding aan te passen (R. Koolhoven, Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:210 BW, aant. 5). Dit neemt niet weg dat in een situatie waarbij de functionaris bewust heeft aangestuurd op overschrijding van de financiële beloningsnormen, er naar verwachting in het gehaal geen beroep op dit artikel kan worden gedaan.

82. *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 3, p. 27.

83. Hoge Raad 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/166 m.nt. Helstone, *JOR* 2018/215 m.nt. Van der Vos.

84. Voorzieningenrechter Rechtbank Noord Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443, *JOR* 2016/36 m.nt. Van Tuyl.

85. Hoge Raad 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JAR* 2018/166, m.nt. Helstone, *JOR* 2018/215 m.nt. Van der Vos, r.o. 3.4.6.

86. De overweging van de wetgever was dat bestuurders van banken en verzekeraars op grond van de Code Banken en Governance Principes Verzekeraars sowieso al gebonden waren aan het maximum van één vast jaarsalaris (*Kamerstukken II* 2013/14, 33964, 3, p. 39). Zie voor een kritische bespreking van dit standpunt: mijn annotatie bij Voorzieningenrechter Rechtbank Noord Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443, *JOR* 2016/36.

om die over de datum van 7 februari 2015 heen te tillen en dan stellen dat de overeenkomst niet mag worden nagekomen.⁸⁷

Een tweede voorbeeld is een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland, waarin een dagelijks beleid-bepaler van een bank in rechte opkomt om betaling van de met hem overeengekomen vertrekvergoeding af te dwingen (die het vertrekvergoedingenmaximum van één vast jaarsalaris overstijgt). Hoewel op de redenering van de rechtbank het nodige valt af te dingen,⁸⁸ wijst de rechtbank mijns inziens terecht op de gebreken in het overgangsrecht van art. 1:125 lid 3 Wft.⁸⁹ Hoewel het overgangsrecht naar de letter van de wet niet van toepassing is op de dagelijks beleid-bepaler, grijpt de rechtbank de onduidelijkheid omtrent de inwerkingtreding van de Wbfo aan om het overgangsrecht alsnog op de dagelijks beleid-bepaler van toepassing te verklaren.

Hoewel dit niet met zoveel woorden terugkomt in deze uitspraken, is niet uitgesloten dat beide rechtsinstanties in hun oordeel hebben meegewogen dat de betreffende functionarissen niet langer arbeidsrechtelijke bescherming genieten met betrekking tot de met hen overeengekomen vertrekvergoeding, en dat om die reden de nadelige consequenties van de nietigheidssanctie voor deze functionarissen is verzacht.

Civiel effect beroepsverbod?

Een interessante kwestie die raakt aan de nietigheidssanctie onder de Wbfo, is de roep vanuit financieel toezicht-juristen om civiel effect te verlenen aan door financiële toezichthouders op grond van art. 1:87 Wft opgelegde (tijdelijke) beroepsverboden.⁹⁰ Busch en Van den Hurk zijn van mening dat het omslachtig is dat een financiële onderneming, na een opgelegd beroepsverbod, nog een privaatrechtelijk ontslagbesluit moet nemen en dat het efficiënter en effectiever zou zijn als het beroepsverbod direct tot gevolg heeft dat de betrokkenen onmiddellijk uit functie zijn.⁹¹ Voorts geven zij aan dat bij afwezigheid van civiel effect zich de onwenselijke situatie kan voordoen dat een functionaris in strijd met een (tijdelijk) beroepsverbod de betreffende financiële onderneming *in civilibus* nog vertegenwoordigt.⁹²

Bovengenoemde auteurs gaan niet in op de vraag hoe het gewenste civiel effect zou moeten worden vormgegeven. Bij de beantwoording hiervan is van belang dat heenzending van functionarissen op basis van financiële toezichtwetgeving thans alleen in uitzonderingsgevallen civiel effect heeft, bijvoorbeeld in geval van ontslag door de Minister van Financiën bij wijze van voorlopige voorziening op basis van art. 6:1 lid 1 Wft (de Interventiewet) of bij de overname van de zeggenschap door DNB over een bank of beleggingsonderneming op grond van art. 3A:49 Wft (Implementatiewet BRRD). Het gaat om situaties waarbij er sprake is van een ernstig en onmiddellijk gevaar voor de stabiliteit van het financiële stelsel c.q. van noodzakelijke crisisbeheersing bij banken en beleggingsondernemingen, in welk kader de bevoegde autoriteiten overgaande bevoegdheden beschikken af te wijken van wettelijke voorschriften en statutaire bepalingen.⁹³ Hoewel beroepsverboden ernstige overtredingen van financieel toezichtrecht betreffen,⁹⁴ is het de vraag of het wenselijk en noodzakelijk is voornoemde bijzondere heenzendingsbevoegdheden op te rekken tot niet-crisisgerelateerde situaties vanuit het enkele oogpunt van effectiviteit. De door de aangewezen autoriteiten aldus genomen besluiten tasten de rechten van functionarissen op vrij indringende wijze aan. Ontslagbescherming en het recht op (wettelijke) ontslagvergoeding⁹⁵ vallen weg bij het verlenen van civiel effect aan door financiële toezichthouders opgelegde beroepsverboden. Voorts is de vraag of de bestuursrechtelijke procedure die een functionaris kan opstarten na het toezichthouderontslag voldoende effectieve (arbeidsrechtelijke) rechtsbescherming biedt ('effective and sufficient review of the case') om te voldoen aan de norm van art. 6 EVRM.⁹⁶

Ook als niet beoogd is de betreffende functionarissen rechteloos te maken, is het niet eenvoudig een (mildere) vorm van civiel effect in te passen in de bestaande vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke wetssystematiek. Vennootschapsrechtelijk kan de ontslagbevoegdheid ten aanzien van bestuurders niet bij een derde, zoals een financieel toezichthouder, worden gelegd. Overwogen kan worden in de wet of de statuten een kwaliteitseis

87. Conclusie A-G 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:154, r.o. 84.

88. Zie voor een kritische bespreking onder andere de annotatie van Helstone bij deze zaak, *JAR* 2015/288.

89. Welk overgangsrecht uitgaat van een datum inwerkingtreding van de Wbfo van 1 januari 2015, terwijl dit 7 februari 2015 is geworden. Daar doet overigens niet aan af dat het overgangsrecht niet op dagelijks beleid-bepalers van banken van toepassing is.

90. De kring van personen waaraan een beroepsverbod kan worden opgelegd is beperkt tot beleidsbepalers of anderszins opdrachtgevers dan wel feitelijk leidinggevers aan een overtreding.

91. D. Busch en A.J.A.D. van den Hurk, a.w., p. 179 e.v.

92. Ibidem.

93. Art. 6:1 lid 1 Wft c.q. art. 3A:6 jo. 3A:49 Wft.

94. Zie voetnoot 43. De auteurs bepleiten overigens geen civiel effect bij 'reguliere' heenzending.

95. Overigens bestaat zeer wel de mogelijkheid dat het gedrag van de functionaris kwalificeert als ernstig verwijtbaar (het gaat immers om een ernstige overtreding die in boetecategorie 3 valt), in welk geval het een financiële onderneming op grond van art. 1:125 lid 1 sub b Wft sowieso niet is toegestaan een vertrekvergoeding aan de functionaris toe te kennen.

96. Met name gelet op de inhoud en strekking van door het EHRM gewezen uitspraken als EHRM 28 juni 1990, 11761/85 (*Obermeier/Oostenrijk*) en EHRM 9 januari 2013, 21722/11 (*Oleksandr Volkov/Oekraïne*). Zie uitgebreider: D.M.A. Bij de Vaate, 'De UWV-procedure oude en nieuwe stijl en art. 6 EVRM', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2015/34.

vast te leggen, luidend dat geen beroepsverbod mag gelden ten aanzien van een bestuurder. Dit vergt wel eerst een wetswijziging c.q. aanpassing van de statuten. Schending van deze kwaliteitseis heeft bovendien niet automatisch het ontslag of de schorsing van de bestuurder tot gevolg.⁹⁷ Het tot ontslag bevoegde orgaan zal alsnog een ontslag- of schorsingsbesluit moeten nemen.⁹⁸ Hiermee wordt de door Busch en Van den Hurk voorgestane efficiëntie dus niet bereikt. Wel zou een bestuurder mogelijk voor bepaalde tijd kunnen worden benoemd, te weten voor de periode dat de bestuurder aan de gestelde kwaliteitseis voldoet.⁹⁹ In dat geval is denkbaar geen nader ontslagbesluit vereist.

Ook arbeidsrechtelijk past ontslag verleend door een externe toezichthouder niet goed in het wettelijke systeem. Een toezichthouderbesluit strekken tot een (permanent) beroepsverbod kwalificeert immers niet als ontbinding of opzegging in de zin van titel 10, boek 7 BW: ontbinding is voorbehouden aan de rechter en opzegging aan de werkgever. Ook een wetswijziging waarmee de arbeidsovereenkomst wordt blootgesteld aan nietigheid wegens strijdigheid met art. 1:87 Wft is mijns inziens geen reële optie. De terugwerkende kracht die eigen is aan nietigheid zorgt voor allerhande onpraktische, onwenselijke en onevenredige effecten.¹⁰⁰ Nietigheid past ook niet goed in het wettelijke stelsel van het ontslagrecht.¹⁰¹

97. De benoeming als zodanig is door de later ingetreden schending van de kwaliteitseis, niet nietig.

98. Het tot ontslag bevoegde orgaan zal ten aanzien van de bestuurder een ontslagbesluit moeten nemen, zie J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:132 BW, aant. 6.4 en M.L. Lennarts, T&C BW, commentaar op art. 2:132 BW.

99. J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:132 BW, aant. 6.4. Ook andere auteurs dan Huizink noemen de mogelijkheid van automatisch defungeren indien niet langer aan de kwaliteitseis wordt voldaan, afhankelijk van wat hierover in de statuten is bepaald, zie: Asser/Rensen 2-III 2012/162 en I. Meijer-Wagenaar, 'Statutaire (on)mogelijkheden van benoeming van bestuurders bij de BV', *WPNR* 2016/7124. Ik denk (maar ben hier niet zeker van) dat ook door hen op de hier beschreven constructie wordt gedoeld, waarbij wordt uitgegaan van een benoeming voor bepaalde duur (gekoppeld aan het voldoen door de bestuurder aan de gestelde kwaliteitseisen).

100. Zie bijvoorbeeld de annotatie van F. Dekker, AR-updates.nl 2012-0823 Hof Den Bosch 16 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX7358. In mijn optiek kan een financiële toezichthouder overigens wel als belanghebbende in de zin van art. 3:303 BW worden beschouwd om een beroep te doen op de nietigheid van de overeenkomst. Zie: S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, titel 2 boek 3 BW, aant. 18.2.

101. T. van Peijpe, 'De nietige arbeidsovereenkomst', *Sociaal Maandblad Arbeid* 2003/3, p. 98 ('Naar mijn mening past in het algemeen terughoudendheid bij het toepassen van art. 3:40 op de arbeidsovereenkomst. Niet licht mag worden aangenomen dat de wetgever zou hebben beoogd de beschermende en ordenende functie van het arbeidsrecht uit te schakelen wanneer de overeengekomen arbeid een verboden prestatie inhoudt') en, in mindere mate, W. Sniijders, 'De invloed van Boek 6 BW op het arbeids-

Met het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst, kan mogelijk wel (een vorm van) civiel effect worden verleend aan een beroepsverbod, die leidt tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder dat op dat moment een nadere handeling van de financiële onderneming vereist is. Voor de rechtsgeldigheid van een ontbindende voorwaarde is vereist dat een ontbindende voorwaarde te verenigen is met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, waarbij het aankomt op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.¹⁰² Dit betekent in ieder geval dat de ontbindende voorwaarde objectief bepaalbaar moet zijn en dat vervulling van de voorwaarde niet door de financiële onderneming in de hand mag worden gewerkt.¹⁰³ Op zich leent onderhavige situatie – heenzzending door middel van een onafhankelijk toezichthouderbesluit – zich voor het opnemen van een dergelijke ontbindende voorwaarde. In het *Monte*-arrest van de Hoge Raad uit 2002 hield een ontbindende voorwaarde stand bij een bankdirecteur die door de Antilliaanse toezichthouder (de Gouverneur) was heengezonden.¹⁰⁴ Deze vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is echter niet vrij van kritiek, zeker niet met de invoering van de Wet Werk en Zekerheid. Deze kritiek houdt mede verband met de ingrijpende gevolgen voor de functionaris (geen recht op transitievergoeding) en de wettelijke verankering van de herplaatsingsverplichting die rust op de onderneming, en daarmee de vraag of een ontbindende voorwaarde (nog) wel te verenigen is met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht.¹⁰⁵ In die zin biedt een ontbindende voorwaarde dus geen garantie op 'civiel effect'.¹⁰⁶

4.3. Functionaris als normadressaat

Het is de vraag of het verlenen van civiel effect aan een beroepsverbod noodzakelijk is. Art. 1:87 Wft maakt de betrokken functionarissen zelf tot normadressaat en het beroepsverbod van de financiële

recht', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 11-12. Dekker wijst in voornoemde annotatie op het (technische) onderscheid tussen vernietiging (*ex tunc*) en beëindiging van de arbeidsovereenkomst (*ex nunc*).

102. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *JAR* 2012/314 (*HTM Personenvervoer*).

103. Onder andere HR 6 maart 1992, *NJ* 1992/509 (*Mungra/Van Meir*).

104. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *JAR* 2002/45.

105. R.D. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27, M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwv', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017/01 en D.J.B. de Wolf, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2017/25.

106. Hoewel de voornamelijk gewezen zaken lijken te duiden op een continuering van de mogelijkheid van het opnemen van een ontbindende voorwaarde: zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892.

toezichthouder is dus aan hen gericht. Niet onaannemelijk is dat de functionaris in het merendeel van de gevallen gevolg zal geven aan een bevel tot (tijdelijke) neerlegging van de taken, al is het maar omdat niet-naleving een zodanig serieus toezichtantecedent oplevert dat dit een toezichthoudende, beleidsbepalende of 2e echelon-functie in de financiële sector verder uitsluit.¹⁰⁷ Ook in het kader van de verplichte pre-employment screening voor integriteitsgevoelige functies zou een dergelijk antecedent in de rondvraag bij ex-werkgevers naar boven moeten komen.

Niettemin kan niet worden uitgesloten dat een functionaris zich door dit alles niet laat afschrikken, wellicht mede vanwege het feit dat als een functionaris zelf aftreedt doorgaans geen recht op ontslagvergoeding bestaat.¹⁰⁸ Zoals hiervoor aangeven, kan in dat geval van de financiële onderneming zelf gevegd worden de functionaris te ontslaan. Het beroepsverbod strekt zich echter ook uit tot (bepaalde) niet-financiële ondernemingen, die niet onder toezicht van de financiële toezichthouders staan en op wie het gebod tot integere en beheerste bedrijfsvoering dus niet rust. Ook voor dergelijke gevallen ben ik geen voorstander van civiel effect, maar zou ik een simpelere oplossing willen bepleiten, namelijk de mogelijkheid voor de financiële toezichthouders aan functionarissen die het beroepsverbod schenden een (forse) boete op te leggen. Dit zou wel een wetwijziging vergen.¹⁰⁹

De door mij beschreven benadering is minder rigide dan het verlenen van civiel effect aan een beroepsverbod en, gelet op de diverse scenario's waarin een beroepsverbod kan worden opgelegd, daarmee in mijn ogen passender. Op deze wijze blijven de eventuele ontslagrechten van een functionaris gewaarborgd, bijvoorbeeld het recht op een (wettelijke) ontslagvergoeding. Bij een ernstige overtreding waarvoor een beroepsverbod wordt opgelegd is zeker niet uitgesloten dat het een financiële onderneming niet is toegestaan een ontslagvergoeding aan een functionaris toe te kennen omdat de functionaris een ernstig verwijt te maken valt in de uitoefening van de functie,¹¹⁰ maar uitzonderingen bevestigen de regel. Zelfs als de functionaris op instructie van een financiële toezichthouder uit eigen beweging aftreedt, heeft de functionaris, als deze niet rechteloos is gemaakt, een potentieel drukmiddel richting de financiële onderneming om deze ertoe te bewegen afspraken te maken die recht doen aan de situatie. Uiteraard mag hiermee geen afbreuk worden gedaan aan de effectiviteit en uitvoeringssnelheid van het beroepsverbod. De

praktijk leert echter dat onder druk voortvarend kan worden gehandeld.

Het aanwijzen van de functionaris als normadresaat past in een wetgevende trend in de financiële sector waarbij de verantwoordelijkheid voor integer gedrag, en de consequenties van niet-naleving, steeds vaker direct bij het personeel zelf wordt gelegd. De bankierseed is hiervan een bekend voorbeeld. Het daaraan voor bankmedewerkers gekoppelde tuchtrecht kan leiden tot een beroepsverbod van maximaal 3 jaar en een boete van maximaal EUR 25 000.¹¹¹ Hoewel deze toegenomen focus op (mede-)verantwoordelijkheid van functionarissen kan bijdragen aan de gewenste cultuurverandering in de sector, lijkt het me verstandig kritisch te (blijven) kijken naar het toepassingsbereik van deze doorwerkingsmethode. De verantwoordelijkheid voor de naleving van het financieel toezichtrecht rust immers hoofdzakelijk op financiële ondernemingen.¹¹² Deze zouden hun verantwoordelijkheid niet onnodig mogen afschuiven op individuele functionarissen. Het financieel toezichtrecht is hier ook te omvangrijk en specialistisch voor, en wijzigt met de regelmaat van de klok. Van individuen, zeker als het geen leidinggevende functionarissen betreffen, kan moeilijk worden verwacht inzicht te hebben (en te houden) in het hele regelcomplex. Tot slot nemen ook de toezichthouderlasten toe bij een bredere kring van normadressaten.

5. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat financiële toezichtregels grote relevantie hebben voor de positie en belangen van functionarissen in de financiële sector. In gelijke tred met de focus van de financiële toezichthouders op gedrag en cultuur, zijn deze regels in toenemende mate normstellend van aard, en vergen zij veel van de betreffende functionarissen. Bij de totstandkoming van deze normen is niet altijd evenveel aandacht geschonken aan hoe het financieel toezichtrecht zich verhoudt tot het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht is hierin niet uniek. Het financieel toezichtrecht laat ook zijn sporen achter in het vennootschapsrecht.¹¹³ In dit kader is door Lieveverse op-

107. Zie voetnoot 19.

108. Zie art. 1:125 lid 1 sub a Wft. Bij een bestuurder geldt bovendien dat neerlegging van de statutaire functie ook direct de opzegging van de arbeidsovereenkomst inhoudt (Hoge Raad 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, JAR 2005/153).

109. In gelijke zin: M. Van Eersel, *Sdu Commentaar op Wet op het financieel toezicht art. 1:87*.

110. Op grond van art. 1:125 lid 1 sub b Wft.

111. Deze sancties moeten in principe ten laste van de bestrafte functionaris komen en mogen niet door de financiële onderneming worden gedragen, zie pagina 18 NVB Q&A Implementatie Toekomstgericht Bankieren voor de introductie van de bankierseed en het tuchtrecht. Zie voor een kritische beschouwing: C.F.J. Van Tuyl, 'Tuchtrecht banken: over klachten, sancties en arbeidsrechtelijke maatregelen', *ArbeidsRecht* 2015/55. Overigens is de boete nog niet opgelegd door het tuchtcollege.

112. In gelijke zin: A.J.J.P.B.M. Kersten, 'Disciplinaire maatregelen bij overtreding van compliance-politiek', *Tijdschrift voor Compliance* september 2015, p. 191.

113. Zie daarover uitgebreid: C.W.M. Lieveverse, 'Doorwerking van het financieel toezichtrecht in het vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2017/145 en J.B.S. Hijink, 'Overheidssteun - en interventie in de finan-

gemerkt dat *'de aanvullende werking van de financiële toezichtwetgeving heel dicht tegen de situatie van impliciete afwijkingen aanligt, waarbij in feite de financiële toezichtwetgeving als lex specialis de meer algemene regels van Boek 2 BW opzij zet of nader invult'*.¹¹⁴ Waar het financiële normen betreft waaraan een nietigheidssanctie kleeft, kan mijn inziens zelfs over 'expliciete afwijkingen' worden gesproken.

Toepassing van de nietigheidsactie biedt ontegenzeggelijk efficiëntievoordelen bij de doorwerking van financiële regels in de arbeidsverhouding. Behoudens uitzonderingen, ben ik echter geen voorstander van deze methode. Zo is niet voldaan aan het in deze context relevante criterium voor toepassing, namelijk dat voor doorbraak van privaatrechtelijke onaantastbaarheid de gevolgen van terugwerkende kracht beperkt en overzichtelijk moeten zijn. De werkelijkheid is bovendien weerbarstig: de botte bijl van nietigheid blijkt geen alomvattend panacee tegen (gerechtvaardigde) aanspraken van functionarissen. Nietigheid leidt tenslotte tot een uitholling van het arbeidsrechtelijke corpus en de tussen werkgever en werknemer in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen.

In de arbeidsvoorwaardensfeer zie ik geen onoverkomelijke bezwaren om wijzigingen via het reguliere arbeidsrechtelijke regime door te voeren en meen ik dat het arbeidsrecht meer flexibiliteit biedt dan soms wordt gedacht. Ook het privaatrechtelijke raamwerk biedt zonder nietigheidssanctie reeds ruimte voor bepaalde vormen van, dan wel variaties op, civiel effect: in het kader van het beroepsverbod is gewezen op de mogelijkheid van een benoeming voor bepaalde tijd in combinatie met een statutaire kwaliteitseis, en daarnaast op het gebruik van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Beide oplossingsrichtingen dienen echter nader onderzocht te worden en kennen hun beperkingen.

De vraag komt op welke noodzaak er is voor civiel effect is indien functionarissen persoonlijk normadessaat worden gemaakt van financiële regels die hen tot onderwerp hebben. Mijns inziens is de toegevoegde waarde van civiel effect in dat geval gering, mits is voorzien in passende sancties bij niet-naleving. De keuze voor deze methode past in een wetgevende trend van (mede-)verantwoordelijkheid van functionarissen voor de naleving van financiële normen. Gelet op het karakter van het financieel toezichtrecht zou met de toepassing hiervan echter terughoudend moeten worden omgesprongen.

Concluderend, waar het op financiële normen aankomt die functionarissen van financiële ondernemingen als rechtssubject hebben, zie ik tot op zekere hoogte toegevoegde waarde in het leggen van verantwoordelijkheid bij individuele functionarissen, en daarmee een afwijking van de standaard.

Het invoeren van een nietigheidssanctie op financiële normen die raken aan de arbeidsverhouding verdient mijns inziens geen navolging.

ciële sector: crisiswetgeving het Ondernemingsrecht', in: *Ondernemingsrecht in tijden van crisis* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 96) 2014.

114. Lieverse, a.w.