

RECHTSPRAAK

Terugvorderen (claw back) van variabele beloning (Wft) toegestaan ondanks ontbreken van de duidelijke procedures en criteria (beleid) financiële instelling.*Feiten*

Werknemer is ongeveer veertig jaar in dienst geweest van (een rechtsvoorganger van) ABN AMRO, laatstelijk in de functie van merchandisemanager. In de uitoefening van zijn functie hield werknemer zich onder meer bezig met de inkoop van pashouders. ABN AMRO heeft haar pashouders jarenlang ingekocht bij [A] B.V.

In september 2017 heeft de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst de werkplek van werknemer bij ABN AMRO onderzocht. Om die reden is de afdeling Security & Integrity Management van die bank een onderzoek naar werknemer gestart. Door dat onderzoek heeft ABN AMRO ontdekt dat [A] (een deel van) de door werknemer namens ABN AMRO bij haar bestelde pashouders heeft ingekocht bij de vennootschap [B] B.V. Dit is een vennootschap van de echtgenotes van werknemer en van een collega van werknemer. [B] heeft in de periode van 17 augustus 2012 tot en met 7 september 2017 op de pashouders voor ABN AMRO een marge behaald van in totaal € 217.384. ABN AMRO heeft aangifte gedaan tegen werknemer. Op de aangifte is een strafprocedure gevolgd die gedurende het hoger beroep in de onderhavige procedure nog niet was afgerond. DWerknemer is op 22 december 2017 op staande voet ontslagen.

In deze procedure heeft ABN AMRO hoofdelijke veroordeling gevorderd van werknemer en de collega tot betaling van een schadevergoeding van € 217.384 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de verschillende data van opeisbaarheid. Daarnaast heeft ABN AMRO terugbetaling door werknemer gevorderd van de in 2015, 2016 en 2017 aan hem uitgekeerde variabele beloningen van in totaal € 9.098,23.

In deze procedure gaat het om de terugvordering van de variabele beloning. Het hof heeft geoordeeld dat voor een dergelijke 'claw back' is vereist dat de onderneming beschikt over procedures en criteria betreffende de toepassing van haar uit artikel 1:127 lid 3 Wft voortvloeiende bevoegdheid en dat deze bevoegdheid is uitgewerkt in beleid.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Terugvorderen (claw back) van variabele beloning (Wft) toegestaan ondanks ontbreken van de

duidelijke procedures en criteria (beleid) financiële instelling

Artikel 1:127 lid 3 Wft bepaalt dat een financiële onderneming een variabele beloning die is uitgekeerd aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid, in ieder geval terugvordert indien die persoon (a) niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag, of (b) verantwoordelijk was voor gedragingen die ertoe hebben geleid dat de positie van de onderneming aanmerkelijk is verslechterd. Met onder meer deze bepaling heeft de wetgever artikel 94 lid 1 onder n Vierde Richtlijn kapitaalvereisten ('CRD IV') geïmplementeerd. Is in strijd met artikel 1:127 lid 3 Wft een variabele beloning uitgekeerd, dan heeft de financiële onderneming op grond van deze bepaling niet alleen de bevoegdheid maar ook de verplichting om de variabele beloning terug te vorderen. In de twee gevallen die worden genoemd in deze bepaling (onder a en b) dient de financiële onderneming 'te allen tijde' tot terugvordering van de variabele beloning over te gaan. Tot welke omvang en over welke periode de variabele beloning moet worden teruggevorderd, is afhankelijk van de schending en de omstandigheden van het specifieke geval. De onderneming heeft daarbij een ruime beoordelingsruimte. Wanneer in strijd met artikel 1:127 lid 3 Wft wordt nagelaten de variabele beloning terug te vorderen, kan de toezichthouder een aanwijzing geven of een boete of dwangsom opleggen.

Artikel 1:127 lid 1 Wft bepaalt dat een financiële onderneming met zetel in Nederland beschikt over procedures en criteria betreffende de toepassing van de onder meer in lid 3 van dit artikel bedoelde bevoegdheid. Het oordeel van het hof komt erop neer dat de bevoegdheid tot terugvordering niet kan worden uitgeoefend indien de in artikel 1:127 lid 1 Wft vermelde procedures en criteria betreffende de toepassing van deze bevoegdheid – door het hof aangeduid als beleid – ontbreken. Deze rechtsopvatting kan niet als juist worden aanvaard. Zij doet immers afbreuk aan de bedoeling van de wetgever dat de financiële onderneming in de in artikel 1:127 lid 3 Wft bedoelde gevallen te allen tijde tot terugvordering overgaat. De desbetreffende verplichting van artikel 1:127 lid 1 Wft dient ertoe de bevoegdheid tot terugvordering van variabele beloningen in het beloningsbeleid van de financiële onderneming te verankeren. Hierop wordt toezicht gehouden door de toezichthouder, die ter zake van overtreding van artikel 1:127 lid 1 Wft een aanwijzing kan geven of een last onder dwangsom of bestuurlijke boete kan opleggen. Dat brengt echter niet mee dat die – rechtstreeks op artikel 1:127 lid 3 Wft gebaseerde – bevoegdheid uitsluitend kan worden uitgeoefend indien aan de verplichting tot het beschikken over procedures en criteria is voldaan. Het voorgaande geldt ook voor de bevoegdheid tot verlaging van de hoogte van een variabele beloning (art. 1:127 lid 2 Wft).

Wft vereist een eigenstandig civielrechtelijk oordeel. Geen strafrechtelijke veroordeling vereist

Voor toewijzing van een vordering op de voet van artikel 1:127 lid 3 aanhef en onder a Wft is vereist dat de persoon werkzaam onder de verantwoordelijkheid van de financiële onderneming niet heeft voldaan aan passende normen inzake bekwaamheid en correct gedrag. Niet vereist is dat deze persoon ook strafrechtelijk is veroordeeld. Het is aan de civiele rechter om te beoordelen of deze persoon al dan niet heeft voldaan aan passende normen

inzake bekwaamheid en correct gedrag.

Fraudeverwijt bij schadevergoeding weegt ook mee bij claw back-grondslag

Het hof had het fraudeverwijt wel betrokken in de schadevergoedingsprocedure (art. 7:661 BW), maar niet in de claw back. Daarbij heeft het hof ook geoordeeld dat werknemer zich door deze gedragingen schuldig heeft gemaakt aan belangenverstrengeling en handelen in strijd met de Wereldwijde Gedragscode van ABN AMRO, de Conflicts of Interest Policy van ABN AMRO, de moreel-ethische verklaring/bankierseed en het nevenactiviteitenbeleid van de bank. Zonder nadere motivering valt niet in te zien waarom het hof deze gedragingen wel heeft kunnen beoordelen ('wegen') in het kader van de vordering tot schadevergoeding, maar niet in het kader van de vordering tot terugbetaling van de variabele beloning.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-11-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1567

Zaaknummer: 22/03145

Rechters: T.H. den Tanja-van Broek, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma, G.C. Makkink en K. Teuben

Advocaten: F.M. Dekker

Wetsartikelen: 1:127 lid 3 Wft en 7:661 BW