

# Wbfo: toezicht, rechtsbescherming en aandachtspunten bij retentiebonussen

ArbeidsRecht 2019/11

**In de financiële sector gelden strikte eisen voor het toekennen van retentiebonussen indien wordt afgevoerd van de hoofdregel van het 20% bonusmaximum. Financiële ondernemingen mogen in dat geval alleen een retentiebonus toekennen als aan een aantal cumulatieve vereisten wordt voldaan. In dit artikel staan wij stil bij deze cumulatieve vereisten. Eén van de vereisten voor toekenning van een retentiebonus is dat de toezichthouder schriftelijk moet hebben ingestemd met toekenning. De vraag is welke maatregelen een financiële onderneming kan nemen als een toezichthouder niet instemt met toekenning van de retentiebonus. Kan de financiële onderneming bezwaar maken tegen deze weigering om in te stemmen? In dit artikel besteden wij aandacht aan deze vraag naar de rechtsbescherming.**

## 1. Retentiebonussen in de financiële sector

1.1 In geval van een duurzame organisatiewijziging, zoals een reorganisatie, fusie, overname, splitsing of beursgang<sup>2</sup> worden in de arbeidsrechtpraktijk regelmatig afspraken gemaakt met werknemers over zogenoemde retentie- of aanblijfbonussen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om sleutelfunctionarissen (bestuurders, senior management) of medewerkers die een onmisbare functie vervullen of die over specifieke vaardigheden beschikken die van belang zijn voor de continuïteit en/of waarde van de onderneming. Doorgaans wordt als belangrijkste voorwaarde voor de uitkering van de retentie- of aanblijfbonus gesteld dat de betrokken medewerker in dienst blijft tot een bepaalde datum. In beginsel geldt voor het maken van dergelijke afspraken contractsvrijheid tussen de werkgever en de werknemer: op grond van het arbeids- en verbintenissenrecht worden daardoor geen wettelijke eisen of beperkingen aan een retentiebonus gesteld. Het staat de werkgever dus vrij om de hoogte van de retentiebonus vast te stellen en naar

eigen inzicht en discretie te besluiten in welke gevallen een dergelijke bonus wordt toegekend en met wie deze afspraken worden gemaakt.

1.2 Deze contractsvrijheid is echter voor werkgevers in de financiële sector beperkt: voor hen gelden er bijzondere wettelijke eisen voor alle vormen van variabele beloning. Deze wettelijke eisen zijn vastgelegd in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (“Wbfo”) die sinds 7 februari 2015 deel uitmaakt van de Wet op het financieel toezicht (“Wft”).<sup>3</sup> Artikel 1:111 Wft definieert variabele beloning als “het deel van de totale beloning dat geen vaste beloning is”. Op grond van artikel 1:121 lid 1 Wft is de hoofdregel dat geen hogere variabele beloning dan 20% van het vaste jaarsalaris mag worden uitbetaald. Op deze hoofdregel geldt een aantal wettelijke uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 1:121 lid 2-7 Wft.<sup>4</sup> Daarnaast bevat de Wft een specifieke afwijkmogelijkheid van de in artikel 1:121 lid 1 Wft neergelegde hoofdregel voor retentiebonussen. Op grond van artikel 1:122 Wft zijn retentiebonussen die het maximum van 20% van het vaste jaarsalaris overschrijden uitsluitend toegestaan indien: (i) de retentiebonus noodzakelijk is in verband met een duurzame organisatiewijziging; (ii) de retentiebonus uitsluitend strekt tot het behouden van de werknemer; (iii) de retentiebonus niet (bovenop en opgeteld bij de overige variabele beloningen) een maximum van 100% of – na goedkeuring van de aandeelhouders – 200% van het vaste jaarsalaris overschrijdt; en (iv) de toezichthouder vooraf schriftelijk heeft ingestemd met de retentiebonus.

1.3 Voor de goede orde: de wettekst van artikel 1:122 Wft refereert niet aan het begrip “retentiebonus” maar aan “variabele beloning” die “noodzakelijk is in verband met een duurzame organisatiewijziging van de onderneming” en “die uitsluitend strekt tot het behouden” van een medewerker. In de parlementaire geschiedenis bij de Wbfo worden de bonussen die vallen onder de voorwaarden van artikel 1:122 Wft aangeduid als “retentievergoedingen”.<sup>5</sup> Het gaat echter niet om een wettelijk begrip; in de praktijk is het begrip “retentiebonus” gangbaar. In deze bijdrage wordt hierna het begrip “retentiebonus” uitsluitend gebruikt om retentiebonussen aan te duiden in de betekenis van artikel 1:122 Wft.

1.4 Van belang is dat een retentiebonus die onder de reikwijdte van artikel 1:122 Wft valt aan alle hierin gestelde voorwaarden moet voldoen. Het betreft dus cumulatieve voor-

1 Mr. drs. A.M. Helstone en mr. P. Disseldorp zijn werkzaam als advocaat bij Stibbe. De auteurs danken prof. mr. T. Barkhuysen, advocaat bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden voor zijn waardevolle bijdrage aan hun gedachtevorming over de rechtsbescherming onder de Awb die is weergegeven in dit artikel.

2 Illustratief is de politieke ophef die in het voorjaar van 2018 ontstond naar aanleiding van de afspraken over de retentiebonussen met bestuurders en leden van het *Executive Committee* in verband met de beursgang van de Haagse zakenbank NIBC. Deze afspraken leidden tot Kamervragen over de mogelijkheid tot afwijking van het wettelijk maximum van 20% voor variabele beloning en de instemming van DNB met deze retentiebonussen (*Aanhangsel Handelingen II 2017/18, 1919*). In 2013 was sprake van vergelijkbare politieke ophef bij de retentiebonussen bij de divestment van Robeco: zie hiervoor de beantwoording van de Kamervragen van lid Nijboer over bonussen bij Robeco (*Aanhangsel Handelingen II 2012/13, 2810*). In die transactie ging het blijkbaar om een substantieel totaalbedrag van omstreeks € 33 miljoen dat ter beschikking was gesteld voor de retentiebonussen.

3 De huidige wettelijke regeling van de Wbfo is verankerd in artikel 1:111-1:129 Wft.

4 Zie bijvoorbeeld in dit tijdschrift S. Schmeetz, ‘Het bonusplafond van 20%: financiële ondernemingen komen er niet langer onder- of bovenuit’, *ArbeidsRecht 2015/18*.

5 *Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 36: “Dit artikel heeft betrekking op retentievergoedingen.”*

waarden. Een afspraak over een variabele beloning die onder de reikwijdte van artikel 1:122 Wft valt, maar niet voldoet aan alle wettelijke eisen is nietig (artikel 1:116 lid 3 Wft).<sup>6</sup> Daarnaast kunnen de toezichthouders (DNB en AFM) in dat geval op grond van de Wft handhavend optreden en sancties opleggen. Een van de meest verstrekkende sancties is het opleggen van een bestuurlijke boete op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.<sup>7</sup>

1.5 De wettelijke eisen uit artikel 1:122 Wft roepen verschillende vragen op. Hoe verhoudt artikel 1:122 Wft zich tot het wettelijk Wft-maximum voor variabele beloning? In welke gevallen gelden de voorwaarden van artikel 1:122 Wft? Hoe moeten deze voorwaarden worden uitgelegd? Is er rechtsbescherming voor de werkgever die de retentiebonus aanvraagt indien de toezichthouder niet instemt met deze retentiebonus en zo ja, wat is hiervoor dan de wettelijke grondslag? In dit artikel wordt op deze vragen ingegaan.

1.6 De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst zal worden stilgestaan bij de reikwijdte van artikel 1:122 Wft. Hierbij wordt een analyse gemaakt van de voorwaarden die gelden voor toekenning van een retentiebonus. Daarbij besteden wij ook aandacht aan de richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit (“**EBA Richtsnoeren**”) voor zover deze relevant zijn voor de retentiebonus.<sup>8</sup> Deze richtsnoeren worden door DNB en AFM<sup>9</sup> in acht genomen bij de uitoefening van het toezicht op de naleving van de regels in de Wbfo.<sup>10</sup> In geval van afspraken over een retentiebonus

zal dus naast de Wbfo ook rekening moeten worden gehouden met de EBA Richtsnoeren. Tot slot zal worden ingegaan op de rechtsbescherming. De belangrijkste vraag daarbij is of een beslissing van DNB of AFM over de toekenning van een retentiebonus kwalificeert als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (“**Awb**”) en welke rechtsbescherming de werkgever hieraan mogelijk kan ontlenen. Wij sluiten af met enkele observaties naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Wbfo die in 2018 is gepubliceerd.<sup>11</sup>

1.7 Tot slot van deze inleiding nog het volgende. Met deze bijdrage wordt beoogd om arbeidsrechtbeoefenaars een basis aan te reiken voor de relevante gezichtspunten voor afspraken over een retentiebonus ex artikel 1:122 Wft. Daarnaast beogen wij een eerste bijdrage te leveren aan de gedachtevorming over de rechtsbescherming onder de Awb. Dit is niet het bestek om uitgebreid in te gaan op de ratio, achtergrond en opbouw van de beloningsregels in de Wft. Ook voor de rechtsbescherming geldt dat hier slechts in beperkte mate op wordt ingegaan. Hiervoor veronderstellen wij de lezer bekend met de ratio en het toepassingsbereik van de Wbfo, de financiële ondernemingen en personen die hieronder vallen en de geldende wettelijke maxima voor variabele beloning, de hiervoor geldende systematiek en de verhouding tot andere financiële toezichtregels voor beloningen zoals de Vierde Kapitaaltoereikendheidsrichtlijn (“**CRD IV Richtlijn**”),<sup>12</sup> de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2017<sup>13</sup> en de EBA Richtsnoeren.<sup>14</sup> Wij streven dus geen absolute volledigheid na. Daarvoor is het onderwerp te veelomvattend en omvangrijk.

## 2. Reikwijdte en retentievoorwaarden van artikel 1:122 Wft

2.1 Het is van belang om vast te stellen in welk geval artikel 1:122 lid 1 Wft van toepassing is. De hoofdregel van artikel 1:121 lid 1 Wft biedt immers al mogelijkheden tot toekenning van variabele beloning aan in Nederland werkzame personen zo lang het wettelijk maximum ex artikel 1:121 lid 1 Wft (20% van het vaste jaarsalaris) in acht wordt genomen. De eerste volzin van artikel 1:122 lid 1 Wft maakt, in onderlinge samenhang met 1:122 lid 1 onderdeel c Wft, duidelijk dat artikel 1:122 Wft betrekking heeft op retentiebonussen waarbij wordt afgeweken van artikel 1:121 lid 1 Wft:

- 11 *Kamerstukken II 2017/18, 33964, 46, met als bijlagen de Rapportage Evaluatie Wbfo van het Ministerie van Financiën en het Eindrapport Stichting GXP evaluatie Wbfo.*
- 12 *Richtlijn 2013/36/EU betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (PbEU 2013, L176/338).*
- 13 *De Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2017 vloeit rechtstreeks voort uit de CRD IV Richtlijn en stelt – evenals de CRD IV Richtlijn – eisen aan variabele beloning maar bevat geen specifieke normen voor retentievergoedingen. De EBA Richtsnoeren gelden als uitleg van de EBA van de regels voor vaste en variabele beloning uit de CRD IV Richtlijn en bevatten specifieke richtsnoeren voor retentievergoedingen (Par. 8.4, p. 51).*
- 14 *Zie hiervoor bijvoorbeeld Schmeetz 2015 a.w., W.R.N. Philippe, ‘De regulering van bonussen in de financiële sector – over stijgende salarissen en andere gevolgen van dien’, TAO 2015/2, p. 87-101.*

6 Zie hiervoor de verwijzing naar artikel 1:122 Wft in artikel 1:116 lid 3 Wft. Deze nietigheidssanctie ex artikel 1:116 lid 3 Wft geldt in afwijking van de hoofdregel ex artikel 1:23 Wft dat privaatrechtelijke rechtshandelingen zoals overeenkomsten in beginsel niet kunnen worden aangetast.

7 *Stb. 2016, 40.*

8 *EBA Guidelines on sound remuneration policies, EBA/GL/2015/22, www.eba.europa.eu.* De EBA Richtsnoeren zijn sinds 1 januari 2017 van kracht. Par. 8.4 EBA Richtsnoeren richt zich op retentievergoedingen (p. 51). Zie over samenloopvraagstukken over de EBA Richtsnoeren en de Wbfo: V. Gerlach, ‘Nieuwe beloningsrichtlijnen EBA en de Wbfo: harmonisatievraagstukken en andere samenloopproblemen’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015/9, p. 337-342.

9 Uit de parlementaire geschiedenis van de Wbfo volgt dat de wetgever heeft willen aansluiten bij de EBA Richtsnoeren: “Dit artikel heeft betrekking op retentievergoedingen. Conform Europese regelgeving, zoals de richtsnoeren van EBA met betrekking tot de herziene richtlijn banken, zijn variabele beloningen die uitsluitend strekken tot het behouden van individuele personen en afwijken van het bepaalde in artikel 1:121 toegestaan. Dit artikel sluit aan bij de Europese standaarden.” (*Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 36*). Wij wijzen erop dat naast de Europese Bankautoriteit ook de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) en de European Securities and Markets Authority (ESMA) als Europese toezichthouders toezicht uitoefenen op de financiële markten. EBA, EIOPA en ESMA worden gezamenlijk als de European Supervisory Authorities (ESA’s) aangeduid, waarvan ieder verantwoordelijk is voor een specifiek deelterrein binnen het Europese financieel toezicht: de bankensector (EBA), de verzekerings- en pensioensector (EIOPA) en de financiële markten (ESMA). Ook EIOPA en ESMA stellen richtsnoeren en aanbevelingen vast. Gelet op de relevantie van de EBA Richtsnoeren voor de retentiebonus die in deze bijdrage centraal staat, beperken wij ons hier tot deze richtsnoeren.

10 Beleidsregel toepassing richtsnoeren Europese toezichthoudende autoriteiten Wft 2017, *Stcrt.* 2017, 71891. Voor een verdieping van de betekenis van deze richtsnoeren voor financiële instellingen wijzen wij op T. Barkhuysen, L. Westendorp & S. Ramsanjhal, ‘De rechtspositie van financiële instellingen ten aanzien van richtsnoeren en aanbevelingen van European Supervisory Authorities: Europese pseudo-wetgeving?’, *Ondernemingsrecht* 2017/144.

“Een financiële onderneming kan, in afwijking van artikel 1:121 eerste lid, aan een onder haar verantwoordelijkheid werkzame natuurlijk persoon een variabele beloning toekennen die hoger is dan het in dat artikel bedoelde percentage, indien [...]”

2.2 Dat wil zeggen dat artikel 1:122 Wft zich primair richt op de gevallen die afwijken van de hoofdregel ex artikel 1:121 lid 1 Wft, oftewel op een hogere variabele beloning dan 20% van het vaste jaarsalaris die **“een financiële onderneming met zetel in Nederland toekent aan een natuurlijk persoon werkzaam onder haar verantwoordelijkheid”**. Voor het personele toepassingsbereik geldt voor de Wbfo als geheel (en dus ook voor artikel 1:122 Wft) dat iedere *“natuurlijke persoon”* hieronder valt. Niet alleen personen met een arbeidsovereenkomst, maar ook personen met een andere contractuele rechtsverhouding, zoals gedetacheerden, opdrachtnemers en uitzendkrachten vallen dus onder de reikwijdte van artikel 1:122 Wft.<sup>15</sup> Voor het gemak wordt in deze bijdrage enkel de term ‘werknemer’ gebruikt.

2.3 De voorwaarden voor toekenning van een retentiebonus zijn, zoals hiervoor al genoemd, opgenomen in artikel 1:122 lid 1 onderdelen a tot en met d Wft (**“Retentievoorwaarden”**). Hierna wordt ieder van deze cumulatieve Retentievoorwaarden nader belicht.

2.4 In de eerste plaats geldt als voorwaarde dat sprake moet zijn van een duurzame organisatiewijziging (**artikel 1:122 lid 1 onderdeel a Wft**). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het moet gaan om een incidentele en bijzondere gebeurtenis die een duurzame organisatiewijziging tot gevolg heeft. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan een fusie, overname of splitsing waarbij sprake is van een ver gevorderd stadium van de onderhandelingen (*binding offer*).<sup>16</sup> Het duurzame karakter van een incidentele en bijzondere gebeurtenis is in de parlementaire geschiedenis benadrukt: is hiervan geen sprake, dan bestaat er in beginsel geen grondslag voor toekenning van een retentiebonus. In de praktijk zal dus steeds per geval moeten worden bezien of, en zo ja in hoeverre sprake is van een duurzame organisatiewijziging. Alle gevallen waarin daarvan geen sprake is vallen in beginsel buiten de werkingssfeer van artikel 1:122 Wft. Indien een werknemer dus enkel wordt benaderd om naar een andere onderneming over te stappen, biedt dat op zichzelf onvoldoende aanknopingspunten om een variabele beloning toe te kennen als bedoeld in artikel 1:122 Wft. In situaties zoals deze is immers geen sprake van een duurzame organisatiewijziging.<sup>17</sup> Is sprake van een herstructurering, volgend op een integratie van activiteiten die voortvloeit uit een fusie of overname of bijvoorbeeld een sluiting van de onderneming, dan zijn er naar ons oordeel al weer meer aanknopingspunten om een retentiebonus ex artikel 1:122 Wft toe te kennen. In ieder geval zal steeds moe-

ten worden aangetoond in hoeverre de organisatiewijziging een *“duurzaam”* karakter heeft.

2.5 Dan de tweede voorwaarde (**artikel 1:122 lid 1 onderdeel b Wft**). Deze voorwaarde ziet op het doel dat wordt nagestreefd met de toekenning van de retentiebonus: het behoud van de persoon aan wie deze bonus wordt toegekend. Het moet dan gaan om medewerkers met specialismatische kennis en vaardigheden die van belang zijn voor de continuïteit en de waarde van de onderneming. In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld IT-personeel genoemd in de situatie waarin de activiteiten van de onderneming worden beëindigd.<sup>18</sup> Het voortzetten van IT-systemen tot aan het tijdstip van beëindiging is dan van een zo groot belang, aldus de parlementaire geschiedenis, dat dit nadelige gevolgen kan hebben voor de continuïteit van de onderneming. Gelet op dit voorbeeld kan dit evenzeer gelden voor bijvoorbeeld staffuncties, zoals Legal, HR, Finance en ondersteunende functies die van belang zijn voor de continuïteit en de waarde van de onderneming bij een fusie, overname of herstructurering. Zo lang dit belang voor de continuïteit en de waarde van de onderneming deugdelijk kan worden onderbouwd door de werkgever, zal naar ons oordeel doorgaans aan deze voorwaarde uit artikel 1:122 lid 1 Wft zijn voldaan.

2.6 De derde voorwaarde (**artikel 1:122 lid 1 onderdeel c Wft**) ziet op het absolute maximum voor de totale variabele beloning dat in acht moet worden genomen. Dit maximum omvat ook de overige (reguliere) variabele beloning die aan de werknemer wordt toegekend naast de retentiebonus.<sup>19</sup> In deze bepaling wordt – kort gezegd – verwezen naar de toepasselijke maximumpercentages voor variabele beloning uit de CRD IV Richtlijn, die respectievelijk 100% en – na instemming van de aandeelhouders – 200% van het vaste jaarsalaris bedragen.<sup>20</sup>

2.7 De vierde en laatste voorwaarde (**artikel 1:122 lid 1 onderdeel d Wft**) vormt het sluitstuk van de in artikel 1:122 lid 1 Wft genoemde voorwaarden: toekenning van de retentiebonus is uitsluitend mogelijk na schriftelijke instemming van de toezichthouder (DNB<sup>21</sup> of AFM). Een beslissing op een aanvraag voor een retentiebonus dient binnen zes weken te worden genomen (artikel 1:122 lid 2 Wft). Deze termijn is korter dan de algemene beslistermijn uit de Awb. Op grond van artikel 4:13 lid 1 en lid 2 Awb dient een bestuursorgaan, bij het ontbreken van een specifieke wettelijke termijn, binnen acht weken na ontvangst van een aanvraag te beslissen.

15 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 3.

16 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 36.

17 Zie voor deze voorbeelden de parlementaire geschiedenis van de Wbfo: Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 36.

18 Kamerstukken II 2013/14, 33964, 3, p. 36.

19 Artikel 1:122 lid 1 onder c Wft verwijst in dat verband naar de *“som van variabele beloningen”*: bij elkaar opgeteld mag de totale variabele beloning inclusief de retentiebonus de in de CRD IV Richtlijn voorgeschreven maximumpercentages dus niet overschrijden.

20 Artikel 94 lid 1, onderdeel g, onder i, eerste volzin en onder ii CRD IV Richtlijn.

21 In het geval van significante instellingen, zoals ABN AMRO, ING Bank, Rabobank, De Volksbank, Bank Nederlandse Gemeenten en de Nederlandse Waterschapsbank, is ook de Europese Centrale Bank (ECB) samen met DNB betrokken bij het toezicht op deze banken. Wij besteden hieraan in deze bijdrage geen aandacht.

Daarbij moet worden opgemerkt dat een bestuursorgaan op grond van artikel 4:14 Awb de mogelijkheid heeft om de beslistermijn éénmalig te verdagen. Uit artikel 1:122 lid 2 Wft volgt niet of DNB en AFM deze mogelijkheid ook hebben. Of dit het geval is, hangt af van het antwoord op de vraag of een beslissing van DNB of AFM in de zin van artikel 1:122 Wft kwalificeert als een besluit in de zin van de Awb. Kwalificeert deze beslissing als een besluit, dan is de Awb onverkort van toepassing. Verderop gaan wij hier nader op in.

### 3. Verhouding artikel 1:122 Wft tot de EBA Richtsnoeren

3.1 Zoals hiervoor reeds toegelicht, nemen DNB en AFM de EBA Richtsnoeren in acht bij de uitoefening van het toezicht op de Wbfo. Hieronder vallen dus ook de voorwaarden voor retentiebonussen ex artikel 1:122 Wft.

3.2 De EBA Richtsnoeren vormen een interpretatie en uitleg bij de CRD IV Richtlijn. Bij de verhouding tussen de Wbfo en de EBA Richtsnoeren dient te worden bedacht dat de Wbfo een strengere en verdergaande implementatie van de CRD IV Richtlijn is. De Wbfo gaat uit van een bonusmaximum van 20% en is in beginsel van toepassing op **alle natuurlijke personen die werken onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming**. De CRD IV Richtlijn bevat bonusmaxima van 100% en – kort gezegd met instemming van de aandeelhouders – 200% en bevat specifieke eisen voor medewerkers van wie de werkzaamheden het risicoprofiel van de financiële onderneming materieel kunnen beïnvloeden (aangeduid in de CRD IV Richtlijn als zogenaemde “*Identified Staff*”). Voor Identified Staff gelden specifieke regels voor toekenning en uitkering van bonussen, waarvan de belangrijkste zijn dat tussen de 40% en 60% van de bonus moet worden uitgesteld over een periode van drie tot vijf jaar, een minimum van 50% van de bonus in *non-cash* instrumenten (aandelen of vergelijkbare instrumenten) moet worden toegekend en uitbetaald, en malus en terugvordering (*claw-back*) regelingen moeten worden toegepast.<sup>22</sup> Op grond van de EBA Richtsnoeren moet een retentiebonus voor Identified Staff daarom ook aan deze voorwaarden voldoen.<sup>23</sup>

3.3 Evenals artikel 1:122 Wft stellen de EBA Richtsnoeren als eis voor retentiebonussen dat er sprake moet zijn van een legitiem belang voor het behoud van een medewerker. Hier wordt verwezen naar voorbeelden die vergelijkbaar zijn met de hiervoor besproken voorbeelden van duurzame organisatiewijzigingen uit de parlementaire geschiedenis van de Wbfo: retentiebonussen kunnen aan de orde zijn in

geval van herstructurerings, liquidaties of na een verandering in de zeggenschap.<sup>24</sup>

3.4 Opgemerkt wordt nog dat de EBA Richtsnoeren als uitgangspunt nemen dat retentiebonussen doorgaans niet zijn gebaseerd op prestaties, maar onderworpen zijn aan andere voorwaarden.<sup>25</sup> Het gaat dan om de voorwaarde dat de betrokken medewerker nog gedurende een vooraf vastgestelde periode (“**Retentieperiode**”) of tot een bepaalde gebeurtenis (bijvoorbeeld de einddatum van een herstructurering of de “*closing*” in geval van een fusie of overname) in dienst moet blijven.<sup>26</sup> Het uitgangspunt dat retentiebonussen niet prestatie-gerelateerd zijn is wat ons betreft in overeenstemming met het primaire doel van retentiebonussen: de waarborg dat een medewerker in dienst blijft tot een vooraf vastgestelde datum.

### 4. Kwalificatie van een beslissing ex artikel 1:122 Wft als appellabel Awb-besluit en rechtsbescherming

4.1 In geval van een weigering door DNB of AFM van de aanvraag ex 1:122 Wft zal de werkgever mogelijk bezwaar willen maken tegen deze beslissing. De vraag is dan of er rechtsbescherming tegen deze beslissing openstaat en zo ja, op basis van welke wettelijke grondslag. In beginsel staat er altijd rechtsbescherming open. Als sprake is van een appellabel besluit in de zin van de Awb, staat een bestuursrechtelijke rechtsgang open. Is niet sprake van een appellabel besluit in de zin van de Awb, dan kan een procedure worden gestart bij de civiele rechter.<sup>27</sup> De voorvraag is dus of een weigering van DNB of AFM op een aanvraag ex 1:122 Wft kwalificeert als een appellabel besluit in de zin van de Awb.

4.2 De Wft zelf voorziet niet in een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsgang tegen een beslissing van DNB of AFM. Dat wil echter niet zeggen dat geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat. Op grond van artikel 8:1 Awb juncto artikel 7:1 Awb kunnen belanghebbenden in beginsel bezwaar<sup>28</sup> en beroep<sup>29</sup> instellen tegen een besluit in de zin van de Awb. Twee vragen zijn hierbij cruciaal: (i) is sprake van een (appellabel) besluit in de zin van de Awb; en (ii) kwalificeert iemand als belanghebbende in de zin van de Awb? Hierna beantwoorden wij deze twee vragen.

4.3 Voor de vraag of sprake is van een besluit in de zin van de Awb, is artikel 1:3 lid 1 Awb doorslaggevend:

<sup>24</sup> EBA Richtsnoer 128.

<sup>25</sup> Idem; EBA Richtsnoer 129, laatste volzin.

<sup>26</sup> EBA Richtsnoer 131 stelt als eis dat de instellingen een retentieperiode vaststellen als een specifieke periode of door het definiëren van een gebeurtenis waarmee aan de retentievoorwaarde wordt voldaan. Op grond hiervan worden retentiebonussen toegekend na het einde van de retentieperiode of zodra is voldaan aan de retentievoorwaarden.

<sup>27</sup> Hoge Raad 20 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AD6026 (*Montenegro*).

<sup>28</sup> Behoudens artikel 7:1a Awb.

<sup>29</sup> Tegen bepaalde besluiten kan geen beroep worden ingesteld. Het gaat te ver om hierin aandacht te besteden in deze bijdrage. Zie in dit verband de bijlagen bij de Awb.

<sup>22</sup> Zie voor een behandeling van de specifieke beperkingen voor bonussen van *Identified Staff* ook: A.M. Helstone, ‘Financieel toezicht op beloningen’, TAO 2012/2, p. 63–69 en F.C.A. van de Bult, ‘Beloningen in de financiële sector: *never waste a good crisis*’, in: Onderneming en beloning (red. C.J.H. Jansen & L.G. Verburg) Deventer: Kluwer 2014.

<sup>23</sup> EBA Richtsnoer 129.

“Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.”

Uit deze definitie volgt dat sprake is van een besluit in de zin van de Awb als aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) er moet sprake zijn van een **schriftelijke** beslissing van; een (ii) **bestuursorgaan**; die (iii) een **rechtshandeling** met; een (iv) **publiekrechtelijk** karakter inhoudt. Een analyse van deze voorwaarden leidt tot de conclusie dat een beslissing ex artikel 1:122 Wft in beginsel zal kwalificeren als een Awb-besluit. Dat wordt hierna verder toegelicht.

### *Schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan*

4.4 Aan de eis van een schriftelijke beslissing wordt in dit geval voldaan. Zoals hiervoor uiteengezet stelt artikel 1:122 lid 1 onder d Wft de eis van **schriftelijke** instemming van de toezichthouder met de toekenning van de retentiebonus. De toezichthouder – DNB of AFM – kwalificeert bovendien als een bestuursorgaan. In artikel 1:1 lid 1 Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen zogeheten a-organen en b-organen:

- a. “een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld”.
- b. “een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed”.

4.5 DNB en AFM zijn privaatrechtelijke instanties en zijn dus niet ‘krachtens publiekrecht’ ingesteld. DNB en AFM zijn echter wel b-organen in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. Beide toezichthouders zijn krachtens de Wft immers met openbaar gezag bekleed. Dat DNB en AFM b-organen zijn, is in de rechtspraak meermaals bevestigd. In een recente zaak bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven deed AFM bijvoorbeeld zelf een beroep op artikel 5:16 en artikel 5:20 Awb.<sup>30</sup> AFM erkende dus zelf de toepasselijkheid van de Awb, hetgeen impliceert dat AFM als bestuursorgaan (meer specifiek: een b-orgaan) kwalificeert. Ook DNB is in de rechtspraak veelvuldig als b-orgaan aangemerkt.<sup>31</sup>

### *Rechtshandeling met een publiekrechtelijk karakter*

4.6 Van een rechtshandeling is sprake indien de handeling is gericht op rechtsgevolg. Op grond van vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>32</sup> heeft een beslissing rechtsgevolg indien deze erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor een of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of zaak vast te stellen. Er moet zijn beoogd de rechtspositie van betrokkenen te wijzigen. In het geval van een beslissing ex artikel 1:122 Wft kan sprake zijn van verschillende rechtsgevolgen als gevolg van de toe- of afwijzing van de aanvraag. In het geval

van een positieve beslissing van de toezichthouder ontstaat er voor de onderneming die de retentiebonus aanvraagt een recht om deze toe te kennen. De beslissing is in dat geval duidelijk gericht op een rechtsgevolg.

4.7 In geval van een afwijzing van de aanvraag mag de onderneming de retentiebonus juist niet toekennen. De vraag is of in dat geval sprake is van een rechtsgevolg. De rechtspositie van de aanvragende werkgever is in dat geval in principe niet gewijzigd: de werkgever mocht voor de aanvraag geen retentiebonus toekennen, en mag dat na de weigering nog steeds niet. Toch is ook in dit geval sprake van een besluit in de zin van de Awb. Uit artikel 1:3 lid 2 Awb volgt namelijk dat een afwijzing van de aanvraag ook als Awb-besluit moet worden aangemerkt.

4.8 Het publiekrechtelijk karakter van de rechtshandeling volgt uit de wettelijke bevoegdheid die de toezichthouder ontleent aan artikel 1:122 Wft: het gaat niet om een beslissing in een privaatrechtelijke verhouding, maar om de publiekrechtelijke uitoefening van het toezicht door DNB en AFM op de naleving van de Wbfo.

### *Belanghebbende*

4.9 Een beslissing van DNB of AFM op een aanvraag in de zin van artikel 1:122 Wft kwalificeert wat ons betreft dus als een appellabel Awb-besluit. Het gevolg hiervan is, zoals gezegd, dat belanghebbenden op grond van artikel 8:1 Awb juncto artikel 7:1 Awb in beginsel bezwaar en beroep kunnen instellen tegen de beslissing van DNB of AFM. De vraag is wie in dit geval als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb kunnen worden aangemerkt. Kan de aanvragende onderneming (de werkgever) als belanghebbende worden aangemerkt? En kunnen de werknemer voor wie de aanvraag is ingediend of bijvoorbeeld de ondernemingsraad en betrokken vakbonden als belanghebbenden worden aangemerkt?<sup>33</sup>

4.10 In artikel 1:2 lid 1 Awb wordt als belanghebbende aangemerkt “*degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken*”. De partij die een aanvraag indient bij een bestuursorgaan, kwalificeert in beginsel altijd als belanghebbende. In het geval van artikel 1:122 Wft vraagt de werkgever aan DNB of AFM om instemming met toekenning van de retentiebonus. De werkgever dient dus de aanvraag in. Dat betekent dat de werkgever altijd als belanghebbende kwalificeert.

4.11 Ook los hiervan kwalificeert de werkgever wat ons betreft als belanghebbende. Dat blijkt uit de uitleg in de rechtspraak van de definitie van ‘*belanghebbende*’. De definitie uit artikel 1:2 lid 1 Awb wordt in de rechtspraak zo uit-

30 ECLI:NL:CBB:2018:444.

31 Vgl. bijv. ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4987.

32 ECLI:NL:RVS:2008:BC3065.

33 Wij beperken ons in deze bijdrage tot het bespreken van enkele specifieke mogelijk belanghebbenden. Ook andere partijen, zoals bijvoorbeeld de koper in geval van een overname, kunnen mogelijk echter als belanghebbenden kwalificeren. Het strekt te ver om de mogelijke kwalificatie van belanghebbenden in de zin van de Awb ten aanzien van ieder van deze partijen te bespreken in deze bijdrage.

gelegd dat sprake moet zijn van een (i) objectief bepaalbaar; (ii) persoonlijk; (iii) eigen; (iv) rechtstreeks; en (v) actueel belang, de zogeheten OPERA-criteria.<sup>34</sup> Over deze criteria is in de loop der jaren veel rechtspraak geweest. Het gaat te ver om al deze vijf criteria in deze bijdrage uitgebreid te behandelen. Een eerste analyse leert ons echter dat de werkgever als belanghebbende moet worden aangemerkt in geval van een afwijzende beslissing in de zin van artikel 1:122 Wft:

- Het belang van de financiële onderneming om medewerkers te behouden in geval van een duurzame organisatiewijziging is een **eigen** belang. Dit belang is ook voldoende **persoonlijk**. In dat kader is tevens relevant dat een afwijzende beslissing van de toezichthouder aan de financiële onderneming is gericht. De financiële onderneming is met andere woorden de adressant.
- Het belang bij behoud van medewerkers is voldoende **objectief bepaalbaar**, mede gelet op de eisen die in artikel 1:122 Wft onderdelen a (duurzame organisatiewijziging) en b (het doel van behoud van medewerkers en de eisen die hieraan worden gesteld, dus niet iedere willekeurige medewerker maar veelal specialistisch hoogwaardig personeel) worden gesteld.
- Het belang van behoud van medewerkers is voldoende **actueel**; dit bestaat uit de dreiging van vertrek en de implicaties hiervan voor de continuïteit en waarde van de onderneming (bijvoorbeeld bij een fusie of overname).
- Tot slot kan ook worden vastgesteld dat sprake is van een **rechtstreeks** belang: het causaal verband tussen de afwijzing van de aanvraag van een retentiebonus ex artikel 1:122 Wft en het rechtstreekse belang van behoud van de betrokken medewerkers is evident aanwezig.

4.12 Het voorgaande rechtvaardigt wat ons betreft de conclusie dat de werkgever die de retentiebonus aanvraagt doorgaans als belanghebbende in de zin van de Awb kan worden aangemerkt.

4.13 Voor de werknemer aan wie mogelijk een retentiebonus wordt toegekend is dit minder evident. Gesteld kan worden dat deze werknemer slechts een afgeleid belang heeft, in die zin dat het geldelijk belang van de werknemer (toekenning van de retentiebonus) afgeleid is van het belang van de werkgever bij het in dienst houden van de desbetreffende werknemer. De afwijzende beslissing van de toezichthouder is ook niet aan de werknemer gericht. Aan de andere kant is het zo dat het belang van de werknemer doorgaans grotendeels parallel is aan het belang van de werkgever. De werkgever wil de werknemer behouden en wil hiervoor een extra vergoeding betalen en de werknemer wil tot een bepaalde datum in dienst blijven in ruil voor de aangeboden vergoeding. De belangen van de werkgever en werknemer kunnen echter ook verschillen, of zelfs in bepaalde mate tegenstrijdig zijn. Voor de werkgever kan bijvoorbeeld

meespelen dat hij een goede verstandhouding met de toezichthouder wil hebben, terwijl dit voor de werknemer van minder belang zal zijn. Dit alles brengt mee dat op voorhand niet goed kan worden vastgesteld of een werknemer belanghebbende is in de zin van de Awb.

4.14 Kortom: of een werknemer als belanghebbende kan worden aangemerkt, is nog niet zo eenvoudig. Deze vraag leent zich wat ons betreft voor nader onderzoek. Datzelfde geldt voor de vraag of bijvoorbeeld de ondernemingsraad als belanghebbende kan worden aangemerkt. Dat lijkt niet het geval, nu in die gevallen snel sprake zal zijn van een onpersoonlijk dan wel niet eigen belang. De ondernemingsraad kan bij een positief advies echter als voorwaarde stellen dat de toezichthouder instemt met de voorgenomen retentiebussen. Indien de toezichthouder deze instemming vervolgens weigert, heeft de ondernemingsraad mogelijk sneller een eigen, persoonlijk belang. Voor vakbonden geldt tot slot dat relevant is wat de statutaire belangen van de vakbond zijn en of deze statutaire belangen ook feitelijk worden nagestreefd.

#### Rechtsgang

4.15 Gelet op het voorgaande concluderen wij dat een werkgever in beginsel belanghebbende is bij een afwijzende beslissing van DNB of AFM in de zin van artikel 1:122 Wft. Dat betekent dat voor de werkgever een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat. In beginsel zal eerst bezwaar moeten worden gemaakt bij de toezichthouder zelf (artikel 7:1 Awb). Dat is alleen niet zo, als één van de in artikel 7:1 lid 1 onder a-g genoemde situaties zich voordoet of als er toepassing wordt gegeven aan artikel 7:1a Awb (rechtstreeks beroep).

4.16 In dit geval is van de in artikel 7:1 lid 1 Awb genoemde situaties met name onder g van belang: geen bezwaar staat open als het besluit in kwestie wordt genoemd in de 'Regeling rechtstreeks beroep' (bijlage 1 bij de Awb). In deze Regeling worden wel enkele artikelen uit de Wft genoemd, maar artikel 1:122 Wft wordt niet genoemd. De werkgever zal dus eerst bezwaar moeten instellen bij de toezichthouder zelf. Dat moet binnen zes weken nadat het besluit is bekendgemaakt (artikel 6:7 Awb juncto artikel 6:8 lid 1 Awb).

4.17 Indien de werkgever bezwaar maakt bij de toezichthouder, dan kan hij ervoor kiezen om op grond van artikel 7:1a lid 1 Awb aan de toezichthouder te verzoeken om het bezwaar direct door te sturen naar de bestuursrechter. In dat geval wordt de bezwaarfase dus alsnog overgeslagen. Belangrijk is dat dit alleen kan met instemming van de toezichthouder zelf en dat ook de bestuursrechter daarmee akkoord moet gaan.

4.18 Ervan uitgaande dat de bezwaarfase niet wordt overgeslagen, dient de toezichthouder te besluiten op het bezwaar van de werkgever. Indien de werkgever het niet eens is met deze beslissing op bezwaar ('bob'), dan staat beroep bij de bestuursrechter open. In geval van een afwij-

<sup>34</sup> Zie recent nog ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3107.

zende beslissing in de zin van artikel 1:122 Wft dient dit beroep te worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam.<sup>35</sup> Is de werkgever het ook niet eens met de uitspraak van de bestuursrechter, dan kan hij tot slot in hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.<sup>36</sup>

## 5. Weinig aanvragen; jurisprudentievorming

5.1 Uit de eerste evaluatie van de Wbfo volgt dat in de praktijk tot nu toe relatief weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een retentiebonus aan te vragen ex artikel 1:122 Wft.<sup>37</sup> De oorzaak hiervan lijkt te volgen uit een algemene observatie: door zowel financiële marktpartijen als DNB is in het kader van het evaluatieonderzoek aangegeven dat het traject voor het aanvragen van de vereiste instemming bij de toezichthouder arbeidsintensief en tijdrovend is.<sup>38</sup>

5.2 Tot nu toe zijn er, zo volgt althans uit de evaluatie van de Wbfo en de hiervoor geldende onderzoeksperiode, slechts in beperkte mate beslissingen van DNB of AFM geweest op een aanvraag ex artikel 1:122 Wft.<sup>39</sup> De bestuursrechtelijke jurisprudentie ten aanzien van eventuele (toekomstige) afwijzingen zal zich dus nog moeten ontwikkelen. In het licht van de hiervoor geschetste aspecten is duidelijk dat we nog interessante ontwikkelingen op dit terrein tegemoet kunnen zien.

35 Dit volgt uit artikel 8:6 Awb juncto artikel 7 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (bijlage 2 bij de Awb).

36 Zie voor een nadere uitwerking bijvoorbeeld G.P. Roth, 'Bezwaar maken bij de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2018/23.

37 *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, 46, met (onder meer) als bijlage de Rapportage Evaluatie Wbfo van het Ministerie van Financiën, p. 47, 53, 55 en 56.

38 *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, 46, met (onder meer) als bijlage de Rapportage Evaluatie Wbfo van het Ministerie van Financiën, p. 40.

39 Zie voor een overzicht van de goedkeuringen ten aanzien van aanvragen van retentiebonussen door DNB en AFM opnieuw *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, 46, met (onder meer) als bijlage de Rapportage Evaluatie Wbfo van het Ministerie van Financiën, p. 47, 53, 55 en 56.