

Wijzigingen in de Wbfo: aanscherping van de cao-exceptie voor de toekenning van bonussen en een wettelijke mededelingsplicht

ArbeidsRecht 2023/25

De Wet nadere beloningsmaatregelen financiële ondernemingen is op 1 januari 2023 in werking getreden. Deze wet introduceert een aantal wijzigingen in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen. In dit artikel worden de aanscherping van de cao-exceptie (art. 1:121 lid 2 Wft) en de hierbij behorende wettelijke mededelingsplicht (art. 1:120 lid 4 Wft) uitgelicht.

1. Cao-exceptie en Wbfo

De Wet nadere beloningsmaatregelen financiële ondernemingen ('Wnbfo') is op 1 januari 2023 in werking getreden.² De Wnbfo introduceert een aantal wijzigingen in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen ('Wbfo'). De Wbfo is opgenomen in hoofdstuk 1.7 (Beloningsbeleid) van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') en is op 7 februari 2015 in werking getreden. De Wbfo bevat de wettelijke voorwaarden voor vaste, variabele beloning en vertrekvergoedingen die door financiële ondernemingen (bijvoorbeeld banken en verzekeraars) aan medewerkers worden toegekend.³

Als hoofdregel geldt op grond van de Wft dat een financiële onderneming met een zetel in Nederland aan een onder haar verantwoordelijk werkzaam natuurlijk persoon, een variabele beloning van ten hoogste 20% van de vaste beloning van die persoon op jaarbasis mag toekennen (het 'bonusplafond') (art. 1:121 lid 1 Wft). Op deze hoofdregel van het bonusplafond bestaat op grond van art. 1:121 Wft een aantal uitzonderingen, zoals de cao-exceptie. De cao-exceptie (art. 1:121 lid 2 Wft) houdt – kort gezegd – in dat onder voorwaarden van het bonusplafond kan worden afgeweken tot een maximum van 100% van de jaarlijkse vaste beloning voor personen waarvan de beloning niet of niet uitsluitend uit een cao volgt (bijvoorbeeld door contractuele afspraken in aanvulling op de cao) en die hun werkzaamheden hoofdzakelijk in Nederland verrichten. Op basis van de cao-exceptie kan dus tot maximaal 100% van de jaarlijkse vaste beloning worden uitgekeerd als variabele beloning mits aan de voorwaarden van art. 1:121 lid 2 Wft wordt voldaan.

De Wnbfo scherpt de voorwaarden voor de toepassing van de cao-exceptie aan. Per 1 januari 2023 mag een financiële

onderneming de cao-exceptie niet meer toepassen op personen die (1) een interne controlefunctie verrichten of (2) zich rechtstreeks bezighouden met het verlenen van financiële diensten aan consumenten. Daarnaast introduceert de Wnbfo voor financiële ondernemingen een wettelijke verplichting (art. 1:120 lid 4 Wft) om over het gebruik van de cao-exceptie jaarlijks gemotiveerd mededeling te doen aan de toezichthouder (conform de definitiebepaling in de Wft: De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM)).

Door de aanscherping van de cao-exceptie is het voor financiële ondernemingen van belang om scherp voor ogen te hebben (i) in welke gevallen en (ii) op wie zij de cao-exceptie mogen toepassen. Kortom: alle reden om deze nieuwe regels eens kritisch tegen het licht te houden.

In deze bijdrage richten wij ons uitsluitend op de aanscherping van de cao-exceptie (art. 1:121 lid 2 Wft) en de hierbij behorende wettelijke mededelingsplicht (art. 1:120 lid 4 Wft). Andere aspecten van de cao-exceptie en de overige wijzigingen uit de Wnbfo blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Wij bespreken hierna eerst de oorspronkelijke ratio van de cao-exceptie en vervolgens de aanleiding en achtergrond van de wijziging van de cao-exceptie. Daarbij besteden wij aandacht aan de personele reikwijdte en gaan we in op de verhouding tussen het bonusplafond (de hoofdregel) en de cao-exceptie (de uitzondering). Voor een goed begrip van de personele werkingssfeer en de duiding van interne controlefuncties, betrekken we hierbij ook de richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit betreffende een degelijk beloningsbeleid (de 'EBA-richtsnoeren').⁴ De EBA-richtsnoeren zijn relevant nu deze door DNB en de AFM worden meegewogen bij de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Wbfo.⁵ Daarna staan wij stil bij de juridische haken en ogen van de wettelijke mededelingsplicht en de rechtsgevolgen en de sancties bij overtreding hiervan. Wij sluiten af met enkele voor de praktijk relevante constatering.

1 Mr. drs. A.M. (Astrid) Helstone en mr. P. (Pauline) van Lingen zijn advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 Stb. 2022, 220 (Wnbfo) en Stb. 2022, 248 (inwerkingtreding).

3 Stb. 2015, 45 (Wbfo) en Stb. 2015, 46 (inwerkingtreding).

4 EBA-richtsnoeren betreffende een degelijk beloningsbeleid overeenkomstig Richtlijn 2013/36/EU (Richtlijn kapitaalvereisten) van 2 juli 2021 (EBA/GL/2021/04).

5 Beleidsregel toepassing Europese toezichthoudende autoriteiten Wft 2019 (Stcrt. 2019, 18510). Zie ook opgenomen in het 'Open Boek Toezicht' van DNB: 'Toepassing Richtsnoeren en aanbevelingen van de Europese toezichthoudende autoriteiten', www.dnb.nl, waarin een overzicht wordt gegeven van de richtsnoeren en aanbevelingen die de Europese toezichthouders hebben vastgesteld waaraan DNB voldoet, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld (versie 15 februari 2023). Zie in dit overzicht voor de EBA-richtsnoeren: nr. 97, p. 17.

2. Wijzigingen in de cao-exceptie per 1 januari 2023

2.1 Aanleiding aanscherping

In 2015 werden door de Wbfo zowel het bonusplafond als een van de uitzonderingen hierop, de cao-exceptie, opgenomen in hoofdstuk 1.7 Wft. De belangrijkste reden om de cao-exceptie op te nemen was de gedachte dat bepaalde specialistische medewerkers, zoals ICT'ers, moeilijk aan te trekken zouden zijn als hen geen hogere variabele beloning in het vooruitzicht kon worden gesteld. De cao-exceptie zou alleen gelden voor dergelijke uitzonderlijke gevallen.⁶ Bij personen, die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van de Nederlandse onderneming en voor wie afwijkende beloningsafspraken gelden die deels of volledig afwijken van de cao, geldt dat individuele medewerkers binnen deze categorie meer dan 20% (met een maximum van 100%) aan variabele beloning kunnen ontvangen indien anderen binnen deze categorie een lagere variabele beloning ontvangen. Het bonusmaximum binnen deze categorie personen mag gemiddeld niet meer dan 20% bedragen. Een financiële onderneming heeft de vrijheid om hierin keuzes te maken. Het gemiddelde wordt – kort gezegd – berekend door de procentuele factor per individuele medewerker binnen deze categorie bij elkaar op te tellen en te delen door het totaal aantal personen binnen deze categorie.⁷

In 2018, drie jaar na de inwerkingtreding, verscheen het evaluatierapport van de Wbfo.⁸ De evaluatie bestond uit drie onderdelen, namelijk (i) de doeltreffendheid (doet de wet wat is beoogd?), (ii) de neveneffecten (welke impact heeft de Wbfo op het vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van financiële ondernemingen?) en (iii) de uitvoerbaarheid van de Wbfo en de beloningspraktijk. Onderdeel van deze evaluatie waren uitvragen bij de betrokken financiële toezichthouders (DNB en de AFM) en brancheorganisaties over deze beloningspraktijk van financiële ondernemingen. Ten aanzien van de uitvoerbaarheid van de Wbfo ad (iii) wezen de resultaten uit dat er over het algemeen geen indicatie was van misbruik van de mogelijkheden om van het bonusplafond af te wijken. Variabele beloningen waren doorgaans niet hoger dan het toegestane bonusplafond op jaarbasis. Een belangrijke conclusie op basis van het evaluatierapport was echter dat financiële ondernemingen de cao-exceptie gebruikten voor personeel waarvoor de wetgever deze uitzondering niet zou hebben bedoeld, namelijk voor medewerkers die belangrijke risicoafwegingen maken voor de onderneming of direct met klanten te maken hebben zoals medewerkers die verantwoordelijk zijn voor de verkoop, *investment banking* of die onderdeel uitmaken van het senior management.⁹

Deze resultaten van het evaluatierapport moeten in het juiste perspectief worden gezien. Uit de uitvraag bij DNB bleek dat op het tijdstip van de evaluatie voor slechts een klein deel van de medewerkers in de financiële sector, namelijk 0,6% van alle medewerkers bij banken en 0,1% van alle medewerkers bij verzekeraars, gebruik werd gemaakt van de cao-exceptie.¹⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat het gebruik van de cao-exceptie op dat moment uitzonderlijk was en beperkt tot exceptionele gevallen. De Minister van Financiën besloot naar aanleiding van de uitkomsten van de evaluatie toch in het bredere overleg met de (financiële) sector het gesprek over de toepassing van de cao-exceptie aan te gaan en vervolgens de wet aan te passen.¹¹

2.2 Wat is er veranderd aan de cao-exceptie door de Wnbfo?

2.2.1 Aanscherping cao-exceptie: personele werkingssfeer en overgangsrecht

Met ingang van 1 januari 2023 is in art. 1:121 lid 2 Wft expliciet opgenomen dat de cao-exceptie (alleen) in *uitzonderlijke gevallen* kan worden toegepast op natuurlijke personen, *niet* zijnde een persoon die (A) een interne controlefunctie verricht of (B) zich rechtstreeks bezighoudt met het verlenen van financiële diensten aan consumenten. Ten aanzien van deze wijziging en de personen die hierdoor geraakt worden, geldt er overgangsrecht in de periode tot 1 januari 2024 voor medewerkers met bestaande contracten, als deze personen werkzaam zijn voor dezelfde financiële onderneming.¹² Concreet betekent dit dat de aanscherping van de cao-exceptie pas vanaf 1 januari 2024 zal gaan gelden voor de personen die reeds op 1 januari 2023 werkzaam waren op grond van bestaande contracten. Werkgevers in de financiële sector die de cao-exceptie toepassen, worden dan ook in 2023 geacht in overleg te treden met individuele medewerkers om, waar nodig, de afspraken over de toepassing van de cao-exceptie te herzien.

2.2.2 Uitsluiting toepassing cao-exceptie: om welke functies gaat het?

Hierna lichten we toe welke functies per 1 januari 2023 bij het aangaan van nieuwe contracten (en die dus niet onder het hiervoor genoemde overgangsrecht vallen) zijn uitgesloten van de cao-exceptie.

Groep (A) omvat de personen die zogenoemde interne controlefuncties vervullen. Hierbij moet worden gedacht aan personen die werkzaam zijn in functies op het terrein van risicomanagement, compliance en interne audit. Voor verzekeraars hoort daar ook de actuariële functie bij.¹³ De belangrijkste reden dat voor deze groep specifieke criteria voor variabele beloning gelden, is de onafhankelijke controle die deze personen moeten verrichten op de bedrijfs-eenheden die zij moeten beoordelen. Een voorbeeld van

6 Zie hiervoor: *Handelingen II* 2014/15, nr. 9, item 7, p. 31.

7 Zie hiervoor de parlementaire geschiedenis van de Wbfo: *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 35.

8 Via een amendement was op deze evaluatie aangedrongen. Zie hiervoor: *Kamerstukken II* 2014/15, 33964, nr. 24 (amendement) en *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, nr. 46, p. 2 (evaluatie).

9 *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, nr. 46, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, nr. 46, p. 4.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 33964, nr. 46, p. 4.

12 Zie hiervoor art. II lid 1 Wnbfo (*Stb.* 2022, 220, p. 3).

13 *Kamerstukken II* 2019/20, 35514, nr. 3, p. 16.

een interne controlefunctie is een medewerker met een compliancefunctie die onafhankelijk binnen een bank moet opereren.¹⁴ Interne controlefunctionarissen zien toe op de naleving van de interne controle binnen de financiële onderneming en dienen in hun rol voldoende tegenwicht te waarborgen ten behoeve van een zorgvuldige besluitvorming. Personen met interne controlefuncties dienen vanuit een onafhankelijke positie te controleren of het beleid, de mechanismen en de procedures die worden uiteengezet in het kader voor interne controle, correct ten uitvoer worden gelegd in hun respectieve bevoegdheidsgebieden.¹⁵ Om te voorkomen dat door perverse beloningsprikkels de effectiviteit van risicobeheersings- en controlesystemen onder druk komt te staan, zijn interne controlefunctionarissen uitgesloten van de cao-exceptie.

Groep (B) omvat de personen die contact met de consument hebben voor zover daarbij informatie wordt uitgewisseld die ziet op de inhoud van de financiële dienst. Daartoe behoort in ieder geval degene die een consument adviseert over een financieel product. Ook medewerkers die een klant, al dan niet op zijn verzoek, informeren over bijvoorbeeld de samenstelling of de werking van een financieel product, zonder dat de klant daarbij wordt geadviseerd, hebben inhoudelijk klantcontact. Dit betreft onder meer medewerkers die in het kader van een *execution only*-relatie de klant bedienen of binnendienstmedewerkers die polissen opmaken.¹⁶ Voor deze groep geldt dat zij zijn uitgesloten van de cao-exceptie, omdat voorkomen moet worden dat perverse beloningsprikkels leiden tot het veronachtzamen van het klantbelang.

De aanscherping van de cao-exceptie is tweeledig. In de gewijzigde cao-exceptie (art. 1:121 lid 2 Wft) worden (I) twee soorten functies expliciet uitgesloten van de personele werkingssfeer van de cao-exceptie en wordt (II) het exceptionele karakter van de toepassing van de cao-exceptie benadrukt (alleen uitzonderlijke gevallen). Met exceptionele gevallen wordt primair bedoeld op specialistisch hoogwaardig personeel dat van belang is voor de onderneming, zoals ICT-specialisten. Logischerwijs is in ieder geval sprake van een exceptioneel geval indien de afwijking van het bonusplafond nodig is met het oog op de continuïteit van de bedrijfsvoering dan wel dienstverlening van de financiële onderneming.¹⁷ In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld meermaals gewezen op de ICT'er die speciaal uit het buitenland moet worden aangetrokken om bijvoorbeeld cyberaanvallen te voorkomen of acute ICT-problemen op te lossen. De cao-exceptie biedt dus uitkomst om dergelijke specialistisch hoogwaardige medewerkers aan te kunnen trekken.¹⁸

Het is maar zeer de vraag of deze aanscherping van de cao-exceptie proportioneel en noodzakelijk is, gelet op het doel van de wetgever om het gebruik van de cao-exceptie te beperken tot uitzonderlijke gevallen. De uitkomsten van de in 2018 gehouden Wbfo-evaluatie bieden, zoals gezegd, geen aanknopingspunten voor een noodzaak tot deze aanscherping. De uitkomsten laten immers het tegendeel zien, namelijk dat slechts in uitzonderlijke gevallen (0,6% van alle medewerkers bij de banken en 0,1% van alle medewerkers bij verzekeraars) gebruik werd gemaakt van de cao-exceptie. Ook uit de consultatiereacties bij de Wbfo valt geen noodzaak af te leiden om de cao-exceptie aan te scherpen.¹⁹

Ook het kabinet erkent dat slechts voor een klein deel van de medewerkers gebruik is gemaakt van de cao-exceptie. De uitkomsten van de evaluatie laten echter volgens het kabinet tevens zien dat deze uitzondering ook wordt gebruikt voor personeel waarvoor deze uitzondering oorspronkelijk niet was bedoeld. Daarom heeft het kabinet toch besloten de cao-exceptie aan te scherpen. Het kabinet meent dat een afwijkingmogelijkheid blijft bestaan voor uitzonderlijke gevallen. Omdat de uitsluiting van de toepassing van de cao-exceptie slechts een zeer klein gedeelte van het personeel in de financiële sector raakt, verwacht het kabinet dat de gevolgen voor het vestigingsklimaat en de concurrentiepositie van Nederlandse financiële ondernemingen zeer beperkt zullen zijn.²⁰

Al met al is het maar zeer de vraag of de gevolgen van de aangescherpte cao-exceptie inderdaad beperkt zullen zijn. Wij menen dat een wettelijke explicitering van het uitzonderlijke karakter van de cao-exceptie op basis van de uitkomsten van de Wbfo-evaluatie evaluatie, niet noodzakelijk was. Het beoogde doel van de wetgever leek immers al grotendeels bereikt: op basis van de uitkomsten van de Wbfo-evaluatie uit 2018 was er geen indicatie voor misbruik van de cao-exceptie; hiervan werd slechts in uitzonderlijke gevallen zeer beperkt gebruikgemaakt. De huidige aanscherping van de cao-exceptie op grond van de Wnbfo lijkt hiermee haar doel voorbij te schieten, in het bijzonder in samenhang met de (gevolgen van de) nieuwe, wettelijke mededelingsplicht over het gebruik van de cao-exceptie. Dat wordt hierna verder toegelicht.

2.2.3 Wettelijke mededelingsplicht

Naast de aanscherping van de cao-exceptie geldt per 1 januari 2023 een jaarlijkse, wettelijke mededelingsplicht aan de toezichthouder (art. 1:120 lid 4 Wft). Deze plicht houdt in dat de financiële onderneming van het gebruik van de cao-exceptie jaarlijks gemotiveerd mededeling moet doen aan de toezichthouder. De wetgever heeft met de invoering van de wettelijke mededelingsplicht beoogd een mechanisme

14 Zie hierover: EBA-richtsnoeren, nr. 232–234.

15 EBA-richtsnoeren inzake interne governance van 2 juli 2021 (EBA/GL/2021/05), nr. 141–145 en 150.

16 Kamerstukken II 2019/20, 35514, nr. 3, p. 17.

17 Kamerstukken II 2019/20, 35514, nr. 3, p. 16.

18 Handelingen II 2014/15, nr. 9, item 7, p. 31–32.

19 Reacties (32) op maatschappelijke consultatie beloningsmaatregelen financiële sector van 31 augustus 2018 ('Maatschappelijke consultatie beloningsmaatregelen financiële sector', www.internetconsultatie.nl).

20 Kamerstukken II 2019/20, 35514, nr. 3, p. 10–11.

te introduceren waarvan een afschrikwekkende en preventieve werking uit kan gaan.²¹

Het gaat nadrukkelijk om een *mededeling*; de verplichting behelst dus geen voorafgaande *toestemming* van de toezichthouder. Het is aan de financiële onderneming – en daarmee ook haar primaire verantwoordelijkheid – om te bepalen in welke uitzonderlijke gevallen gebruik van de cao-exceptie nodig is en hiervan onderbouwd mededeling te doen aan de toezichthouder. Deze mededeling moet in ieder geval de uitzonderlijke omstandigheden vermelden die hebben geleid tot de noodzaak van het gebruik van de cao-exceptie. Deze uitzonderlijke omstandigheden kunnen per financiële onderneming verschillend zijn. Het ligt in de rede dat in ieder geval van een exceptioneel geval sprake is indien afwijking van het de bonusplafond nodig is met het oog op de continuïteit van de bedrijfsvoering dan wel dienstverlening van de financiële onderneming.²² Wij achten het goed verdedigbaar dat bij een structureel en aantoonbaar langdurend arbeidstekort aan hoogwaardige specialisten er sprake zal kunnen zijn van een exceptioneel geval. Ook in tijden van arbeidsmarktcrisp zal de cao-exceptie dus voor deze gevallen mogelijk uitkomst kunnen bieden.

Uit de tekst van art. 1:120 lid 4 Wft blijkt niet uit welke onderdelen de gemotiveerde mededeling moet bestaan. Op hoofdlijnen is bepaald dat de wetgever een zorgvuldige onderbouwing van de uitzonderlijke omstandigheden essentieel acht.²³ Op de websites van DNB en de AFM is sinds 29 december 2022 een bericht gepubliceerd over de wettelijke mededelingsplicht. Hierbij is ook het hiervoor te gebruiken meldingsformulier door respectievelijk DNB en de AFM gevoegd.²⁴ Uit de inhoud van deze meldingsformulieren blijkt dat de mededeling inzichtelijk moet maken voor welke werknemers de cao-exceptie is gebruikt en welke uitzonderlijke omstandigheden aanleiding zijn geweest om af te wijken van de hoofdregel van het bonusplafond ex art. 1:121 lid 1 Wft. DNB en de AFM vragen om een ‘*duidelijke onderbouwing*’ waarom het in dit specifieke geval een uitzonderlijk geval betreft. In de meldingsformulieren wordt niet verder toegelicht uit welke aspecten deze onderbouwing moet bestaan, noch wordt duidelijk gemaakt om welke gegevens in het bijzonder wordt verzocht. Wel lijkt het erop dat per individuele werknemer een meldingsformulier moet worden ingevuld. Duidelijk is dat dit een aantoonbaar zwaardere administratieve last legt op een financiële onderneming.

21 *Kamerstukken II 2020/21*, 35514, nr. 6, p. 21.

22 *Kamerstukken II 2019/20*, 35514, nr. 3, p. 16.

23 *Kamerstukken II 2019/20*, 35514, nr. 3, p. 16.

24 Nieuwsbericht DNB: ‘Aanvullende eisen voor de mogelijkheid om af te wijken van het bonusplafond voor niet-CAO personeel’, 29 december 2022, www.dnb.nl. En nieuwsbericht de AFM: ‘Wijzigingen in wetgeving beloningen financiële ondernemingen treden in werking waaronder een nieuwe meldplicht’, 29 december 2022, www.afm.nl. Het meldingsformulier van DNB is beschikbaar bij het loket *Mijn DNB*, dienst ‘Toezicht aanvragen’. Het meldingsformulier van de AFM is te downloaden van de website. De meldingsformulieren van beide instanties verschillen iets van elkaar.

In de Wnbfo zelf is niet opgenomen op welk tijdstip in het lopende jaar de gemotiveerde mededeling ex art. 1:120 lid 4 Wft moet worden gedaan. Volgens het hiervoor genoemde bericht op de website van DNB moet de melding worden gedaan binnen twaalf maanden na het toepassen van de cao-exceptie. Volgens de memorie van toelichting bij de Wnbfo hoeft van het gebruik van de cao-exceptie niet separaat mededeling te worden gedaan, maar kan deze meelopen in de (jaarlijkse) uitvraag van de toezichthouder naar het beloningsbeleid en de beloningsgegevens. De bijkomende administratieve lasten verbonden aan deze mededelingsplicht zijn daarom begroot op nihil.²⁵ Wij vragen ons af of dat juist is, omdat van de financiële onderneming wordt gevraagd binnen twaalf maanden na het toepassen van de cao-exceptie per werknemer een gemotiveerde onderbouwing te geven waarom sprake is van een uitzonderlijk geval waarbij de cao-exceptie is toegepast. Het verdient aanbeveling dat DNB en de AFM (bijvoorbeeld via ‘Open Boek Toezicht’) een nader uitgewerkte handreiking publiceren over de wettelijke mededelingsplicht vanaf 1 januari 2023. Hiermee kan tevens worden verduidelijkt in welke gevallen en onder welke omstandigheden de toezichthouder kan en zal ingrijpen (zie hierover par. 3).

Over de introductie van de wettelijke mededelingsplicht is blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wnbfo weinig inhoudelijke discussie geweest. Financiële ondernemingen moeten zich echter terdege realiseren dat deze mededelingsplicht niet vrijblijvend is, ook al is er geen voorafgaande *toestemming* van de toezichthouder vereist voor het gebruik van de cao-exceptie. Duidelijk is dat niet kan worden volstaan met een enkele mededeling; deze moet op zijn minst zijn gemotiveerd. Bovendien legt art. 1:120 lid 4 Wft de primaire verantwoordelijkheid voor de invulling en uitvoering van de wettelijke mededeling bij de financiële onderneming en wordt de onderneming bij een niet juiste naleving daarvan (mogelijk) getroffen door rechtsgevolgen en sancties.

3. Bevoegdheden van DNB en de AFM, sancties en rechtsgevolgen op grond van de Wft

DNB en de AFM kunnen in ieder geval twee verschillende instrumenten aanwenden indien een financiële onderneming de wettelijke mededelingsplicht aan de toezichthouder over het gebruik van de cao-exceptie niet naleeft. De toezichthouders kunnen in dat geval een last onder dwangsom (art. 1:79 lid 1 onder a Wft) of een bestuurlijke boete opleggen (art. 1:80 lid 1 onder a Wft). Uit de Wft volgt niet duidelijk hoe de toezichthouder met deze bevoegdheden om dient te gaan. Er zijn twee interpretaties mogelijk: een (a) strikte interpretatie, die inhoudt dat de toezichthouder alleen dan tot sanctionering zal overgaan als de mededeling aan de toezichthouder over het gebruik van de cao-exceptie geheel achterwege blijft of (b) ruime interpretatie die inhoudt dat de toezichthouder van beide sancties

25 *Kamerstukken II 2019/20*, 35514, nr. 3, p. 14.

gebruik kan maken, niet alleen indien de mededelingsplicht niet wordt nageleefd, maar ook indien de verplichte mededeling volgens de toezichthouder inhoudelijk onvoldoende is gemotiveerd. In dat laatste geval verkrijgt de toezichthouder in de praktijk indirect een bevoegdheid tot inspraak in de inhoud en omvang van de mededelingsplicht, terwijl de primaire verantwoordelijkheid voor naleving van de mededelingsplicht nu juist bij de financiële onderneming berust. Bij een ruime interpretatie ad (b) kan bijvoorbeeld een discussie ontstaan tussen de financiële onderneming en de toezichthouder over de vraag of een bepaalde medewerker behoort tot het voor de financiële onderneming benodigde, specialistische hoogwaardige personeel. Dat lijkt ons een ongewenste situatie aangezien de primaire verantwoordelijkheid voor de invulling van en mededeling over het gebruik van de cao-exceptie, zoals gezegd, bij de financiële onderneming ligt. Omwille van de rechtszekerheid en gelet op de parlementaire geschiedenis menen wij daarom dat een strikte interpretatie ad (a) het meest voor de hand ligt.

toepassing van de cao-exceptie in dit specifieke geval. Uit het voorgaande blijkt dat zowel de aanscherping van de personele werkings sfeer van de cao-exceptie als de naleving van de wettelijke mededelingsplicht over het gebruik van deze exceptie, beslist niet lichtvaardig moeten worden opgevat.

Een inhoudelijk onjuiste toepassing van de cao-exceptie is bovendien nietig (art. 1:116 lid 3 Wft). Een voorbeeld van een dergelijke onjuiste toepassing is als in strijd met art. 1:121 lid 2 Wft de cao-exceptie wordt toegepast op personen van wie de beloning uitsluitend (dus zonder aanvullende of afwijkende afspraken) is gebaseerd op de cao. Een ander voorbeeld is de situatie waarin de cao-exceptie dus toch op interne controlefunctionarissen of medewerkers die zich rechtstreeks bezighouden met consumenten wordt toegepast, terwijl dat niet meer is toegestaan. Daarnaast kan het resultaat van een onjuiste toepassing ook als een misbruikconstructie ex art. 1:116 lid 1 Wft worden aangemerkt: in de parlementaire geschiedenis van de Wbfo is als voorbeeld genoemd de constructie waarbij personeel dat een beperkte variabele beloning ontvangt, buiten de cao wordt geplaatst waardoor de groep die gemiddeld een variabele beloning van maximaal 20% mag ontvangen toeneemt, met als uiteindelijk gevolg dat individuele personen binnen deze groep een hogere variabele beloning kunnen ontvangen.²⁶ De hiervoor genoemde rechtsgevolgen die voortvloeien uit de nietigheid ex art. 1:116 lid 3 Wft en het misbruikverbod ex art. 1:116 lid 1 Wft zijn niet nieuw, maar krijgen mogelijk meer gewicht door de wettelijke mededelingsplicht en doordat DNB en de AFM de toepassing van de cao-exceptie op deze manier kunnen toetsen.

4. Niet lichtvaardig

Wij pleiten voor een objectief kenbare toepassing van de cao-exceptie. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. De primaire verantwoordelijkheid van de financiële onderneming voor de wettelijke mededelingsplicht zal een verzwa- ring van de administratieve lasten met zich mee brengen. Per werknemer moet immers op basis van de huidige benadering van DNB en de AFM een apart meldingsformulier worden ingevuld met een duidelijke onderbouwing van de

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 29.