

# De beschikbaarheidsvergoeding ov en de publieke normering van bonussen en ontslagvergoedingen

TRA 2022/49

**De laatste jaren worden steeds vaker (subsidie)verplichtingen opgenomen in tijdelijke of permanente publiekrechtelijke regels die topinkomens, bonussen en ontslagvergoedingen normeren. Ook de Regeling specifieke uitkering beschikbaarheidsvergoeding regionale OV-concessies ('BVOV') stelt voorwaarden aan de (omvang van de) uitkering van ontslagvergoedingen, die bij overtreding leiden tot de sanctie van terugbetaling van de beschikbaarheidsvergoeding. Deze verkennende bijdrage laat zien welke haken en ogen hieraan kleven.**

## 1. Inleiding

Het arbeidsrecht ondergaat steeds meer invloed van tijdelijke of structurele publiekrechtelijke regels die topinkomens, bonussen en ontslagvergoedingen normeren.<sup>2</sup> Achter deze publiekrechtelijke regelgeving schuilt doorgaans de gedachte dat topinkomens, bonussen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen en beleidsbepalers niet gesubsidieerd en/of gefinancierd mogen worden met publieke middelen en dat excessieve beloningen ingedamd moeten worden. Voor de (semi)publieke en financiële sector zijn de Wet normering topinkomens (WNT) en de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo)<sup>3</sup> exemplarisch. Zo bevat de WNT voor topfunctionarissen een bonusverbod en een wettelijk ontslagvergoedingsmaximum van € 75.000<sup>4</sup> en bepaalt de Wbfo voor dagelijks beleidsbepalers een wettelijk vergoedingsmaximum van een vast jaarsalaris<sup>5</sup> en een bonusverbod voor dagelijks beleidsbepalers en senior management in geval van staatssteun.<sup>6</sup>

De laatste jaren worden steeds vaker subsidieverplichtingen die vergelijkbaar zijn met de WNT, opgenomen in

lagere regelgeving, zoals gemeentelijke en provinciale subsidieverordeningen. Ook de sinds het uitbreken van de coronacrisis in maart 2020 ingevoerde tijdelijke noodmaatregelen bevatten dergelijke subsidieverplichtingen. Bij deze tijdelijke noodmaatregelen is de publieke normering nog scherper zichtbaar: werkgevers die in aanmerking willen komen voor compensatie van omzetverlies, moeten voldoen aan subsidieverplichtingen ten aanzien van beloningen. Het meest in het oog springende voorbeeld van een dergelijke subsidieverplichting is het bonus- en dividendverbod (NOW-verbod) in de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW). Ratio van het NOW-verbod is het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van de op grond van de NOW verstrekte subsidie en het voorkomen dat er kapitaal gebruikt wordt om bonussen van het bestuur en hoger management te financieren. Overtreding van het NOW-verbod heeft verstrekkende gevolgen: de NOW-subsidie zal in dat geval door het UWV bij de definitieve subsidievaststelling op nihil worden gesteld.

Een andere aan de coronacrisis gerelateerde maatregel met een verderstrekkende arbeidsrechtelijke impact dan de NOW is de Regeling specifieke uitkering beschikbaarheidsvergoeding regionale OV-concessies (BVOV). De BVOV is tot dusver in de arbeidsrechtelijke literatuur onderbelicht gebleven. De regeling is een specifiek op de openbaar-vervoersektor (OV) gerichte maatregel. De Minister van Infrastructuur en Waterstaat (minister) verstrekt de BVOV-vergoeding aan decentrale overheden, zoals provincies en vervoerregio's. Deze decentrale overheden zijn op hun beurt bevoegd om de BVOV-subsidie te verstrekken aan regionale OV-ondernemingen die als concessiehouders aangemerkt worden, zoals Connexxion en Arriva. Als gevolg van de coronacrisis is het aantal reizigers in de OV-sector (bussen, treinen en metrolijnen) sterk gedaald, waardoor OV-bedrijven grote verliezen lijden door de terugloop in inkomsten, terwijl zij hun dienstregelingen beschikbaar moeten blijven stellen. Om die reden worden zij op grond van de BVOV door middel van de beschikbaarheidsvergoeding (BVOV-vergoeding) voor ten minste 93% gecompenseerd om de dienstregelingen in het OV te kunnen blijven uitvoeren en het vervoer beschikbaar te kunnen blijven stellen zolang de coronacrisis voortduurt. Net zoals de NOW is de BVOV in verschillende tranches aangeboden aan werkgevers in de OV-sector. De eerste regeling (BVOV 2020)<sup>7</sup> gold van 22 oktober 2020 tot en met 31 december 2020 en de tweede regeling gold van 27 mei 2021 tot en met 31 december

<sup>1</sup> Mr. drs. A.M. Helstone is arbeidsrechtadvocaat en partner bij Stibbe te Amsterdam. Zij dankt mr. J.R. van Angeren, bestuursrechtadvocaat en partner bij Stibbe en mr. T.O. Boot, arbeidsrechtadvocaat bij Stibbe, voor de inhoudelijke gedachteswisseling over de BVOV en hun waardevolle observaties bij deze bijdrage. Deze bijdrage is afgesloten op 25 april 2022.

<sup>2</sup> Zie over de ontwikkelingen ten aanzien van publiekrechtelijke normering van het arbeidsrecht met bijzondere aandacht voor beloningen bijvoorbeeld: J.H. Bennaars (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 98-105.

<sup>3</sup> Zie over de WNT en de Wbfo bijvoorbeeld eerder in dit tijdschrift: F.B.J. Grapperhaus, 'De decivilisering van de beloning van 'beleidsbepalers'', *TRA* 2015/79.

<sup>4</sup> Zie hiervoor art. 2.10 en art. 3.7 WNT.

<sup>5</sup> Zie hiervoor art. 1:125 lid 2 Wft.

<sup>6</sup> Zie voor het bonusverbod bij staatssteun voor financiële ondernemingen art. 1:128 Wft en art. 1:129 Wft dat van toepassing is op – kort gezegd – dagelijks beleidsbepalers en senior management. Voor overige medewerkers gelden overigens, ongeacht of sprake is van staatssteun, specifieke regels en maxima voor bonussen. Zie voor de geldende bonusmaxima in de Wbfo art. 1:121 Wft.

<sup>7</sup> Regeling specifieke uitkering beschikbaarheidsvergoeding regionale OV-concessies 2020 (BVOV 2020) (*Stcrt.* 2020, 54994).

2021 (BVOV 2021).<sup>8</sup> Beide regelingen bevatten niet alleen een bonusverbod (vergelijkbaar met dat in de NOW), maar stellen ook voorwaarden aan de uitkering van ontslagvergoedingen aan de raad van bestuur: de BVOV 2020 verbiedt het uitkeren van ontslagvergoedingen (Vergoedingsverbod) en de BVOV 2021 stelt een maximum van een jaarsalaris (Vergoedingsmaximum) aan zo'n vergoeding en maximeert de opzegtermijn tot zes maanden. Bij overtreding van deze voorwaarden geldt een terugbetalingsverplichting (de BVOV-sanctie).

Kenmerkend voor deze verplichtingen van de BVOV is – net als de NOW – dat deze: (i) uitsluitend gebaseerd zijn op regels van publiekrecht en geen wezenlijke aandacht besteden aan arbeidsrechtelijke gevolgen; (ii) zich primair richten tot de werkgevers die gebruikmaken van de subsidie- en steunmaatregelen en (iii) de wettelijke en contractuele aanspraken van de personen die onder de werksfeer vallen, aanzienlijk lijken in te perken. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief kan de vraag worden gesteld in hoeverre de wettelijke en contractuele aanspraken op een ontslagvergoeding, zoals de transitievergoeding, de billijke vergoeding en een contractueel overeengekomen ontslagvergoeding, daadwerkelijk ingeperkt worden door de BVOV, het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum. Deze bijdrage bevat een verkenning<sup>9</sup> van de haken en ogen die kleven aan de BVOV, het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum.

De opbouw is als volgt. Eerst behandel ik kort de belangrijkste kenmerken van de BVOV (paragraaf 2). Gelet op het arbeidsrechtelijke karakter van de analyse behandel ik uitsluitend de voor de vraagstelling relevante aspecten van de BVOV. Voor de details van het publiekrechtelijke karakter van de BVOV en de overige bestuursrechtelijke aspecten verwijs ik naar relevante literatuur.<sup>10</sup> Daarna plaats ik kanttekeningen bij het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum (paragraaf 3), de verhouding tot mogelijke civielrechtelijke aanspraken op transitievergoeding, billijke vergoeding en contractuele ontslagvergoeding en tot slot de BVOV-sanctie (paragraaf 4). Ik sluit af met enkele observaties (paragraaf 5).

Het doel en het belang van deze analyse zijn gelegen in het volgende. In de eerste plaats is (anders dan bij het NOW-verbod)<sup>11</sup> tot dusver in de literatuur geen aandacht

besteed aan de BVOV, het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum. Voor arbeidsrechtbeoefenaars lijkt het mij van belang om kennis te nemen van de inhoud van de BVOV, zodat zij de reikwijdte en arbeidsrechtelijke gevolgen van het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum kunnen doorgronden. Aangezien de definitieve vaststelling van de BVOV 2020 en de BVOV 2021 nog moeten plaatsvinden én het een realistische verwachting is dat de aangekondigde BVOV 2022<sup>12</sup> vergelijkbare voorwaarden zal bevatten, blijft dit onderwerp voorlopig onverminderd relevant. Ten tweede kunnen de gezichtspunten in deze verkenning bijdragen aan bredere gedachtenvorming over de betekenis en doorwerking van publiekrechtelijke normen in het arbeidsrecht. Wettelijke regulering waarin het recht op beloning en de ontslagvergoeding invloed ondergaan van publiekrechtelijke normen, strekt zich immers geleidelijk verder uit.

## 2. De BVOV

De BVOV is, zoals in de inleiding toegelicht, een ministeriële regeling: de minister verleent de beschikbaarheidsvergoeding aan regionale overheden. Van belang is dat de BVOV getoetst is aan Europeesrechtelijke staatssteunregels op grond van de Europese verordening die geldt voor het openbaar vervoer (PSO-verordening).<sup>13</sup> Omdat de voorwaarden van de BVOV-vergoeding voldoen aan de eisen van de PSO-verordening, valt deze niet aan te merken als staatssteunmaatregel. Op grond van art. 20 lid 2 en lid 3 Wet personenvervoer 2000 zijn regionale overheden in Nederland (provincies en vervoerregio's) verantwoordelijk voor de concessieverlening van regionaal OV. Deze regionale (decentrale) overheden zijn aan te merken als *concessieverleners* in de zin van de BVOV. Normaal gesproken, krijgen concessieverleners hun middelen en/of financiering toegewezen via een algemene uitkering uit het Provinciefonds of via de Brede doeluitkering verkeer en vervoer. Deze middelen worden vervolgens door de concessieverleners verstrekt aan de OV-bedrijven (concessiehouders). Aan de BVOV 2020 en de BVOV 2021 is als bijlage een overzicht gehecht van de relevante concessieverleners en concessiehouders.

De BVOV-vergoeding beoogt om OV-bedrijven voor ten minste 93% te compenseren voor de sterke terugloop van het aantal reizigers, zodat deze ondernemingen de dienst-

8 Regeling specifieke uitkering beschikbaarheidsvergoeding regionale OV-concessies 2021 (BVOV 2021) (*Stcrt.* 2021, 25629).

9 Ik streef met deze verkenning geen alomvattende analyse van de relevante jurisprudentie en literatuur na: daarvoor is het onderwerp te omvangrijk.

10 Zie hiervoor bijvoorbeeld: J.R. van Angeren, 'De verschillende grondslagen van de coronasteunmaatregelen nader beschouwd. Is er behoefte aan meer eenheid en een regeling in de Awb?', *NTB* 2021/75.

11 Zie hiervoor A.M. Helstone, 'Het bonus- en dividendverbod bij een beroep op de NOW-subsidie', *Ondernemingsrecht* 2020/123 en A. Dieleman, 'NOW-dividendverbod en wettelijke reserve deelneming', *TvJ* 2021/2, p. 65-66.

12 Zie hiervoor Brief regering inzake de stand van zaken vervoerplannen 2022, beschikbaarheidsvergoeding OV (BVOV) en actuele ontwikkelingen OV en taxi van 16 december 2021 (*Kamerstukken II* 2021/22, 23645, nr. 762). De regering heeft inmiddels besloten de BVOV door te laten lopen tot 31 december 2022: zie hiervoor Brief regering inzake de situatie OV en verlengen beschikbaarheidsvergoeding OV (BVOV) (*Kamerstukken II* 2021/22, 23645, nr. 763).

13 Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PbEU* 2007, L 315/1).

regelingen in het OV kunnen blijven uitvoeren en, zolang de coronacrisis voortduurt, het OV beschikbaar kunnen blijven stellen. De BVOV-vergoeding valt aan te merken als een subsidie die de concessieverleners kunnen aanvragen bij de minister.

Voorwaarde voor verstrekking van de BVOV-vergoeding is het beschikbaarheidsvereiste: de verplichting dat de concessiehouders een geoptimaliseerde dienstverlening aanbieden met inachtneming van de geldende beperkingen voor reizigersaantallen in verband met de coronagerelateerde afstandsmaatregelen en toepasselijke restricties. Het bijzondere aan de BVOV in de subsidierelatie is dat niet de OV-ondernemingen of concessiehouders de BVOV-vergoeding bij de minister aanvragen, maar dat de subsidieaanvraag uitsluitend door de regionale overheden (provincies, vervoerregio's) als concessieverleners gedaan kan worden. Anders dan bijvoorbeeld de NOW, die werkgevers de subsidieaanvraag laat indienen bij het UWV, maakt de BVOV de regionale overheden tot tussenschakel in de subsidieketen ten opzichte van de regionale OV-ondernemingen aan welke de BVOV-vergoeding uiteindelijk ten goede komt. De verplichtingen die gelden voor de BVOV, zoals het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum, worden dus door de regionale overheden als onderdeel van de toekenning van de BVOV aan deze ondernemingen opgelegd.<sup>14</sup>

De besluitvorming ten aanzien van de BVOV-vergoeding verloopt in twee fases: (i) het besluit tot *verlening* en (ii) het besluit tot definitieve *vaststelling*. Voor de BVOV 2020 geldt dat de vaststelling op uiterlijk 31 december 2022 dient te geschieden; voor de BVOV 2021 is de uiterste datum van vaststelling 31 december 2023. Eveneens vergelijkbaar met de NOW is de rol van de accountant bij de controle van de nakoming van de verplichtingen op grond van de BVOV. Hiervoor geldt een Controleprotocol BVOV (Controleprotocol) en zijn ook de relevante bepalingen uit de zogenoemde Technische Notitie BVOV (Technische Notitie)<sup>15</sup> van belang.

### 3. Analyse Vergoedingsverbod en Vergoedingsmaximum

Voordat ik de voorwaarden en personele werkingssfeer van het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum bespreek, merk ik op dat uit de totstandkomingsgeschiedenis niet duidelijk wordt waarom in de BVOV 2020 gekozen is voor een Vergoedingsverbod (een verbod tot uitkering van een ontslagvergoeding) en in de BVOV 2021 voor

een Vergoedingsmaximum (een vergoeding van maximaal een jaarsalaris). Dit verschil is niet toegelicht noch nader door de minister gemotiveerd.

#### 3.1 Vergoedingsverbod BVOV 2020

Het Vergoedingsverbod staat in art. 6 lid 4 sub a BVOV 2020: er bestaat geen recht op een BVOV-vergoeding indien er (a) over 2020 (b) bonussen of een ontslagvergoeding verstrekt worden (c) aan "*bestuurders of hoger management*". Op grond van art. 6 lid 4 sub b en sub c BVOV 2020 geldt ook een verbod tot winstuitkering aan bestuurders of dividendverlening aan aandeelhouders, in de kern vergelijkbaar met het NOW-verbod. Uit het verslag van een schriftelijk overleg over de BVOV 2020 en 2021 blijkt dat het doel van het Vergoedingsverbod het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik is.<sup>16</sup> Het begrip "*ontslagvergoeding*" is niet gedefinieerd in de BVOV 2020, noch is hierover nadere uitleg in de toelichting<sup>17</sup> opgenomen. In beginsel lijkt er dus op grond van de BVOV 2020 van uitgegaan te worden dat iedere vorm van ontslagvergoeding, dus ook een transitievergoeding hieronder valt. Ik kom hier later in deze bijdrage op terug.

Ten aanzien van de personele werkingssfeer van het Vergoedingsverbod kan het volgende worden opgemerkt. Wat moet worden verstaan onder *hoger management* blijkt niet uit de toelichting<sup>18</sup> bij de BVOV 2020. In het Controleprotocol wordt in de instructies aan de accountant voor een definitie van hoger management verwezen naar de begrippen "*Raad van Bestuur*", "*bestuur*" en "*directie*". Dat betekent dat in beginsel statutair bestuurders hieronder zullen vallen. Deze begrippen worden ook gebruikt in het NOW-verbod. De toelichting bij de NOW is uitvoeriger in de uitleg van deze begrippen en biedt mogelijke aanknopingspunten voor analoge toepassing.<sup>19</sup> In de eerste plaats blijkt uit deze toelichting dat de begrippen "*breed*" opgevat moeten worden en dat in ieder geval niet doorslaggevend is of de betrokken persoon geregistreerd is bij de Kamer van Koophandel dan wel tekeningsbevoegd is, noch welke interne benaming of functietitel de persoon draagt. Volgens de toelichting vallen in ieder geval DGA's, bestuurders en andere directieleden onder het NOW-verbod en maakt het niet uit of zij tijdelijk dan wel permanent benoemd zijn. Leidend voor de reikwijdte van het NOW-verbod is volgens dezelfde toelichting of deze personen "*beleid*" bepalen. Het ligt voor de hand dat alleen personen die eindverantwoordelijk zijn voor het beleid van de onderneming onder het NOW-verbod vallen en dat de uitleg van de personele reikwijdte beperkt dient te zijn. Mijn opvatting<sup>20</sup> is dat de overweging in de

<sup>14</sup> Ik ga hier niet in op de technische publiekrechtelijke aspecten van de BVOV en de gevolgen die deze hebben voor de bestuursrechtelijke duiding van de relatie minister, concessieverleners en concessiehouders.

<sup>15</sup> Zie voor het Controleprotocol BVOV 2020 en de Technische notitie BVOV 2020: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/04/26/bvov-controleprotocol> (geraadpleegd op 10 februari 2022).

<sup>16</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 23645, nr. 729, p. 16.

<sup>17</sup> Zie de toelichting bij art. 6 BVOV 2020 (*Stcrt.* 2020, 54994, p. 14).

<sup>18</sup> Zie de toelichting bij art. 6 BVOV 2020 (*Stcrt.* 2020, 54994, p. 14).

<sup>19</sup> Zie voor aanknopingspunten en analyse de toelichting bij de tweede tranche van de NOW (*Stcrt.* 2020, 34308, p. 17).

<sup>20</sup> Zie hiervoor A.M. Helstone, 'Het bonus- en dividendverbod bij een beroep op de NOW-subsidie', *Ondernemingsrecht 2020/123*, p. 695.

NOW-toelichting dat de reikwijdte “*breed*” uitgelegd moet worden, in het licht gezien moet worden van het doel van het verbod, namelijk voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik. Aangezien dit doel identiek is aan het doel van het Vergoedingsverbod, meen ik dat dezelfde uitleg van het NOW-verbod geldt voor de personele reikwijdte van de BVOV 2020. Ik zie in ieder geval niet in, mede gelet op het ontbreken van een toelichting op het begrip “*hoger management*”, waarom een verderstreckende uitleg hier aangewezen, laat staan gerechtvaardigd zou zijn.

Ten aanzien van het refertejaar geldt dat het Vergoedingsverbod ziet op uitkeringen “*over 2020*”. De toelichting bij de BVOV 2020 noch het Controleprotocol geeft duidelijkheid over de vraag in welke gevallen een ontslagvergoeding geacht moeten worden “*over 2020*” verstrekt te zijn. De Technische Notitie verduidelijkt dat kosten ten aanzien van vergoedingen die in 2020 uitgekeerd zijn en die voortvloeien uit “*beleid, afspraken en toezeggingen uit 2019*” buiten beschouwing blijven voor de aanvraag van de BVOV-vergoeding. In ieder geval mag op grond van doel en strekking worden aangenomen dat vergoedingen die op grond van afspraken en toezeggingen in 2020 uitgekeerd, onder de reikwijdte van het Vergoedingsverbod vallen.

Een belangrijk knelpunt is dat de BVOV 2020 pas op 21 oktober 2020 gepubliceerd is en zou gaan gelden met ingang van 22 oktober 2020 tot en met 31 december 2020. Het Vergoedingsverbod ziet echter op het volledige kalenderjaar 2020 en voorziet niet in overgangsrecht. De vraag is welke gevolgen dit heeft voor ontslagvergoedingen die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de BVOV 2020 uitgekeerd zijn door ‘BVOV-plichtige’ ondernemingen. Aangezien de BVOV 2020 geen dwingende wetsbepaling maar een ministeriële regeling is en alleen een BVOV-plichtige onderneming aangemerkt kan worden als de normadressaat van het Vergoedingsverbod (en niet de bestuurder of het lid van het hoger management), is er geen sprake van nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW van een rechtshandeling tot uitkering of een overeenkomst die hieraan ten grondslag ligt. De vraag die hier nog opgeworpen zou kunnen worden, is of het Vergoedingsverbod (evenals het Vergoedingsmaximum) aan te merken valt als een regel van goede zeden of openbare orde als bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW. Strijd met lagere regels, waaronder een ministeriële regeling zoals de BVOV, kan via art. 3:40 lid 1 BW (het gaat in dat geval om een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde) immers nog steeds tot nietigheid leiden. Het lijkt mij, gelet op het karakter van het Vergoedingsverbod (en ook het Vergoedingsmaximum), onwaarschijnlijk dat overtreding van deze regels als strijdig met openbare orde of goede zeden aan te merken valt en deswege nietig zou moeten zijn.

Indien op basis van contractuele afspraken met bestuurders en hoger management vóór de inwerkingtreding van de BVOV 2020 ontslagvergoedingen uitgekeerd werden, zijn deze afspraken mijns inziens dus in beginsel onaantastbaar. Uitgangspunt dient te zijn dat niet met terugwerkende kracht inbreuk gemaakt mag worden op eigendomsrechten.<sup>21</sup> Vaststaat dat uitkering van een ontslagvergoeding in strijd met het Vergoedingsverbod verstreckende gevolgen heeft voor de BVOV-vergoeding: in dat geval geldt de BVOV-sanctie en zal de BVOV-vergoeding in beginsel volledig moeten worden terugbetaald. De eventuele BVOV-sanctie komt pas aan de orde bij de definitieve vaststelling. Deze vaststelling moet, zoals eerder opgemerkt, voor de BVOV 2020 uiterlijk op 31 december 2022 plaatsvinden.<sup>22</sup> Het Vergoedingsverbod zal naar verwachting bij de definitieve vaststelling tot de meeste geschillen gaan leiden, aangezien het verbod absoluut geformuleerd is: iedere ontslagvergoeding (dus ook een transitievergoeding, billijke vergoeding en/of contractuele ontslagvergoeding) die in 2020 uitbetaald werd, lijkt hieronder te vallen.

### 3.2 Vergoedingsmaximum BVOV 2021

Het Vergoedingsmaximum staat in art. 6 lid 4 sub c BVOV 2021: er bestaat geen recht op een BVOV-vergoeding indien er (a) *in of naar aanleiding van het jaar 2021* (b) een “*ontslagvergoeding*” verstrekt wordt aan (c) de “*raad van bestuur*” die de norm overschrijdt van maximaal één jaarsalaris en een opzegtermijn van maximaal zes maanden. Hoewel de toelichting op de BVOV 2021 niets zegt over de keuze voor dit maximum, is duidelijk dat het Vergoedingsmaximum overeenkomt met de maximale wettelijke norm voor de transitievergoeding van één jaarsalaris ex art. 7:673 lid 2 BW. Ook ten aanzien van de opzegtermijn van maximaal zes maanden ontbreekt een toelichting op de keuze voor dit specifieke maximum. Gelet op het doel van de BVOV 2021 lijkt de maximale opzegtermijn van zes maanden gekozen te zijn om misbruikconstructies te voorkomen, zodat via deze weg niet een hogere ontslagvergoeding dan het Vergoedingsmaximum wordt uitgekeerd.

Ingevolge art. 6 lid 4 sub a BVOV 2021 mogen geen bonus- en over 2021 worden verstrekt aan de “*raad van bestuur, bestuur en directie binnen een Nederlandse entiteit*”. Voorts geldt ingevolge art. 6 lid 4 sub b BVOV 2021 een dividendverbod voor aandeelhouders. Het doel van het Vergoedingsmaximum is identiek aan dat van het Vergoedingsverbod, namelijk het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik.<sup>23</sup> Ook in de BVOV 2021 en de toelichting is het begrip “*ontslagvergoeding*” niet nader uitgelegd.

21 Zie hiervoor ook art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM en eerder in dit tijdschrift over de eigendomsvragen bij beloningen E. van der Vos, ‘Kwestie van fair balance. De Wbfo als instrument om in te grijpen in beloning in het licht van het eerste protocol EVRM’, TRA 2016/70.

22 Zie hiervoor art. 9 BVOV 2020: de minister stelt op uiterlijk 31 december 2022 het definitieve bedrag van de BVOV-vergoeding vast.

23 Zie de toelichting op de BVOV 2021 (Stcrt. 2021, 25629, p. 14).

Ten aanzien van de personele werkingssfeer leert een vergelijking dat voor het Vergoedingsmaximum slechts wordt verwezen naar de “*raad van bestuur*”. Onduidelijk is waarom hier niet dezelfde begrippen gebruikt worden als voor het Vergoedingsverbod en de hiervoor genoemde personele reikwijdte van het NOW-verbod. Volgens de uitleg bij het Controleprotocol komen deze begrippen immers overeen en zou redelijkerwijs moeten worden aangesloten bij de begrippen “*raad van bestuur*”, “*bestuur*” en “*directie*” in de toelichting op de NOW. Aangezien de reikwijdte van het Vergoedingsverbod en die van het Vergoedingsmaximum wezenlijk van elkaar verschillen en er geen nadere toelichting is gegeven op dit verschil, zou goed betoogd kunnen worden dat het Vergoedingsmaximum slechts geldt voor statutair bestuurders. Naar mijn mening pleit de rechtszekerheid voor een dergelijke benadering; de minister dient primair zorg te dragen voor consistentie in regels. Niet valt in te zien waarom inconsistenties van de besluitgever voor rekening zouden moeten komen van BVOV-plichtige ondernemingen en personen die mogelijk anderszins onder de werkingssfeer vallen.

Het Vergoedingsmaximum ziet op een ontslagvergoeding die “*in of naar aanleiding van het jaar 2021 [...] wordt verstrekt*”. Dit duidt erop dat ontslagvergoedingen die voortvloeien uit een toezegging die in 2021 gedaan is, hier in beginsel onder zullen vallen, ongeacht of de ontslagvergoedingen in 2021 ook daadwerkelijk uitgekeerd worden. De BVOV 2021 gold van 27 mei 2021 tot en met 31 december 2021. Dezelfde overwegingen die ik wijdde aan het gebrek aan overgangsrecht in de BVOV 2020 gelden in beginsel ook ten aanzien van de BVOV 2021.

#### 4. Commentaar

Hierna plaats ik een aantal kanttekeningen bij de vraag in hoeverre het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum het recht normeren op een (a) transitievergoeding, (b) billijke vergoeding en (c) contractuele ontslagvergoeding. Omdat de BVOV-vergoeding een publiekrechtelijke regeling is, lijkt het voor deze verkennende bijdrage aangewezen aansluiting te zoeken bij jurisprudentie in het kader van de WNT. Onder het bereik van de WNT vallen overigens ook in Nederland gevestigde rechtspersonen die subsidies ontvangen ex art. 4:21 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Toepassing van deze bepaling is verder in het bijzonder relevant voor rechtspersonen die gesubsidieerd worden door decentrale overheden.<sup>24</sup> Ik sluit af met enkele opmerkingen over de BVOV-sanctie.

Uitgangspunt voor dit commentaar is dat de personen die onder de werkingssfeer van de beperkingen vallen, de be-

scherming genieten van het arbeidsrecht. Die bescherming kenmerkt zich in ieder geval door de volgende hoofdelementen: (i) er bestaat een wettelijke aanspraak op een transitievergoeding in de in art. 7:673 BW genoemde gevallen; (ii) contractuele afspraken kunnen niet zomaar worden opgebroken; (iii) er is in beginsel altijd toegang tot en beroep op de civiele (arbeids)rechter.

#### 4.1 Transitievergoeding

Aangezien het wettelijke recht op een transitievergoeding rechtstreeks voortvloeit uit een dwingendrechtelijk wettelijk voorschrift (art. 7:673 BW) moet worden aangenomen dat het recht op een transitievergoeding niet wordt genormeerd door het Vergoedingsverbod noch door het Vergoedingsmaximum. Ook de superioriteitsregel is hier van belang: het wettelijke recht op een transitievergoeding is vastgelegd in de formele wettelijke regeling van Boek 7 BW en de BVOV moet aangemerkt worden als een lagere, ministeriële regeling.

Steun voor de benadering dat de transitievergoeding niet genormeerd wordt door publiekrechtelijke regels en/of steunvoorwaarden van de staat is terug te vinden in de Koninklijke IHC-uitspraak. In deze procedure debatteerden IHC en haar bestuurder in een art. 96 Rv-procedure over het recht op een transitievergoeding, billijke vergoeding en contractuele ontslagvergoeding. De staat had bedongen dat geen enkele vergoeding aan de bestuurder uitgekeerd mocht worden.<sup>25</sup> In deze uitspraak oordeelde de kantonrechter in niet mis te verstane bewoordingen dat de betrokken bestuurder in elk geval aanspraak had op de wettelijke transitievergoeding van art. 7:673 BW. Voorts werd uitdrukkelijk overwogen dat een derde een werkgever niet kan verbieden om een transitievergoeding uit te keren; “*zelfs de Staat kan dat niet*”, aldus de kantonrechter.<sup>26</sup> Deze uitspraak illustreert dat de wettelijke aanspraak op een transitievergoeding niet doorbroken wordt door een eenzijdig door de staat opgelegde voorwaarde.<sup>27</sup> Eenzelfde benadering zien we terug in de WNT: de transitievergoeding wordt niet door de WNT genormeerd, aangezien deze vergoeding “*rechtstreeks, dwingend en eenduidig*”<sup>28</sup> voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Dit WNT-uitgangspunt wordt ook gevolgd in de jurisprudentie.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Zie hiervoor ook het antwoord van de minister op Kamervragen dat de CEO van IHC “*zonder een transitievergoeding, vergoedingen, garanties of andere betalingen in welke vorm dan ook mee*” zou krijgen (Kamervragen met antwoorden over ‘400 miljoen voor IHC’ (*Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 3110)).

<sup>26</sup> Zie Rb. Amsterdam 8 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:7240 (*Koninklijke IHC*), *JAR* 2021/92, m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken, r.o. 13.

<sup>27</sup> Zie C. Gunning & K.A. Görgün, ‘De (on)houdbaarheid van de transitievergoeding in crisistijd’, *ArbeidsRecht* 2021/39 en hun conclusie dat de transitievergoeding ook in crisistijd nog steeds houdbaar moet worden geacht.

<sup>28</sup> Zie hiervoor art. 1.6 lid 2 WNT en art. 4 Uitvoeringsregeling WNT.

<sup>29</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4357 en Rb. Overijssel 27 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3602.

<sup>24</sup> Zie art. 1.3 lid 1 sub c WNT voor de specifieke toepassing op deze ervoor geldende eisen. In de toelichting op de Aanpassingswet WNT is deze bepaling zo uitgelegd dat deze vooral relevant is voor rechtspersonen die gesubsidieerd worden door decentrale overheden.

#### 4.2 *Billijke vergoeding*

Ik zie de volgende redenen waarom ook het recht op een billijke vergoeding ex art. 7:673 lid 9 sub a BW niet wordt genormeerd door het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum.

In de eerste plaats geldt ten aanzien van het eventuele *recht* op een billijke vergoeding dat deze vergoeding een wettelijke grondslag heeft en uitsluitend door de rechter toegekend wordt en niet door de werkgever (in dit geval de BVOV-plichtige onderneming).<sup>30</sup> Ook hier geldt mijns inziens de relevantie van de superioriteitsregel: het wettelijke recht op een (eventuele) billijke vergoeding volgt uit de formele wettelijke regeling van boek 7 BW en de BVOV moet als een lagere, ministeriële regeling beschouwd worden.

Ten tweede geldt voor de *omvang* van de billijke vergoeding dat deze als compensatie moet worden beschouwd voor ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het schadevergoedingskarakter van de billijke vergoeding roept de vraag op in hoeverre de rechter bij de toekenningsvraag gebonden is aan publiekrechtelijke normen, zoals het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum.

In de WNT-jurisprudentie<sup>31</sup> is aangenomen dat de WNT een relevant gezichtspunt is bij de vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding. De redenering hierachter is – kort gezegd – dat het doel en de strekking van de WNT relevante omstandigheden zijn, omdat een billijke vergoeding bij topfunctionarissen met publiek geld gefinancierd wordt en omdat publiek geld primair aangewend zou moeten worden voor de publieke taak. Volgens mij is deze benadering onjuist.<sup>32</sup> Het “*publieke middelen*”-argument zou, aangezien het gaat om compensatie voor ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, mijns inziens geen relevant gezichtspunt mogen zijn, laat staan een rechtvaardiging voor een lagere billijke vergoeding. Ook blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de WNT niet beoogt om partijen de mogelijkheid te ontnemen om vergoedingen in geval van eventuele “*onrechtmatigheid van het ontslag*” en ter compensatie van de door die onrechtmatigheid door de werknemer geleden schade aan de rechter voor te

leggen.<sup>33</sup> Hiertoe behoort redelijkerwijs ook de billijke vergoeding die als vorm van schadevergoeding aan te merken valt. De parlementaire geschiedenis van de BVOV bevat geen vergelijkbare overwegingen. Een mogelijke rechtvaardiging voor eenzelfde benadering van de BVOV kan wellicht worden gevonden in het overheidsaansprakelijkheidsrecht waarin het civiele schadevergoedingsrecht wordt toegepast. Dat een door de overheid betaalde schadevergoeding betaald wordt uit publieke middelen, levert doorgaans geen argument op voor matiging. Het “*publieke middelen*”-argument leidt in principe dus niet tot een lagere schadevergoeding.<sup>34</sup>

#### 4.3 *Contractuele ontslagvergoeding*

Bij de contractuele ontslagvergoeding is het de vraag in hoeverre het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum een beroep van de werkgever op de onaanvaardbaarheidstoets ex art. 6:248 lid 2 BW en/of een beroep op onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW rechtvaardigen. Ik zie hiervoor in beginsel geen ruimte.

Voor een geslaagd beroep op de onaanvaardbaarheid gelden de strenge eisen van art. 6:248 lid 2 BW. Op grond hiervan zal niet gauw worden aangenomen dat nakoming van een contractuele vergoedingsafspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum richten zich primair tot de BVOV-plichtige onderneming en niet tot de personen die hieronder vallen; deze personen zijn niet de adressaten van de normen in de BVOV. Ook de doelstellingen van de BVOV, waaronder het “*publieke middelen*”-argument maken deze analyse niet anders. Datzelfde geldt voor de onvoorziene-omstandighedentoets ex art. 6:258 BW. Steun voor deze benadering is te vinden in de eerder besproken Koninklijke IHC-uitspraak waarin de kantonrechter expliciet overwoog dat maatschappelijke en politieke opvattingen over hoge ontslagvergoedingen geen beroep op art. 6:248 en 6:258 BW rechtvaardigen. In die zaak werd de contractuele ontslagvergoeding die met de betrokken bestuurder afgesproken was, dan ook door de rechter toegekend. Ook in oudere jurisprudentie over ontslagvergoedingen in (banken)crisisjijd zien we een vergelijkbare benadering terug.<sup>35</sup>

30 Een vergelijking met de WNT leert dat alle vergoedingen die voortvloeien uit een rechterlijke uitspraak buiten het WNT-maximum vallen. Op grond van art. 7:671b lid 9 sub c BW geldt er volledige rechterlijke beoordelingsvrijheid voor de vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding. Zie hiervoor bijvoorbeeld in de WNT-jurisprudentie: Rb. Gelderland 12 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2548, *JAR* 2021/148.

31 Zie hiervoor Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304, *JAR* 2019/34, m.nt. A.M. Helstone en Rb. Noord-Holland 26 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4912, *JAR* 2020/189.

32 Zie ook B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens, M.D. Bulk & M.A. Lasschuit, ‘Kroniek rechtspraak Wvz februari – april 2019’, *TRA* 2019/69, F.J.L. Pennings & L.C.J. Sprengers (red.), *Ontslagrecht in hoofdlijnen (Monografieën Sociaal Recht nr. 72)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 142 en V. Stavlev, ‘De WNT anno 2022’, *TAR* 2021/146.

33 Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6: “[...] laat onverlet dat partijen kunnen besluiten achteraf de eventuele onrechtmatigheid van het ontslag en de vergoeding van de door die onrechtmatigheid geleden schade voor te leggen aan een rechter.”

34 Zie over het principe dat in civiele schadevergoedingsacties bij overheidsaansprakelijkheidsrecht in beginsel geen ruimte is voor matiging bijvoorbeeld: M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 6.2.9.6 en § 6.4.3.7. en G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, ‘Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat’, *O&A* 2019/21.

35 Zie hiervoor de ABN Amro-zaken, bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8425 en de commentaren eerder in dit tijdschrift: J.N. Stamhuis, ‘Vertrekregeling ABN-managers gewaarborgd of niet? Twee tegengestelde oordelen’, *TRA* 2010/6 en J.N. Stamhuis, ‘Vertrekregeling ABN Managers deel II: pacta sunt servanda’, *TRA* 2010/102.

#### 4.4 De BVOV-sanctie

Een fundamentele vraag die nog valt te stellen bij de BVOV-sanctie (terugbetalingsverplichting van de BVOV-vergoeding) is of de normering van het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum evenredig is ten opzichte van het doel van de BVOV. Van belang is in dit verband dat er in de laatste jaren steeds meer bestuursrechtjurisprudentie is waarin geoordeeld is dat een subsidieverplichting ten aanzien van beloningen al snel aan te merken valt als een oneigenlijke subsidieverplichting ex art. 4:39 Awb, omdat begrenzing ten aanzien van beloningen te weinig verband houdt met de gesubsidieerde activiteiten. Deze rechterlijke lijn past bij het uitgangspunt dat de overheid terughoudend dient te zijn bij het uitoefenen van invloed op het terrein van arbeidsvoorwaardenvorming en in beginsel alleen intervenueert in geval van zwaarwegende economische of publiekrechtelijke belangen.<sup>36</sup> Kijkend naar het doel van de BVOV, dat – kort gezegd – neerkomt op een compensatie van werkgevers bij omzetverlies als gevolg van de coronacrisis, is het dan ook de vraag in hoeverre verplichtingen zoals het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum mede in het licht van deze bestuursrechtelijke rechtspraak houdbaar zijn.

#### 5. Ter afsluiting

Deze verkennende bijdrage illustreert welke haken en ogen er zitten aan de BVOV, het Vergoedingsverbod en het Vergoedingsmaximum. Kijkend naar het bonte en onsaamenhangende geheel van publiekrechtelijke regels die bonussen en ontslagvergoedingen normeren, zoals de WNT, contractuele voorwaarden van de Staat bij deelnemingen tot steunmaatregelen, en de BVOV, valt op dat al deze regels in de kern hetzelfde doel hebben, namelijk het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van publieke middelen. Deze regels verschillen echter in opzet, personele reikwijdte en materiële normering, terwijl niet duidelijk is welke rechtvaardiging er voor deze verschillen bestaat en of de materiële norm (bijvoorbeeld een verbod of maximum) evenredig is aan het doel dat nagestreefd wordt. Dit klemt in het geval van de BVOV temeer nu de BVOV deze normen niet toelicht.

Tegen deze achtergrond zou ik willen bepleiten dat het raadzaam is een uniform wettelijk kader<sup>37</sup> op te stellen

voor publiekrechtelijke regelingen met een duidelijke en consistente (i) normering van bonussen en ontslagvergoedingen (verbod of maximum); en (ii) reikwijdte van de personen die hieronder vallen. De kernelementen van een dergelijk kader zouden evenredig moeten zijn aan het doel. Uit de analyse in deze verkennende bijdrage volgt in ieder geval dat een absoluut verbod op uitkering van een ontslagvergoeding niet aan de orde kan zijn en dat de rechterlijke bevoegdheid tot toekenning van een billijke vergoeding en de wettelijke aanspraak op een transitievergoeding de basis zouden moeten zijn van een dergelijk kader.

<sup>36</sup> Zie hiervoor ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348 (*Novadic/Kentron*), AB 2014/326, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177 (*Parnassia*), AB 2016/285, m.nt. W. den Ouden, ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774 (*Cinop*), AB 2017/248, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768 (*Hoenderloo Groep*), AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze bestuursrechtspraak W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 167-172.

<sup>37</sup> Zie voor de vraag of een algemene wettelijke regeling voor geldelijke verstrekkingen door de overheid noodzakelijk is ook: J.R. van Angeren, 'Maken de coronasteunmaatregelen een algemene wettelijke regeling voor geldelijke verstrekkingen door de overheid noodzakelijk?', *NTB* 2021/245.