

Reactie op “Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk”

F.C.A. van de Bult en C.F.J. van Tuyll, datum 01-12-2016

Datum	01-12-2016
Auteur	F.C.A. van de Bult en C.F.J. van Tuyll ^[3]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Algemeen

In *ArbeidsRecht* 2016/19 schreef Helstone over de normering van ontslagvergoedingen in de WBFO. Dit is geen reactie op haar artikel in de traditionele zin; wij delen namelijk op nagenoeg alle punten de visie van Helstone zoals verwoord in haar bijdrage.^[1] Deze reactie is bedoeld als een aanvulling daarop en gaat over de richtsnoeren uit de *EBA Guidelines on Sound Remuneration Policies (EBA Guidelines)*,^[2] voor zover deze zien op de normering van ontslagvergoedingen. Helstone noemt deze richtsnoeren in haar bijdrage, maar behandelt ze (bewust) niet. Het doel van deze reactie is om – voortbordurend op de bijdrage van Helstone – een completer beeld te geven van de normering van ontslagvergoedingen in de financiële sector.

De EBA Guidelines treden in werking per 1 januari 2017, hoewel de AFM en DNB voordien al (deels) in hun toezicht op deze richtsnoeren anticipeerden. De EBA Guidelines zijn dan ook van groot belang voor de toepassing van de WBFO en overige (Europese) beloningswetgeving. Het gaat om drie aspecten: de kwalificatie van de opzegtermijn, de status van de ontslagvergoeding als vaste beloning en de ruimhartiger benadering ten aanzien van ontslagvergoedingen zoals die volgt uit de EBA Guidelines.

Kwalificatie van de opzegtermijn

De hoogte van de ontslagvergoeding en de lengte van de opzegtermijn worden dikwijls beschouwd als communicerende vaten. Dit speelt met name als de opzegtermijn als bedrag ineens wordt uitbetaald of als de werknemer wordt vrijgesteld van werk tijdens de opzegtermijn. Hierbij dringt zich de vraag op of de opzegtermijn, onder deze omstandigheden, meetelt voor de berekening van de maximale ontslagvergoeding, zoals bij de WNT het geval is. De WBFO zwijgt hierover. De EBA Guidelines bieden duidelijkheid:

“regular remuneration payments related to the duration of a notice period should not be considered as severance payments.”^[4]

Wij leiden hieruit af dat betalingen die verband houden met de opzegtermijn, ongeacht of er arbeid tegenover staat, niet meetellen voor de berekening van de maximale ontslagvergoeding. Dat geldt onzes inziens in principe ook voor een contractuele opzegtermijn die de duur van de wettelijke opzegtermijn overstijgt, hetgeen bij *senior management* vaak het geval is. Gekunstelde constructies met als voornaamste doel bij einde dienstverband een hogere vergoeding op te strijken zijn echter niet

Ontslagvergoeding als variabele beloning

Helstone geeft aan dat uitgangspunt van de WBFO is dat een ontslagvergoeding als vaste beloning kwalificeert. Verwarrend genoeg geven de EBA Guidelines aan dat een ontslagvergoeding als variabele beloning te gelden heeft.^[6] In de praktijk zal dit onderscheid weinig uitmaken, aangezien de EBA Guidelines de ontslagvergoeding, mits die voldoet aan bepaalde voorwaarden, vrijstelt van de meest zwaarwegende voorschriften die gelden voor variabele beloning, namelijk die met betrekking tot het bonusplafond en de zogeheten *payment process requirements* (zoals deels uitgestelde betaling en uitbetaling voor 50% in instrumenten).^[7]

Wij zijn minder stellig dan Helstone waar zij aangeeft dat ontslagvergoedingen voor niet-dagelijks beleidsbepalers “slechts bij hoge uitzondering” kwalificeren als variabele beloning. Hoewel wij menen dat die interpretatie wenselijk en passend is gezien de aard van de vertrekvergoeding en de werkbaarheid in de praktijk, lijkt de Memorie van Toelichting – ofschoon niet geheel eenduidig – van een strengere benadering uit te gaan (onderstreping FvdB en CvT):^[8]

“Wanneer een vaste formule of berekeningsmaatstaf wordt toegepast, zoals de in het Wetsvoorstel werk en zekerheid opgenomen transitievergoeding, kwalificeert het kabinet de uitkomst als een vaste beloning. Wanneer een formule of berekeningsmaatstaf wordt toegepast die niet in lijn is met de vaste formules die in de praktijk worden gehanteerd, is geen sprake van een vaste beloning. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een minimum wordt opgenomen in een formule of berekeningsmaatstaf voor de bepaling van de hoogte van de ontslagvergoeding. Echter dient een vertrekvergoeding als variabele beloning te worden aangemerkt wanneer bij het moment van vertrek de hoogte van de vertrekvergoeding wordt vastgesteld en daarbij geleverde prestaties en bereikte doelen worden meegewogen. Dan zijn de bepalingen ten aanzien van variabele beloningen, zoals het bonusplafond en het bonusverbod bij staatssteun, van toepassing.”

De vraag is uiteraard wat onder een vaste formule of berekeningsmaatstaf moet worden verstaan. Uit bovenstaand citaat volgt dat de transitievergoeding in ieder geval als zodanig kwalificeert. Wij menen dat hetzelfde geldt voor een ontslagvergoeding in een met de vakbonden overeengekomen sociaal plan. Aangezien de kantonrechtersformule ook in het WWZ-tijdperk zo nu en dan nog een ijkpunt vormt, menen wij dat ook – in ieder voorlopig – de kantonrechtersformule als vaste formule of berekeningsmaatstaf in de zin van de WBFO kan worden aangemerkt.^[9] Ten slotte achten wij verdedigbaar dat een onderneming-specifieke formule, in de vorm van een variant op de transitievergoeding of kantonrechtersformule, eveneens kan gelden als een ‘vaste formule’. Dit standpunt wordt bevestigd in de EBA Guidelines (zie hierna). Ontslagvergoedingen die zijn toegekend door de rechter kwalificeren eveneens als vaste beloning.

Ruimhartigere benadering EBA Guidelines

De EBA Guidelines kennen een ruimhartigere en duidelijkere benadering ten aanzien van ontslagvergoedingen dan de WBFO. Ook in de EBA Guidelines komt het voorschrift terug dat een ontslagvergoeding gebaseerd moet zijn op een “predefined generic formula”.^[10] Anders dan de

WBFO, verbinden de EBA Guidelines daaraan niet de voorwaarde dat die formule ‘in de praktijk moet worden gehanteerd’. Bovendien bieden de EBA Guidelines ook nog een andere variant: een ontslagvergoeding die het resultaat is van de schikkingsonderhandelingen tussen partijen – en die dus mogelijk afwijkt van een vaste maatstaf of berekeningswijze – is toelaatbaar. Indien de AFM en DNB deze optie integraal overnemen dient de financiële onderneming de hoogte van de ontslagvergoeding kunnen onderbouwen richting de toezichthouder:^[1]

“[...] where the institution has demonstrated to the competent authority the reasons and the appropriateness of the amount of the severance payment.”

De zinsnede ‘has demonstrated’ laat in het midden wanneer afstemming met de toezichthouders zou moeten plaatsvinden, vooraf of achteraf. De werkbaarheid in de praktijk zal in sterke mate afhangen van de benadering van de AFM en DNB en, bij afstemming vooraf, de snelheid waarmee de toezichthouders zich een oordeel vormen over de toelaatbaarheid van de ontslagvergoeding. Wij hopen dat de AFM en DNB hierover op korte termijn helderheid richting de markt scheppen. Dit zou de mate van flexibiliteit en duidelijkheid bieden die momenteel ontbreekt. Hiermee worden bovendien onnodige rechtszaken tussen financiële onderneming en (ex-)werknemers voorkomen.

Voetnoten

[1]

A.M. Helstone, ‘Normering van ontslagvergoedingen in de WBFO: de betekenis voor de arbeidsrechtpraktijk’, *ArbeidsRecht* 2016/19.

[2]

European Banking Authority, Guidelines on sound remuneration policies under Articles 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013, Final Report, 21 December 2015. De EBA Guidelines zijn te vinden op: <https://www.eba.europa.eu/-/eba-publishes-final-guidelines-on-sound-remuneration-policies-and-its-opinion-on-the-application-of-proportionality>.

[3]

Mr. F.C.A. van de Bult en Mr. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken zijn beiden advocaat te Amsterdam. Zij houden zich bij Clifford Chance respectievelijk Van Doorne bezig met (financieel) arbeidsrecht.

[4]

EBA Guidelines, bepaling 144.

[5]

Zie artikel 1:116 lid 1 Wet op het Financieel Toezicht.

[6]

EBA Guidelines, bepaling 154.

[7]

EBA Guidelines, bepaling 154.

[8]

Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 26/27. De verwijzing van Helstone naar de opmerking van de minister in een Memorie van Antwoord (*Kamerstukken I* 2013/14, 33964, nr. C, p. 13) dat “*de vertrekvergoeding van niet-dagelijks beleidsbepalers niet [wordt] gemaximeerd*” gaat wat ons betreft niet op, want is gedaan in de context van een vraag van de D66 Eerste Kamerfractie over de status van een ontslagvergoeding die is opgenomen in een sociaal plan. Een ontslagvergoeding opgenomen in een sociaal plan kwalificeert als vaste maatstaf en daarmee als vaste beloning (hetgeen niet gemaximeerd is). Daarnaast hechten wij meer waarde aan de uitgebreide uiteenzetting hierover in de Memorie van Toelichting dan aan een losse opmerking van de minister in een Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer.

[9]

Denk bijvoorbeeld ook aan het gebruik van de oude kantonrechttersformule (in sociaal plannen) nog lang na de invoering van de nieuwe kantonrechttersformule per 1 januari 2009.

[\[10\]](#)

EBA Guidelines, bepaling 154.

[\[11\]](#)

EBA Guidelines, bepalingen 149 en 154.