

112. De (on)mogelijkheid om een minimale afscheidsregeling te treffen met een topfunctionaris

MR. M. FABER

De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) is in 2013 ingevoerd om een einde te maken aan exorbitante salarissen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen in de (semi)publieke sector. Hoewel de WNT een effectief instrument is gebleken om bovenmatige bezoldiging uit publieke middelen tegen te gaan,¹ kan tegelijkertijd de legitieme vraag worden gesteld of het reguleren van ontslagvergoedingen op sommige punten niet te ver is doorgeschoten.

In de praktijk blijkt de WNT namelijk vaak een struikelblok te zijn om een minimale (wettelijke) afscheidsregeling met een topfunctionaris te treffen. Hiervoor is in elk geval het nodige juridische ‘kunst- en vliegwerk’ nodig. Het is de vraag of dat wel te rechtvaardigen valt vanuit de ratio van de WNT. In dit artikel wordt besproken wat voor (on)mogelijkheden de WNT biedt om een minimale afscheidsregeling met een topfunctionaris te treffen en wordt een pleidooi gehouden voor verandering.

Elementen minimale afscheidsregeling

Indien een werkgever een werknemer wil ontslaan, zal de werkgever meestal eerst proberen de kwestie in onderling overleg met de werknemer op te lossen. Tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werknemer, bestaat het minimale aanbod dat de werkgever de werknemer in dat verband meestal doet uit uitdiensttreding na afloop van de opzegtermijn en betaling van de wettelijke transitievergoeding. Dit is immers het minimale waarop de werknemer recht zal hebben indien hij gedwongen via het UWV of de kantonrechter zal worden ontslagen. Met minder dan een dergelijke regeling zal een (goed geadviseerde) werknemer daarom geen genoegen nemen. Vaak wordt daarbij ook aangeboden, of uiteindelijk overeengekomen, dat de werknemer gedurende de opzegtermijn wordt vrijgesteld van werkzaamheden met behoud van salaris. Dit is meestal de wens van zowel werkgever als werknemer, helemaal indien sprake is van een hogergeplaatste werknemer. Het aanblijven van een hogergeplaatste werknemer tijdens de opzegtermijn, terwijl al bekend is dat hij weggaat (er wordt dan immers naar opvolging gezocht), levert zowel voor de werkgever als de

werknemer een aanzienlijk afbreukrisico op. De werknemer zal gedurende de opzegtermijn namelijk minder ‘slagkracht’ hebben, waardoor zowel het bedrijf als de werknemer zelf kan worden beschadigd.

Een minnelijke afscheidsregeling die bestaat uit (i) betaling van de wettelijke transitievergoeding en (ii) vrijstelling van werk gedurende de wettelijke opzegtermijn komt zodoende vaak voor. Deze regeling kan minimaal worden genoemd; vaak komen partijen wel meer dan dit overeen. Het is vreemd genoeg echter niet altijd mogelijk een dergelijke minimale afscheidsregeling in een beëindigingsovereenkomst met een topfunctionaris overeen te komen.

(i) Transitievergoeding

Het eerste probleem doemt op indien de voor de topfunctionaris geldende transitievergoeding hoger is dan € 75.000. Dit is mogelijk, nu de transitievergoeding immers is afgetopt op maximaal € 81.000² of, indien hoger, één bruto jaarsalaris. De WNT staat het echter niet toe dat partijen ‘uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband’ met elkaar overeenkomen die hoger zijn dan (kort gezegd) één bruto jaarsalaris, met een absolute bovengrens van € 75.000, zo bepaalt artikel 2.10 lid 1 WNT. Anders dan bij de transitievergoeding het geval is, wordt dit maximumbedrag niet jaarlijks geïndexeerd. Het bedrag van € 75.000 is dientengevolge sinds de invoering van de WNT in 2013 nog niet verhoogd. Als partijen toch afspraken maken over een hogere vergoeding, dan is die afspraak ingevolge artikel 1.6 WNT nietig en dient het teveel betaalde als onverschuldigde betaling te worden terugbetaald.

Van de definitie van ‘uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband’ zijn uitgezonderd vergoedingen die

¹ Uit de WNT-jaarrapportage 2017 blijkt dat een grote mate van naleving bestaat bij de circa 6.000 instellingen die onder de wet vallen. Zie bijlage 1 bij ‘Kamerbrief Voortgang WNT en WNT-jaarrapportage 2017’, 20 december 2018, kenmerk 2018-0000931239.

² Dit is het maximumbedrag dat voor 2019 is vastgesteld. Ingevolge artikel 7:673 lid 3 BW wordt dit bedrag jaarlijks met ingang van 1 januari gewijzigd overeenkomstig de ontwikkelingen in de contractlonen.

voortvloeien uit (onder meer) een wettelijk voorschrift, zo bepaalt artikel 1.1 sub i WNT. Deze bepaling heeft in de loop van 2015 en 2016 (na de inwerkingtreding van de WWZ en de introductie van de transitievergoeding) voor veel discussie gezorgd over de verhouding tussen de WNT en de transitievergoeding. Daarbij spitste de discussie zich met name toe op de vraag of de wettelijke transitievergoeding kan cumuleren met de maximale WNT-vergoeding. Hierover bestond aanvankelijk onduidelijkheid.³ In de rechtspraak bestond wel direct eensgezindheid over de conclusie dat de wettelijke transitievergoeding *an sich* niet wordt genormeerd door de WNT. De wettelijke transitievergoeding van een topfunctionaris mag dus wel hoger zijn dan € 75.000.⁴ De Rechtbank Amsterdam overwoog in dit verband dat, zou dit anders zijn, ‘dat tot de bizarre consequentie [zou] leiden dat een topfunctionaris onder de WNT, een later recht uit het burgerlijk recht zou worden ontnomen’.⁵

De topfunctionaris die met zijn werkgever een minnelijke regeling sluit, heeft hier echter niets aan. De transitievergoeding is namelijk alleen wettelijk verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst (i) door de werkgever is opgezegd, (ii) op verzoek van de werkgever door de kantonrechter is ontbonden of (iii) na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet is voortgezet, zo bepaalt artikel 7:673 lid 1 BW. De transitievergoeding is nadrukkelijk *niet* verschuldigd indien partijen een minnelijke regeling met elkaar treffen. In die situatie vloeit de transitievergoeding dus niet voort uit een wettelijk voorschrift, zodat deze wél meetelt voor de maximale ontslagvergoeding van € 75.000.

Aanvankelijk kon nog worden gediscussieerd over de vraag of het deel van de transitievergoeding dat boven de € 75.000 uitkomt wel of niet mag worden toegekend in een beëindigingsovereenkomst. In deze discussie kon onderscheid worden gemaakt tussen een strikte en een ruime leer.⁶ In de strikte leer werd aangesloten bij de tekst van de WNT en artikel 7:673 lid 1 BW en was geen ruimte voor toekenning van het hogere deel van de transitievergoeding. In de ruime leer werd de transitievergoeding beschouwd als een vergoeding die uit de wet voortvloeit, waaraan partijen slechts refereren in de beëindigingsovereenkomst.⁷ Deze ruime leer stond aldus toe dat wettelijke rechten als het ware worden ‘afgekocht’ in een beëindigingsovereenkomst.

De wetgever heeft de knoop inmiddels doorgehakt en heeft in de Beleidsregels WNT 2018 gekozen voor de strikte leer door invoering (met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015) van een nieuw artikel 10b. In dit artikel is expliciet opgenomen dat de wettelijke transitievergoeding (kort gezegd) niet meetelt voor de maximale WNT-ontslagvergoeding, maar enkel voor zover de transitievergoeding ‘rechtstreeks, dwingend en eenduidig’ voortvloeit uit artikel 7:673 BW.⁸ De wetgever geeft in de toelichting aan met dit artikel buiten twijfel te willen stellen dat een transitievergoeding waar een topfunctionaris recht op heeft krachtens artikel 7:673 BW geen ontslagvergoeding in de zin van de wet is en dus niet meetelt voor het WNT-maximum. De wetgever geeft daarbij ook expliciet aan: ‘Indien een transitievergoeding niet op artikel 7:673 BW is gebaseerd maar onderdeel is van een vaststellings- of beëindigingsovereenkomst (derhalve bij ontslag met wederzijds goedvinden en niet op initiatief van de werkgever), geldt artikel 10b niet en wordt die vergoeding wel aangemerkt als ontslaguitkering in de zin van de WNT.’⁹

Het tweede probleem dient zich vaak aan indien partijen willen afspreken dat de topfunctionaris gedurende de opzegtermijn wordt vrijgesteld van werk

Daarmee heeft de wetgever de discussie over cumulatie beslecht. Tevens heeft de wetgever daarmee duidelijke taal gesproken over de mogelijkheden in een beëindigingsovereenkomst: het is partijen niet toegestaan in een beëindigingsovereenkomst toekenning van de volledige wettelijke transitievergoeding af te spreken indien de transitievergoeding hoger is dan € 75.000.

(ii) Vrijstelling van werk

Het tweede probleem dient zich vaak aan indien partijen willen afspreken dat de topfunctionaris gedurende de opzegtermijn wordt vrijgesteld van werk. In de praktijk willen een WNT-instelling en een topfunctionaris dit vrijwel altijd overeenkomen. Dit in verband met het afbreukrisico dat voor beide partijen bestaat indien de topfunctionaris gedurende de opzegtermijn aanblijft. Tegelijkertijd heeft de topfunctionaris pas na afloop van de overeengekomen of wettelijke opzegtermijn recht op een WW-uitkering. Directe beëindiging van de arbeidsovereenkomst is dus ook niet mogelijk.

Indien de overeengekomen (transitie)vergoeding al € 75.000 bedraagt, is dit problematisch. De WNT staat

3 Zie A.E. Wallast, ‘De WNT: de topfunctionaris en zijn ontslagvergoeding’, TAP 2016/8 en C. Vernooij & B. Voermans, ‘WNT en Wwz bijten elkaar niet’, TvO 2017/1, die allen bepleiten dat cumulatie wel is toegestaan. In Rb. Amsterdam 13 juni 2016, «JAR» 2016/170, werd geoordeeld dat cumulatie niet is toegestaan; dit zou volgens de Rechtbank Amsterdam in strijd zijn met de bedoeling en het stelsel van de WNT.

4 Rb. Amsterdam 13 juni 2016, «JAR» 2016/170; Rb. Amsterdam 23 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:891; Rb. Midden-Nederland 17 juni 2016, «JAR» 2016/176 en Rb. Den Haag 15 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14218.

5 Rb. Amsterdam 13 juni 2016, «JAR» 2016/170.

6 Zie Barkhuysen, Berkhout & Claessens, *T&C Arbeidsrecht*, aant. 9 bij artikel 1.1 WNT.

7 Zie CRvB 29 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1924 en Rb. Amsterdam 23 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:891.

8 Zie artikel 10b Beleidsregels WNT 2018, *Stcrt.* 2017, 69096.

9 Zie toelichting op Beleidsregels WNT 2018, *Stcrt.* 2017, 69096, p. 7.

sinds 2014 vrijstelling van werk *an sich* toe,¹⁰ maar daarbij geldt dan wel dat de bezoldiging over de periode ‘waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult’ wordt aangemerkt als ontslagvergoeding. Dit bepaalt artikel 2.10 lid 3 WNT. Indien de volledige ‘ruimte’ van € 75.000 al is gebruikt voor de ontslagvergoeding, dan is de periode van vrijstelling van werk voor de topfunctionaris daarmee de facto een sigaar uit eigen doos. Per saldo betaalt de topfunctionaris dan immers zelf zijn salaris over deze periode van vrijstelling. Menig topfunctionaris wil hiermee niet instemmen, wat het bereiken van een minnelijke regeling dan blokkeert.

(On)mogelijke oplossingen

Omdat het vaak voorkomt dat een WNT-instelling en een topfunctionaris de hierboven beschreven minimale afscheidsregeling met elkaar willen treffen, is in de praktijk gezocht naar mogelijkheden hiertoe.

De facto komt deze oplossing dus neer op een beëindiging met wederzijds goedvinden, maar dan in een ander juridisch ‘jasje’ gegoten

Duidelijk daarbij is allereerst dat artikel 7:902 BW geen optie biedt om toch een vrijstelling van werk gedurende de opzegtermijn of een transitievergoeding van meer dan € 75.000 overeen te kunnen komen. Op grond van dit artikel kunnen partijen in een vaststellingsovereenkomst weliswaar afwijken van dwingend recht, maar dit is enkel mogelijk indien deze afwijking niet in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. In de rechtspraak is – in mijn ogen volkomen terecht – geoordeeld dat afwijken van de WNT hoe dan ook strijdig is met de goede zeden of de openbare orde, nu de WNT simpelweg geen ruimte laat en ook geen ruimte bedoelt te laten voor afwijking.¹¹

Transitievergoeding

Voor het toekennen van de wettelijke transitievergoeding is een tweetal juridische oplossingen voorhanden. Ten eerste kunnen partijen voor de beëindiging van het dienstverband kiezen voor de juridische constructie van opzegging met instemming. Deze beëindigingsvorm is geïntroduceerd met de invoering van de WWZ en houdt in dat de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt en dat de werknemer daarmee schriftelijk instemt. De wettelijke basis hiervoor ligt in artikel 7:671 lid 1 BW. Deze opzegging met instemming kwalificeert als ‘opzegging door de werkgever’ in

de zin van artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1 BW, zodat de verschuldigdheid van de transitievergoeding rechtstreeks, dwingend en eenduidig voortvloeit uit artikel 7:673 BW. De transitievergoeding mag in die situatie ingevolge artikel 10b Beleidsregels WNT dus hoger zijn dan € 75.000. Indien partijen naast de einddatum (die immers is bepaald door de opzegging) en het verschuldigd zijn van de wettelijke transitievergoeding nog aanvullende afspraken willen maken, kunnen zij dit doen in een zogeheten ‘losse eindjes-overeenkomst’ (LEO).¹²

Hoewel deze oplossing mijns inziens juridisch gedegen in elkaar zit en houdbaar is, is natuurlijk een legitieme vraag waarin deze situatie wezenlijk verschilt van de situatie waarin partijen een beëindigingsovereenkomst met elkaar sluiten. De WNT-instelling zal de arbeidsovereenkomst van de topfunctionaris immers niet opzeggen zonder dat hij voorafgaand hieraan met de topfunctionaris heeft afgesproken dat en onder welke voorwaarden deze hiermee schriftelijk zal instemmen. Opzegging zonder deze voorafgaande afstemming is immers te risicovol, nu de topfunctionaris dan – indien hij niet instemt met de opzegging – een billijke vergoeding kan claimen. De facto komt deze oplossing dus neer op een beëindiging met wederzijds goedvinden, maar dan in een ander juridisch ‘jasje’ gegoten. De vraag kan daarom worden gesteld of dit geen ontduiking van de WNT oplevert. Weliswaar kent de WNT geen algemene antimisbruikbepaling,¹³ maar toch voelen partijen zich vaak niet helemaal senang met deze oplossing.

De tweede oplossing is dat partijen een pro forma ontbindingsprocedure bij de kantonrechter voeren, zodat de arbeidsovereenkomst van de topfunctionaris door de kantonrechter wordt ontbonden. Daarvoor is het voldoende dat partijen de kantonrechter louter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden; het is niet nodig om de kantonrechter ook te verzoeken de transitievergoeding toe te kennen. Bij een ontbinding door de kantonrechter is de transitievergoeding immers rechtstreeks, dwingend en eenduidig verschuldigd op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a onder 2 BW. De transitievergoeding vloeit dan voort uit de wet en telt dus niet mee voor de maximale ontslagvergoeding ingevolge de WNT.

Overigens lijkt een pro forma procedure sinds kort ook te kunnen worden gebruikt om een hogere vergoeding dan de transitievergoeding aan de topfunctionaris te doen toekomen. Deze mogelijkheid is in elk geval niet meer ‘afgesneden’, zoals dit eerst het geval was in de Uitvoeringsregels WNT. Artikel 1.6 lid 2 WNT bepaalt dat ontslagvergoe-

10 Aanvankelijk bepaalde artikel 2.10 lid 3 WNT dat partijen niet mochten overeenkomen dat een topfunctionaris gedurende een bepaalde periode werd vrijgesteld van werk met behoud van loon en emolumenten. Omdat dit artikel onvoldoende aansloot bij de praktijk, is dit artikel aangepast in de Reparatiewet WNT (Stb. 2014, 446).

11 Zie Rb. Limburg 11 oktober 2017, «JAR» 2017/280, m.nt. D.F. Berkhout en Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, «JAR» 2015/140.

12 Zie over de LEO: L.G. Verburg, ‘Schikken in het nieuwe ontslagrecht; bedenk eer ge begint’, *ArA*, 2014/2.

13 Het wetsvoorstel Evaluatiewet WNT (*Kamerstukken* 34654, nr. 2) bevatte aanvankelijk een algemene antimisbruikbepaling (artikel 1.6b), die de minister de bevoegdheid zou geven om onderzoek te doen en handhavend op te treden indien partijen gebruikmaken van constructies die beogen het doel en de strekking van de WNT te ondermijnen. Nadat de Raad van State had opgemerkt dat een dergelijke bepaling afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid, is deze bepaling geschrapt.

dingen die voortvloeien uit een rechterlijke uitspraak niet meetellen voor de maximale ontslagvergoeding van € 75.000. In artikel 4 lid 1 sub c Uitvoeringsregels WNT werd aanvankelijk bepaald dat in dit verband sprake moest zijn van een ‘door de rechter vastgestelde uitkering wegens beëindiging van het dienstverband’.¹⁴ Daarvan was volgens de toelichting geen sprake bij een pro forma procedure, waarin partijen de rechter gezamenlijk verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een door hen vooraf afgesproken vergoeding. Dan is er feitelijk geen sprake van een vergoeding die door de kantonrechter is vastgesteld en heeft geen rechterlijke toets plaatsgevonden, zo vond de wetgever.¹⁵

De wetgever heeft echter het beleid op dit vlak veranderd. Per 1 januari 2019 bepaalt de Uitvoeringsregeling WNT dat een ontslagvergoeding die door de rechter in een pro forma procedure is vastgesteld niet meetelt voor de maximale ontslagvergoeding onder de WNT.¹⁶ Artikel 4 lid 1 sub c spreekt in dit verband nu van een ‘uit een rechterlijke uitspraak voortvloeiende uitkering wegens beëindiging van het dienstverband’. Als toelichting op deze wijziging geeft de wetgever aan dat het eerdere standpunt niet meer houdbaar blijkt te zijn, ook in het licht van de invoering van de WWZ. De wetgever geeft aan dat er nog maar weinig pro forma procedures zijn en dat het bovendien niet altijd mogelijk is een zuivere pro forma procedure te onderscheiden van een procedure waarin een rechter wel degelijk een inhoudelijke afweging en beoordeling maakt. Daarnaast blijkt volgens de wetgever uit de jurisprudentie dat rechters in de regel vanuit reflexwerking de WNT laten meewegen als factor van belang, ook in pro forma procedures.¹⁷

Deze wijziging van de Uitvoeringsregels lijkt dus vooral te zijn ingegeven vanuit handhavingsperspectief en de gedachte dat rechters ook in de pro forma procedures de grenzen van de WNT bewaken. Ik vraag mij daarbij dan wel af hoe een rechter moet weten dat de WNT van toepassing is. Er bestaat immers geen wettelijke verplichting voor partijen om dit in een ontbindingsprocedure te melden, terwijl – als partijen een gezamenlijk doel nastreven – daartoe ook geen incentive bestaat. Hiermee lijkt de deur dus op een kier te zijn gezet voor hogere ontslagvergoedingen.

Vrijstelling van werk

Voor het realiseren van een vrijstelling van werk gedurende de opzegtermijn bestaan minder oplossingen. De enige situaties waarin de bezoldiging over een periode van non-activiteit tot de einddatum hoe dan ook niet meetelt

voor de maximale ontslagvergoeding zijn (i) wanneer de topfunctionaris vakantiedagen opneemt¹⁸ of (ii) wanneer de topfunctionaris arbeidsongeschikt is.¹⁹

Daarnaast zijn in de praktijk tal van andere oplossingen bedacht om de facto een vrijstelling van werk te bereiken, maar geen van deze oplossingen is juridisch waterdicht.²⁰ De meest ‘veilige’ optie in dit verband is met de topfunctionaris af te spreken dat hij tot de einddatum een andere, lagere functie met minder drukte en minder verantwoordelijkheden zal vervullen. Vaak spreken partijen in dit verband af dat de topfunctionaris bijvoorbeeld advieswerkzaamheden gaat doen. Ondertussen houdt hij dan wel recht op zijn oude salaris. In deze situatie verricht de topfunctionaris nog steeds wel werkzaamheden tot de einddatum, zodat de bezoldiging over deze periode niet ingevolge artikel 2.10 lid 3 WNT meetelt voor de maximale beëindigingsvergoeding.²¹ Artikel 2.10 lid 3 WNT bepaalt immers niet dat de topfunctionaris *dezelfde* werkzaamheden moet blijven uitvoeren. Deze constructie is tot nu toe in de rechtspraak aanvaard.²²

Waarom mag deze wettelijke transitievergoeding niet contractueel worden afgekocht?

Als partijen kiezen voor een opzegging met instemming of een pro forma procedure, acht ik het goed verdedigbaar dat partijen vrijstelling van werkzaamheden kunnen overeenkomen tot een ‘waarde’ van € 75.000 aan bezoldiging.²³ De wettelijke transitievergoeding vloeit in die situatie immers direct voort uit de wet, zodat deze ingevolge artikel 10b Beleidsregels WNT 2018 niet meetelt voor de maximale ontslagvergoeding. Dan bestaat dus nog € 75.000 aan ‘ruimte’, die in een ‘losse eindjes-overeenkomst’ aan vrijstelling van werk kan worden besteed. Ten aanzien van deze constructie kan echter de legitieme vraag worden gesteld waarin deze verschilt van een beëindigingsovereenkomst waarin partijen de transitievergoeding afspreken en betaalde vrijstelling van werk tot de einddatum. Ook hier voelen partijen zich daarom vaak niet helemaal comfortabel bij.

14 Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2014, 36379.

15 Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2014, 36379, toelichting p. 11.

16 Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2018, 62642.

17 Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2018, 62642, toelichting p. 8.

18 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 47. Deze vakantiedagen moeten dan wel aantoonbaar zijn opgebouwd door de topfunctionaris.

19 Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2014, 36379, toelichting p. 10.

20 Zie E. Hagendoorn, ‘Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden’, *TAP* 2017/7 en M. Faber & E.L. Pasma, ‘Non-activiteit onder de WNT: prevaleert de letter of de geest?’, *ArbeidsRecht* 2017/39.

21 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 47.

22 Zie Ktr. Amsterdam 23 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:891. De topfunctionaris blijft dan overigens nog steeds als topfunctionaris kwalificeren, zodat zijn salaris en ontslagvergoeding blijven genormeerd en openbaar moeten worden gemaakt, zie artikel 1.1 sub b onder 6 WNT en artikel 4a Beleidsregels WNT 2019.

23 Ook Benbrahim is deze mening toegedaan. Zie M. Benbrahim, ‘Samenloop van vergoedingsregels in de WNT, de WWZ en de Wft’, *Arbeidsrecht* 2016/6.

Overigens is de wetgever in 2017 enigszins tegemoetgekomen aan de praktijk, door artikel 10 in de Beleidsregels WNT op te nemen. Hierin is geregeld wat heeft te gelden als de topfunctionaris gedurende de onderhandelingen om te komen tot een vaststellingsovereenkomst op non-actief heeft gestaan. Dit artikel bepaalt dat de bezoldiging tijdens een periode van non-activiteit onder bepaalde voorwaarden (onder andere de non-actiefstelling moet eenzijdig worden opgelegd en de topfunctionaris moet hiertegen protesteren en zich beschikbaar houden voor werk) niet kwalificeert als ontslagvergoeding. Hoewel artikel 10 Beleidsregels WNT een bestaand probleem – tot op zekere hoogte²⁴ – heeft opgelost, hebben de WNT-instelling en de topfunctionaris die een vrijstelling van werk gedurende de opzegtermijn (dus ná het sluiten van de vaststellingsovereenkomst) willen overeenkomen, hier niets aan.

Pleidooi voor verandering

Het bovenstaande wettelijke kader zorgt in de praktijk voor onwerkbare situaties; het zorgt ervoor dat partijen die er best op een maatschappelijk acceptabele (minimale) manier met elkaar uit *willen* komen, er niet altijd met elkaar uit *kunnen* komen, althans niet zonder bewerkelijke juridische constructies. Het valt mijns inziens niet uit te leggen waarom het niet is toegestaan dat een WNT-instelling en een topfunctionaris contractueel met elkaar afspreken dat de wettelijke transitievergoeding die hoger is dan € 75.000 wordt uitbetaald, terwijl deze wettelijke transitievergoeding van meer dan € 75.000 na (bijvoorbeeld) een ontbindingsprocedure wél mag worden uitbetaald. Waarom mag deze wettelijke transitievergoeding niet contractueel worden afgekocht? Dit werkt onnodige procedures in de hand, die uiteindelijk – van de zijde van de WNT-instelling – vanuit publieke middelen worden bekostigd. Dat wringt met de ratio van de WNT. Ook valt het mijns inziens niet uit te leggen dat de transitievergoeding wél mag worden betaald na de constructie van opzegging met instemming, maar niet bij een beëindigingsovereenkomst. De facto komen deze twee juridische figuren immers op hetzelfde neer.

De kern van het probleem lijkt te zijn dat de wetgever ervan uitgaat dat een beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt gesloten, en *dus* niet op initiatief van de werkgever. Dit stelt de wetgever expliciet bij de toelichting op artikel 10b Beleidsregels WNT.²⁵ Dit sluit echter niet aan bij de praktijk, waarbij een beëindigingsovereenkomst in veruit de meeste gevallen wél op initiatief van de werkgever wordt gesloten. Dat de werknemer daarmee uiteindelijk akkoord gaat, is meestal vanuit pragmatisch oogpunt en om vervelende juridische procedures te voorkomen. Doorgaans is dat niet omdat de werknemer zélf zo graag de organisatie wil verlaten; dan zou hij immers gewoon

ontslag nemen en dan is de werkgever in veruit de meeste gevallen ook niet bereid enige vergoeding of de transitievergoeding te betalen. Het uitgangspunt van de wetgever bij het opstellen van deze wetgeving is dus onjuist geweest, dan wel heeft de wetgever bij het opstellen van deze regelgeving onvoldoende oog gehad voor de praktijk.

De kern van het probleem lijkt te zijn dat de wetgever ervan uitgaat dat een beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt gesloten, en dus niet op initiatief van de werkgever

In mijn optiek bestaat voorts geen legitieme rechtvaardiging voor het onderscheid dat hiermee wordt gemaakt tussen topfunctionarissen en ‘reguliere’ werknemers. De wetgever heeft in 2015 de transitievergoeding geïntroduceerd als basis-ontslagvergoeding die voor iedereen die langer dan 24 maanden in dienst is geweest, als redelijk wordt beschouwd. Niet valt in te zien waarom topfunctionarissen in dat verband anders moeten worden behandeld. Topfunctionarissen zijn immers ook gewoon werknemers. Waarom zouden zij dan – in het kader van een beëindigingsovereenkomst – genoeg moeten nemen met minder?

Relevant vind ik ook dat de topfunctionaris geen enkele invloed heeft op de hoogte van de wettelijke transitievergoeding; deze hoogte volgt eenduidig uit artikel 7:673 BW. Indien zou worden toegestaan om de wettelijke transitievergoeding toe te kennen in een beëindigingsovereenkomst, dan kan daarvan dus geen misbruik worden gemaakt.²⁶ De accountant kan de wettelijke transitievergoeding immers eenvoudig controleren.

Ik zou er dus voor willen pleiten dat het wordt toegestaan de wettelijke transitievergoeding in een beëindigingsovereenkomst af te kopen, ook als deze hoger is dan € 75.000. Hier is niets buitensporigs of exorbitants aan, terwijl het de praktijk enorm vooruit zou helpen. De wetgever kan dit doen door artikel 10b Beleidsregels WNT aan te passen, maar ook zou de wetgever ervoor kunnen kiezen de wettelijke transitievergoeding te integreren in het WNT-maximum. Dan zou de maximale ontslagvergoeding onder de WNT dus € 75.000 zijn, of een bedrag gelijk aan de voor de topfunctionaris geldende wettelijke transitievergoeding, indien hoger. Daarmee zou de maximale ontslagvergoeding voor topfunctionarissen de facto zijn gemaximeerd op één bruto jaarsalaris. Dit bedrag wordt in de *Corporate gover-*

24 Nog steeds sluit de WNT in mijn optiek onvoldoende aan bij de praktijk waarin werknemers vaak gedurende de periode waarin wordt onderhandeld over een beëindigingsregeling niet werken. Hiervoor bestaan vaak legitieme redenen, die in het belang van de onderneming zijn.

25 Zie Beleidsregels WNT 2018, *Stcrt.* 2017, 69096, toelichting p. 7.

26 Het feit dat geen invloed kan worden uitgeoefend op de hoogte van de vergoeding wordt ook als rechtvaardiging gegeven voor het besluit bepaalde vergoedingen die rechtsreeks, dwingend en eenduidig uit een cao of een wettelijk voorschrift voortvloeien, niet te laten meetellen voor de maximale ontslagvergoeding in de WNT. Zie Uitvoeringsregeling WNT 2014, *Stcrt.* 2014, 36397, 18 december 2014, toelichting p. 11. Dit argument geldt ook onverkort bij de wettelijke transitievergoeding die in een beëindigingsovereenkomst wordt opgenomen.

nance code en de *Code Banken* ook als maatschappelijk acceptabel beschouwd.²⁷

Tot slot zou ik er een lans voor willen breken dat het wordt toegestaan dat topfunctionarissen tot de einddatum mogen worden vrijgesteld van werk met behoud van salaris, zonder dat dit wordt afgetrokken van de maximale ontslagvergoeding. *Juist* bij topfunctionarissen, die belangrijke sleutelposities bekleden bij WNT-instellingen, zorgt het aanblijven tijdens de opzegtermijn voor een aanzienlijk afbreukrisico, zowel voor de werkgever als voor de topfunctionaris zelf. Zonder mogelijkheid om betaald te kunnen worden vrijgesteld van werk, is dit vaak wel waar partijen (noodgedwongen) op uitkomen. Of partijen komen er hierdoor niet uit, en er volgt een kostbare procedure. Dit terwijl het betaald vrijstellen van werk tot de einddatum in wezen marktconform is, zodat ook dit niet buitensporig of bovenmatig kan worden genoemd. Ofwel: de ratio van de WNT komt niet in het gedrang indien dit zou worden toegestaan. Misbruik kan ook eenvoudig worden voorkomen, door te bepalen

dat partijen de doorbetaalde vrijstelling enkel mogen overeenkomen gedurende de voor de topfunctionaris geldende wettelijke opzegtermijn. Deze volgt immers ook eenduidig uit de wet, en partijen hebben daarop geen invloed.

Afsluiting

Als een bepaalde afscheidsregeling in de praktijk een minimale regeling is, strookt het niet met de ratio van de WNT om deze regeling voor een topfunctionaris te verbieden. Dit is op dit moment wel het geval. De WNT heeft daarom aanpassing.

Over de auteur



Mr. M. Faber

Advocaat arbeidsrecht bij Wijn & Stael Advocaten in Utrecht.

²⁷ Zie artikel 3.2.3 *Corporate Governance Code*, versie 8 december 2016 en artikel 6.3.2 *Code Banken*, versie 9 september 2010. Hierin wordt een maximale ontslagvergoeding toegestaan van maximaal eenmaal het 'vaste' deel van de jaarlijkse bezoldiging.