

207. Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?

MR. D. DEN HEETEN EN MR. B.M.C. STENDEN

Non-activiteit van een topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband houdt sinds de inwerkingtreding van de Wet normering topinkomens (WNT) in 2013 de gemoederen bezig. Dat is na invoering van de non-activiteitsregeling in de Beleidsregels WNT 2017 niet anders. De rechtspraak is inmiddels zo divers dat er voor elk wat wils in te vinden is. In dit artikel maken wij de balans op en laten wij zien dat aanscherping en uitbreiding van de non-activiteitsregeling de rechtszekerheid en rechtseenheid ten goede komt.

1. De contractuele beëindigingsvergoeding

In de WNT wordt niet alleen de bezoldiging van een topfunctionaris genormeerd, maar ook de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband. Onder deze uitkering wordt verstaan de som van uitkeringen en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband. Uitgezonderd zijn de uitkeringen die voortvloeien uit een cao, een andere collectieve regeling of uit een wettelijk voorschrift.¹

De uitkering wegens beëindiging van het dienstverband kent twee begrenzings. De eerste begrenzing is dat de uitkering niet hoger mag zijn dan de beloning vermeerderd met de werkgeversbijdrage voor het pensioen over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband.² De tweede begrenzing is een absoluut plafond van € 75.000. Om te voorkomen dat deeltijders in verhouding een hogere uitkering kunnen ontvangen dan voltijders, is de absolute begrenzing van € 75.000 gebaseerd op 1 fte en wordt het plafond naar rato van de omvang van het dienstverband herrekend. Voor zover partijen een hoger bedrag overeenkomen, bedraagt de uitkering van rechtswege het bedrag dat ten hoogste is toegestaan. Betalingen die het wettelijk maximum overschrijden, zijn onverschuldigd betaald, tenzij de betaling voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak.³

2. Achtergrond non-activiteitsregeling

2.1 De regeling in 2013

Bij het opstellen van de WNT was de wetgever zich ervan bewust dat de genormeerde uitkering wegens beëindi-

ging van het dienstverband kon worden omzeild door de topfunctionaris langer in dienst te houden en vrij te stellen van arbeid. Om dit te voorkomen werd in 2013 in de WNT opgenomen dat het partijen niet toegestaan was om het dienstverband op een later tijdstip te beëindigen dan het tijdstip waarop de topfunctionaris de uitoefening van zijn taken beëindigt.⁴ De ratio was het voorkomen van misbruik. Een afwijkende afspraak was nietig en de bezoldiging over een periode dat de topfunctionaris zijn opgedragen taken niet meer vervulde, was onverschuldigd betaald.⁵ Uit de parlementaire geschiedenis kon worden opgemaakt dat met *‘een periode dat de topfunctionaris zijn opgedragen taken niet meer vervult’* niet bedoeld werd de situaties waarin de topfunctionaris vakantiedagen opnam of arbeidsongeschikt was.⁶

Dit algehele verbod bleek al snel onvoldoende aan te sluiten bij de praktijk: het kwam geregeld voor dat partijen afscheid van elkaar wilden nemen en het niet wenselijk was dat de topfunctionaris nog op het werk verscheen in de aanloop naar het einde van het dienstverband. Het verbod stond dat echter in de weg. De vraag kwam op wat de reikwijdte van dit verbod was in relatie tot het beoogde doel om misbruik te voorkomen. Anders gezegd, hoe om te gaan met de situatie waarin evident géén sprake is van misbruik en de instelling de topfunctionaris eenzijdig op non-actief stelt? Verburg bepleitte in 2013 dat het verbod in deze gevallen niet van toepassing was omdat (1) geen sprake was van omzeiling van de WNT, (2) geen sprake was van een afspraak tussen de WNT-instelling en de topfunctionaris én (3) uit art. 7:628 BW volgt dat de werkgever (in

1 Art. 1.1 sub i WNT.

2 Art. 2.10 lid 1 WNT.

3 Art. 1.6 lid 2 WNT.

4 Art. 2.10 lid 3 en 3.7 lid 3 oud WNT.

5 Art. 1.6 lid 3 oud WNT.

6 Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 3, p. 42 en 47.

beginsel) gehouden is het loon door te betalen tijdens non-activiteit en schorsing.⁷

2.2 Reparatielwet WNT

De wetgever trok vrij snel na invoering van de WNT de conclusies dat het algehele verbod te absoluut was en de wet op dit punt aangepast diende te worden.⁸ In 2014 is dat met de Reparatielwet WNT ook gebeurd.⁹ Het was niet langer verboden om de topfunctionaris vrij te stellen van werk vooruitlopend op het einde van zijn dienstverband. Daar staat tegenover dat de bezoldiging in de *'periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult'* aangemerkt wordt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband en de datum waarop de topfunctionaris de uitoefening van zijn taken beëindigt als datum waarop het dienstverband eindigt.¹⁰ In de toelichting van de Uitvoeringsregeling WNT 2015 worden drie uitzonderingen genoemd: (i) vakantie, (ii) arbeidsongeschiktheid en (iii) schorsing van de functionaris, hangende een onderzoek.¹¹ Deze laatste uitzondering was nieuw. Hoewel een toelichting van de wetgever hierop ontbrak, is de achterliggende gedachte van deze uitzondering (hoogstwaarschijnlijk) dat in geval van een schorsing van een topfunctionaris hangende een onderzoek het (nog) niet zeker is of het dienstverband zal eindigen. Er is in dat geval geen sprake van non-activiteit vooruitlopend op het einde van het dienstverband.¹²

2.3 Ontwikkeling van de rechtspraak vanaf 2013

De wetswijziging maakte niet duidelijk hoe om te gaan met de eenzijdige non-actiefstelling of schorsing, niet hangende een onderzoek. In de rechtspraak ontstonden twee leren. Aan de ene kant staat de tekstuele/absolute leer. Hierbij is niet van belang of evident is dat partijen door de non-activiteit de genormeerde uitkering wegens beëindiging van het dienstverband proberen te omzeilen. Aan de andere kant staat de ruime/relatieve leer. Volgens deze leer strekt de bezoldiging gedurende de periode van non-activiteit niet in mindering op de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband indien partijen evident geen misbruik beogen. In een uitspraak van rechtbank Rotterdam van 25 oktober 2013 was een dergelijke ruime uitleg reeds aangenomen in een situatie waarin een topfunctionaris – vooruitlopend op de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst – zijn functie neerlegde.¹³ Volgens de kantonrechter was de bezoldiging over de periode van non-activiteit niet onverschuldigd betaald omdat geen sprake was van misbruik. De rechter woog hierbij mee dat de topfunctionaris nog (geringe)

werkzaamheden had verricht en de periode benut was om te onderhandelen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De eerste (gepubliceerde) zaak waarin de tekstuele/absolute leer werd gevolgd, is de uitspraak van rechtbank Amsterdam op 13 juni 2016.¹⁴ Het ging in deze zaak om een topfunctionaris die eenzijdig was geschorst vooruitlopend op zijn ontslag. De kantonrechter oordeelde dat de bezoldiging over de periode van schorsing diende te worden gezien als beëindigingsvergoeding, omdat de wettekst van art. 2.10 lid 3 WNT geen uitzondering maakt voor de situatie dat partijen geen misbruik beogen. Volgens A.M. Helstone¹⁵ en A.E. Wallast¹⁶ had de kantonrechter op basis van de wetsgeschiedenis ook anders kunnen oordelen. Ook betoogden zij dat het oordeel van de kantonrechter op gespannen voet stond met het arrest *Van der Gulik/Visser & Partners*, waarin het uitgangspunt is opgenomen dat een schorsing of op non-actiefstelling voor rekening en risico blijft van de werkgever.¹⁷ Tot slot merkte Helstone op dat in de zaak géén sprake was van een overeengekomen vrijstelling van werk, zodat art. 2.10 lid 3 WNT niet van toepassing was. In haar annotatie maakte Helstone zich sterk voor de volgende tweedeling:

- de periode vóór het bereiken van een schikking (eenzijdige non-actiefstelling waarop art. 2.10 lid 3 WNT niet van toepassing is);
- de periode vanaf het bereiken van een schikking (overeengekomen vrijstelling, waarop art. 2.10 lid 3 WNT wel van toepassing is).

Non-activiteit en de WNT – de rechtspraak is inmiddels zo divers dat er voor elk wat wils in te vinden is

Kort na de uitspraak van rechtbank Amsterdam volgden twee uitspraken van de rechtbank Noord-Nederland¹⁸ en de rechtbank Midden-Nederland¹⁹ waarin de ruime/relatieve leer werd gevolgd. Overwogen werd dat de ratio van art. 2.10 lid 3 WNT het voorkomen van misbruik is. In lijn met het derde argument van Helstone oordeelden de kantonrechters dat art. 2.10 lid 3 WNT uitsluitend zag op situaties waarin partijen vrijwillig een vrijstelling van werk overeenkomen en niet waarin de topfunctionaris door de instelling op non-actief is gesteld. Deze visie staat echter haaks op de wetsgeschiedenis, waaruit volgt dat ook indien partijen géén afspraken hadden gemaakt over vrijstelling van werk, art. 2.10 lid 3 WNT van toepassing is.²⁰

7 L.G. Verburg, 'De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT): (in) werking', *ArA* 2013/1, p. 17.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 34017, nr. 3, p. 4.

9 *Stb.* 2014, 466 (Reparatielwet WNT).

10 Art. 2.10 lid 3 WNT.

11 *Stcrt.* 18 december 2014, p. 10.

12 Zie ook E. Hagendoorn, 'Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden', *TAP* 2017/300 (afl. 7).

13 Rb. Rotterdam 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8418.

14 Rb. Amsterdam 13 juni 2016, «JAR» 2016/170, m.nt. Helstone.

15 Rb. Amsterdam 13 juni 2016, «JAR» 2016/170, m.nt. Helstone.

16 A.E. Wallast in 'De WNT: de topfunctionaris en zijn ontslagvergoeding', *TAP* 2016/363 (afl. 8).

17 HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2003:AF3057.

18 Rb. Noord-Nederland 23 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5338.

19 Rb. Midden-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7023.

20 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 42.

2.4 Beleidsregels WNT 2017

De minister heeft er vervolgens voor gekozen om de ruime/relatieve leer die in de jurisprudentie was ontstaan te codificeren in art. 10 Beleidsregels WNT 2017. In deze regeling wordt onderscheid gemaakt tussen vrijwillig overeengekomen vrijstelling van werk en een onvrijwillig eenzijdig opgelegde non-activiteit.²¹ De door Helstone voorgestelde tweedeling (periode vóór het bereiken van een schikking vs. periode ná het bereiken van de schikking) is overgenomen in dit artikel. De periode vóór het bereiken van een schikking is uitgezonderd indien voldaan wordt aan drie cumulatieve vereisten:

- de werkgever heeft de non-actiestelling eenzijdig opgelegd;
- de topfunctionaris heeft uitdrukkelijk en aantoonbaar niet met de non-activiteit ingestemd. Enerzijds doordat de topfunctionaris daartegen heeft geprotesteerd en anderzijds doordat de topfunctionaris zich bereid heeft verklaard tot en beschikbaar heeft gesteld voor het verrichten van zijn of haar arbeid; en
- de periode van non-activiteit duurt niet langer dan noodzakelijk voor partijen om afspraken te maken en besluiten te nemen over de beëindiging, dan wel voortzetting van het dienstverband. Hierbij wordt een periode van drie maanden (die eenmaal, gemotiveerd, met drie maanden kan worden verlengd) in het algemeen als voldoende beschouwd voor partijen om uit een impasse te komen.

Schematisch weergegeven:



3. De non-activiteitsregeling vs. de rechtspraak

Vanwege de aard en het doel van de WNT ligt het voor de hand de uitzondering van art. 10 Beleidsregels WNT op de normerende werking van art. 2.10 lid 3 WNT restrictief uit te leggen. In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of dat in de praktijk ook gebeurt.

3.1 Maximaal drie tot zes maanden?

Art. 10 lid 1 sub c Beleidsregels WNT bepaalt dat de (uitgezonderde) periode van non-activiteit niet langer mag duren dan noodzakelijk om afspraken te maken en besluiten te nemen over de beëindiging van het dienstverband. Een periode van drie maanden, die eenmaal gemotiveerd met drie maanden kan worden verlengd, wordt in het algemeen als voldoende beschouwd. Rechtbank Gelderland²² rekte in een uitspraak eerder dit jaar deze periode fors op in een situatie waarin de instelling geen vaart maakte. De topfunctionaris was al in januari 2020 vrijgesteld van werk. In juni 2020 volgt een ontslagbesluit

en wordt hem medegedeeld dat naar een beëindiging van het dienstverband zou worden toegewerkt. De instelling maakt echter pas – nadat de bestuurder een kort geding aanhangig maakt – in december 2020 een ontbindingsprocedure aanhangig. De topfunctionaris heeft op dat moment bijna twaalf maanden geen werkzaamheden verricht. De rechter gaat niet expliciet in op de vraag of de periode van non-activiteit ‘niet langer duurde dan noodzakelijk voor partijen om afspraken te maken en besluiten te nemen over de beëindiging’ en is onder verwijzing naar het feitencomplex van oordeel dat de gehele periode ‘tot de start van deze ontbindingsprocedure onder de uitzondering van artikel 10 van de beleidsregels WNT valt’ (zie schematische weergave):²³



Hoewel dit oordeel gevoelsmatig wellicht te billijken is, kan de vraag gesteld worden of het in overeenstemming is met art. 10 Beleidsregels WNT.

3.2 De periode nadat partijen afspraken hebben gemaakt?

De tweede vraag is hoe om te gaan met de periode van non-activiteit nádat partijen afspraken hebben gemaakt over de beëindiging van het dienstverband. Onderdeel van een beëindigingsovereenkomst is immers vaak dat de geldende opzegtermijn in acht wordt genomen en dat de topfunctionaris gedurende de opzegtermijn vrijgesteld wordt van arbeid.

Hof 's-Hertogenbosch²⁴ oordeelde over een situatie vóór inwerkingtreding van art. 10 Beleidsregels WNT 2017 dat de periode tussen het sluiten van een beëindigingsovereenkomst en de einddatum niet bestempeld kan worden als een periode waarin ‘de topfunctionaris vooruitlopend op een beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult’. In gelijke zin oordeelde rechtbank Midden-Nederland op 21 december 2016, waarbij van belang werd geacht dat partijen zich beperkt hadden tot de wettelijke opzegtermijn (schematisch weergegeven):



Anders oordeelde rechtbank Amsterdam op 23 januari 2017.²⁵ De rechter toetst in deze zaak of gedurende de opzegtermijn feitelijk werkzaamheden verricht werden, bij

²¹ Stcrt. 2017, 21697, p. 7.

²² Rb. Gelderland 12 mei 2021, ECLI:RBGEL:2021:2548.

²³ Tot inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen per 1 juli 2021 gold er nog een preventieve toets bij het ontslag van een stichtingsbestuurder. Reden waarom de arbeidsovereenkomst niet eindigde door het ontslagbesluit.

²⁴ Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3267 r.o. 3.5.4, m.nt. Hagendoorn.

²⁵ Rb. Amsterdam 23 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:891.

gebreke waarvan de doorbetaling gedurende de opzegtermijn zou worden aangemerkt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband (schematische weergave):



Wij menen dat deze laatste uitleg zich het beste verhoudt tot de huidige non-activiteitsregeling. Art. 10 lid 1 sub c Beleidsregels WNT schrijft immers voor dat de periode van non-activiteit niet langer duurt dan noodzakelijk om *afspraken te maken* over de beëindiging van het dienstverband. Dat impliceert dat de periode ná het maken van beëindigingsafspraken niet onder art. 10 Beleidsregels WNT geschaard kan worden. Daarnaast is ná de totstandkoming van een beëindigingsafpraak géén sprake meer van eenzijdige non-actiefstelling, maar van een overeengekomen vrijstelling van arbeid en impliceert een overeengekomen vrijstelling dat de topfunctionaris zijn/haar verzet opgeeft, waardoor niet langer voldaan is aan sub b van art. 10 Beleidsregels WNT. *Last but not least* heeft de minister in het verleden, weliswaar vóór invoering van de huidige non-activiteitsregeling, aangegeven dat de bezoldiging gedurende de opzegtermijn als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband dient te worden aangemerkt.²⁶ Een geheel andere vraag is of dit wenselijk is. Wij zullen op die vraag in paragraaf 4 nader ingaan.

3.3 Ook gedurende de duur van de ontbindingsprocedure en opzegtermijn?

Het kan zijn dat partijen na maanden onderhandelen niet tot een beëindigingsafpraak komen en een (eenzijdig) onslagtraject moeten doorlopen. Hoe dient dán te worden omgegaan met de periode ná het onslagbesluit, de duur van de procedure en de wettelijke of contractuele opzegtermijn? Volgens rechtbank Overijssel²⁷ viel de periode ná indiening van het ontbindingsverzoek inclusief de opzegtermijn onder de reikwijdte van art. 10 Beleidsregels WNT. Ook rechtbank Noord-Holland²⁸ ontbond in 2020 een arbeidsovereenkomst met inachtneming van een contractuele opzegtermijn van twaalf maanden en oordeelde dat de bezoldiging gedurende de periode van de contractuele opzegtermijn van twaalf maanden niet onverschuldigd is betaald. Ter onderbouwing wijst de rechter erop dat ‘gelet op de leeftijd van [verweerder] (65, 60 toen zij aantrad) en de precaire verhouding waarin zij als enig statutair bestuurder tussen de Provincie als enig aandeelhouder en de meerkoppige RvC terecht kwam, haar niet [kan] worden tegengeworpen dat zij, om haar inkomensbelangen veilig te stellen, bij haar aantreden een opzegtermijn van twaalf maanden heeft bedongen en kan

een dergelijk beding thans niet worden aangemerkt als nietig in de zin van de WNT’ (schematisch weergegeven):



Tegenover deze uitspraken staat de eerder genoemde uitspraak van rechtbank Gelderland.²⁹ Hierin werd door de rechter geoordeeld dat de periode vanaf het onslagbesluit tot aan het opstarten van de ontbindingsprocedure wél onder art. 10 Beleidsregels WNT kan worden geschaard en de periode ná indiening van het ontbindingsverzoek inclusief de geldende opzegtermijn niet (schematisch weergegeven):



Deze laatste uitspraak verhoudt zich beter tot de huidige non-activiteitsregeling, nu daarin enkel de periode om ‘*besluiten te nemen over de beëindiging*’ wordt uitgezonderd en niet de periode daarna. Wij zullen hieronder ingaan op de vraag of dit een gewenste uitkomst is.

4. Pleidooi voor aanscherping en uitbreiding van art. 10 Beleidsregels WNT

Uit onze analyse van de rechtspraak volgt dat rechters verschillend omgaan met de periode waarin een topfunctionaris géén taken meer vervult vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband. Dat is ook ná invoering van de non-activiteitsregeling in art. 10 van de Beleidsregels WNT niet anders. De rechtspraak is inmiddels zo divers dat er voor elk wat wils in is te vinden. Als er al op basis van een handvol uitspraken een trend te ontwaren is, dan lijkt het erop dat rechters eerder geneigd zijn om de non-activiteitsregeling ruim dan restrictief uit te leggen. Met name over de periode ná totstandkoming van beëindigingsafspraken of een beëindigingsbesluit lijkt een discrepantie te bestaan tussen de non-activiteitsregeling zoals die door de wetgever is opgesteld en de rechtspraak. De minister heeft deze periode buiten art. 10 van de Beleidsregels WNT gehouden. De vraag is of dat (altijd) terecht en wenselijk is. Denk aan een instelling met een éénhoofdig bestuur. Om de continuïteit te waarborgen komt de instelling met de topfunctionaris een opzegtermijn van zes maanden overeen. Voor de werkgever geldt dan een dubbele opzegtermijn van twaalf maanden. Indien een onwerkbaar situatie ontstaat, de topfunctionaris op non-actief wordt gesteld én partijen tot een beëindigingsovereenkomst willen komen, dan lopen partijen tegen

²⁶ Uitvoeringsregeling WNT 2015, *Stcrt.* 2014, 36379, p. 7.

²⁷ Rb. Overijssel 27 september 2019, ECLI:NL:ROVE:2019:3602.

²⁸ Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962.

²⁹ Rb. Gelderland 12 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2548.

de contractuele opzegtermijn van twaalf maanden aan.³⁰ Naar de letter van de wet (en de beleidsregels) zou de bezoldiging die betaald wordt gedurende deze twaalf maanden worden aangemerkt als *'uitkering wegens beëindiging van het dienstverband'*. Het maximumbedrag van € 75.000 (1 fte) zal – afhankelijk van de hoogte van de maandbezoldiging – al na een paar maanden zijn opgesoupeerd. Hoe om te gaan met de overige maanden? Moet de topfunctionaris dan maar accepteren dat zijn dienstverband, dan wel de betaling van bezoldiging, eerder eindigt, met mogelijke gevolgen voor een aanspraak op een WW-uitkering? Partijen worden haast gedwongen om óf (i) een toneelstuk op te voeren ter voorkoming dat de topfunctionaris *'geen taken meer vervult'* of (ii) een uitspraak van de rechter uit te lokken, waar partijen wel mee uit de voeten kunnen.

Aanscherping en uitbreiding van de non-activiteitsregeling zal de rechtszekerheid en rechts-eenheid ten goede komen

Wij menen dat het goed zou zijn om de non-activiteitsregeling nog eens onder de loep te nemen. Wat blijkt in de praktijk te werken en wat niet? Is het wenselijk en noodzakelijk om de bezoldiging gedurende de geldende opzegtermijn – bij het niet vervullen van taken – aan te merken als een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband? Is het reëel dat een topfunctionaris die voorafgaand aan de beëindigingsafpraak op non-actief is gesteld vanaf de totstandkoming van de beëindigingsafpraak weer werkzaamheden moet verrichten om zijn contractuele beëindigingsvergoeding veilig te stellen? Het zou volgens ons wenselijk zijn dat er niet alleen een fijnmazige regeling is voor de periode tot totstandkoming van beëindigingsafspraken of een beëindigingsbesluit, maar ook voor de periode daarna. Uiteraard, net als bij de huidige non-activiteitsregeling, voorzien van waarborgen ter voorkoming van misbruik. Zo zou een voorwaarde kunnen zijn dat de overeengekomen opzegtermijn niet in de twaalf maanden voorafgaand aan het ontslagbesluit of totstandkoming beëindigingsafspraken mag zijn gewijzigd. Daarmee wordt voorkomen dat partijen vlak voor de totstandkoming van beëindigingsafspraken met een addendum op de arbeidsovereenkomst een lange contractuele opzegtermijn overeenkomen. Blijft aanscherping en/of uitbreiding van de non-activiteitsregeling uit, dan zullen partijen ook komende jaren nog regelmatig hun toevlucht moeten zoeken bij de rechter. Dat brengt node-loze kosten met zich, vaak te betalen uit publieke middelen. Het is dan te hopen dat de rechtelijke macht er in slaagt om meer rechtseenheid en rechtszekerheid te creëren. Dat is tot op heden niet het geval.

5. Praktische oplossing?

Vooralsnog hebben topfunctionarissen, de rechtspersoon/ werkgever en ook hun adviseurs het met de huidige non-activiteitsregeling te doen. Indien partijen *on speaking terms* zijn, kan overwogen worden om de arbeidsovereenkomst onregelmatig op te zeggen. Dit maakt de werkgever op grond van de wet schadeplichtig, maar de (gefixeerde) schadevergoeding is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren te duren.³¹ Onder de streep wijkt de beloning van de topfunctionaris niet veel af van de situatie dat de topfunctionaris gedurende de geldende opzegtermijn zou zijn doorbetaald. Aangezien de gefixeerde schadevergoeding rechtstreeks, dwingend en eenduidig voortvloeit uit een wettelijke bepaling, is de vergoeding uitgezonderd van de definitie van een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband. Een bijkomend voordeel van een opzegging (met schriftelijke instemming) is dat – anders dan bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden – ook de wettelijke transitievergoeding rechtstreeks, dwingend en eenduidig uit een wettelijk voorschrift voortvloeit.³² Indien de instelling opteert voor deze wijze van beëindiging hebben partijen meer ruimte om tot een acceptabel beëindigingresultaat te komen.

In de literatuur wordt meer dan eens de vraag opgeworpen of de opzegging (met instemming) andere rechtsgevolgen mag hebben dan een beëindigingsovereenkomst en gesteld dat deze constructie risicovol zou zijn.³³ Wij menen van niet. Inhoudelijk argument hiervoor is dat de WNT geen algemene antimisbruikbepaling kent. Het wetsvoorstel Evaluatiewet WNT bevatte weliswaar aanvankelijk een algemene antimisbruikbepaling,³⁴ maar deze bepaling is geschrapt nadat de Raad van State had opgemerkt dat een dergelijke bepaling afbreuk doet aan de rechtszekerheid.³⁵ Het zou dan ook vreemd zijn indien – zonder algemene antimisbruikbepaling – de op grond van de wet toegestane wijze van beëindigen en belonen toch ontoelaatbaar zou worden geacht. Dat zou immers bij uitstek afbreuk doen aan het beginsel van rechtszekerheid.

Belangrijk is uiteraard wel om de verschillende wijzen van beëindiging niet met elkaar te vermengen. Indien partijen ná een (onregelmatige) opzegging met instemming afspraken vastleggen in een losse-eindjes-overeenkomst, is het niet correct om te spreken over een beëindigingsovereenkomst en/of gefixeerde schadevergoeding te verdisconteren in een contractuele beëindigingsvergoeding.³⁶

31 Art. 7:672 lid 11 BW.

32 Art. 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT.

33 M. Faber, 'De (on)mogelijkheid om een minimale afscheidsgeregeling te treffen met een topfunctionaris', TAP 2019/112 (afl. 3). C. Venrooij en B. Voermans, 'WNT en Wwz bijten elkaar niet', TvO 2017, en E. Hagedoorn, 'Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden', TAP 2017/300 (afl. 7).

34 Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 2.

35 Kamerstukken II 2016/17, 34652, nr. 4.

36 Rb. Overijssel 8 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5320.

30 Art. 7:672 lid 8 BW.

6. Conclusie

De aard en het doel van de WNT brengen met zich dat uitzonderingen op de normerende werking van de WNT restrictief uitgelegd moeten worden. Rechtbanken blijken in de praktijk op uiteenlopende onderdelen van de non-activiteitsregeling het tegendeel te doen. Er is geen sprake van rechtseenheid. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Vandaar ons pleidooi om de non-activiteitsregeling onder de loep te nemen, aan te scherpen en uit te breiden naar de periode ná totstandkoming van beëindigingsafspraken of nadat een besluit over de beëindiging van het dienstverband is genomen. Tot die tijd kunnen partijen die niet zitten te wachten op een gerechtelijke procedure, overwegen om hun toevlucht te zoeken in een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Dit artikel is afgesloten op 13 september 2021.

Over de auteurs



Mr. D. (Buby) den Heeten

Advocaat bij Dirkzwager legal & tax in Nijmegen.



Mr. B.M.C. (Boy) Stenden

Advocaat bij Dirkzwager legal & tax in Nijmegen.