

Non-activiteit en de uitbetaling van de opzegtermijn onder de WNT: nog steeds ingewikkeld!

Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2603

mr. P. Disseldorp¹

Dit arrest van het Hof 's-Hertogenbosch vormt een nieuw hoofdstuk in de discussie over non-activiteit onder de WNT. Het hof wijst in dit arrest een gefixeerde schadevergoeding ter hoogte van zes maanden opzegtermijn toe en oordeelt dat deze gefixeerde schadevergoeding niet kwalificeert als een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband in de zin van artikel 2.10 WNT en daarom niet meetelt bij de maximale ontslagvergoeding onder de WNT van € 75.000 bruto. Voor zover mij bekend, is dit de eerste uitspraak waarin dit wordt geoordeeld. Hoewel het oordeel van het hof mij juist lijkt, is het de vraag hoe dit oordeel zich verhoudt tot eerdere rechtelijke uitspraken over non-activiteit en/of uitbetaling van de opzegtermijn onder de WNT.

1. Non-activiteit onder de WNT

Het onderwerp non-activiteit onder de Wet normering topinkomens ("WNT") is een welkom onderwerp in de juridische literatuur.² Dit komt niet in de laatste plaats omdat de rechtspraak op dit punt op zijn zachts gezegd wisselend is. Bovendien is de wettelijke regeling over non-activiteit onder de WNT meerdere keren gewijzigd, voor het laatst per 1 januari 2017. De oorspronkelijke regeling waarin non-activiteit geheel niet werd toegestaan, bleek onvoldoende aan te sluiten bij de praktijk.³ In deze annotatie bespreek ik de huidige regeling over non-activiteit onder de WNT en de toepassing daarvan in

de praktijk. Ik focus daarbij met name op de verschillende beëindigingsmogelijkheden en op de toepassing van de WNT-regels bij elk van deze mogelijkheden.

2. Juridisch kader

De huidige regeling over non-activiteit is neergelegd in artikel 2.10 lid 3 en lid 4 WNT, in artikel 4 Uitvoeringsregeling WNT en in artikel 10 Beleidsregels WNT 2023. Op grond van artikel 2.10 lid 3 WNT en artikel 4 lid 1 onder d Uitvoeringsregeling WNT wordt bezoldiging over een periode van non-activiteit vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband aangemerkt als een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband. In artikel 2.10 lid 4 WNT en in artikel 10 Beleidsregels WNT 2023 worden vervolgens vijf uitzonderingen gemaakt op deze hoofdregel. De bezoldiging over een periode van non-activiteit wordt op grond van deze bepalingen niet als ontslaguitkering aangemerkt als sprake is van:

1. Phinney Disseldorp is advocaat bij Stibbe.
2. Zie bijv. E. Hagendoorn, 'Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden', TAP 2017/300, M. Faber & E.L. Pasma, 'Non-activiteit onder de WNT: prevalentie van de letter of de geest?', *ArbeidsRecht* 2017/39, M. Faber, 'De (on)mogelijkheid om een minimale afscheidsregeling te treffen met een topfunctionaris', TAP 2019/112 en D. den Heeten & B.M.C. Stenden, 'Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?', TAP 2021/207.
3. Ik bespreek in deze annotatie niet de geschiedenis van de non-activiteitsregeling onder de WNT. Daarvoor verwijst ik naar de in voetnoot 2 genoemde literatuur, alsmede de not van A.M. Helstone bij een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam onder de oude non-activiteitsregeling: Rb. Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672, JAR 2016/170.

1. het opnemen van vakantiedagen;
2. een schorsing als ordemaatregel;
3. een vrijstelling of ontheffing van werk gedurende de opzegtermijn op grond van een toepasselijke cao;

4. arbeidsongeschiktheid van de topfunctionaris; of
5. een eenzijdig door de werkgever opgelegde non-activiteit waarmee de werknemer niet heeft ingestemd en die niet langer duurt dan noodzakelijk om een vertrekregeling af te spreken.

De eerste vier situaties laat ik verder buiten beschouwing. In de praktijk speelt de vijfde situatie het vaakst een rol. Deze uitzondering biedt werkgevers de mogelijkheid om een topfunctionaris op non-actief te stellen gedurende de onderhandelingen over een mogelijke minnelijke regeling. Op grond van artikel 10 Beleidsregels WNT 2023 wordt een periode van maximaal drie maanden hiervoor voldoende geacht, met dien verstande dat de werkgever deze periode éénmaal gemotiveerd met drie maanden kan verlengen. Dit betekent dus dat een periode van maximaal zes maanden non-activiteit voorafgaand aan het sluiten van een minnelijke regeling onder voorwaarden niet meetelt bij de maximale ontslagvergoeding uit artikel 2.10 WNT.

3. Non-activiteit bij verschillende beëindigingsmogelijkheden

3.1. Beëindiging met wederzijds goedvinden

Een werkgever en een topfunctionaris zullen vaak bij voorkeur een minnelijke regeling sluiten. Dit voorkomt onnodige juridische kosten en onzekerheid over de uitkomst van een juridische procedure. Bij onderhandelingen over een minnelijke regeling zal dikwijls het uitgangspunt zijn dat de topfunctionaris geen werkzaamheden meer zal verrichten, hetgeen immers om meerdere redenen gewenst kan zijn. De hiervoor genoemde vijfde uitzondering biedt hier enige flexibiliteit. Een werkgever kan de topfunctionaris eenzijdig op non-actief stellen en vervolgens met de topfunctionaris onderhandelen over een mogelijke minnelijke regeling.

In de literatuur is er terecht op gewezen dat deze uitzondering geen uitkomst biedt voor de periode ná het sluiten van een minnelijke regeling.⁴ In artikel 10 lid 1 sub c Beleidsregels WNT 2023 wordt immers expliciet gesproken van een periode van non-activiteit die *'niet langer duurt dan noodzakelijk voor partijen om afspraken te maken en besluiten te nemen over de beëindiging, dan wel voortzetting van het dienstverband'*.⁵ Het gaat gelet op deze bewoordingen dus niet om een periode van non-activiteit ná het sluiten van een minnelijke regeling. Daar is op zich iets voor te

zeggen. Als partijen een vrijstelling van werk overeenkomen, dan wordt de non-activiteit strikt genomen immers niet meer eenzijdig opgelegd.⁶ Aan de andere kant heeft de topfunctionaris soms weinig keuze. Als de werkgever niet wil dat de topfunctionaris terugkeert en persisteert in de non-activiteit, dan is het voor de topfunctionaris 'slikken of stikken'. Hoewel dan formeel misschien sprake is van een overeengekomen vrijstelling van werk, is verdedigbaar dat *de facto* nog steeds sprake is van een non-activiteit op initiatief van de werkgever. De letterlijke tekst van de Beleidsregels WNT 2023 laat echter geen ruimte voor een dergelijke oprekking van de non-activiteitsregeling. Voor zover mij bekend is dit ook nog niet in rechte bepleit.⁷ Het uitgangspunt is dan ook dat een overeengekomen periode van vrijstelling van werk – ook als de topfunctionaris in de praktijk weinig keuze heeft – kwalificeert als ontsluiting in de zin van de WNT. Dit beperkt logischerwijs de mogelijkheid om de contractuele opzegtermijn uit te betalen.⁸

3.2. Ontbinding bij de rechter

Het is de vraag of bij een (pro forma) ontbindingsprocedure wél de mogelijkheid bestaat tot uitbetaling van de contractuele opzegtermijn bovenop de maximale ontslagvergoeding van € 75.000 bruto. Op grond van artikel 4 lid 1 sub c Uitvoeringsregeling WNT telt een ontslagvergoeding die uit een rechterlijke uitspraak voortvloeit weliswaar mee bij het maximum van € 75.000 bruto uit artikel 2.10 lid 1 WNT, maar is het deel dat het maximum overschrijdt niet onverschuldigd betaald. Anders gezegd: een ontslagvergoeding die voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak mag het maximum overschrijden. Verder geldt op grond van artikel 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT dat een ontslagvergoeding niet kwalificeert als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband als deze vergoeding *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* voortvloeit uit de wet. Op

4. Zie o.a. E. Hagendoorn, 'Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden', TAP/300 en D. den Heeten & B.M.C. Stenden, 'Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?', TAP 2021/207.

5. Deze tekst staat sinds 1 januari 2018 in de Beleidsregels WNT.

6. Zie in vergelijkbare zin D. den Heeten & B.M.C. Stenden, 'Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?', TAP 2021/207.

7. Zie voor relevante uitspraken over non-activiteit onder het juridisch kader van vóór de wijziging van de Beleidsregels WNT o.a. Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3267, JIN 2020/2, m.nt. Hagendoorn, JAR 2019/255, m.nt. Van Tuyll van Serooskerken en Rb. Amsterdam 23 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:891, RAR 2017/79.

8. Dat is anders als de topfunctionaris en de werkgever overeenkomen dat de topfunctionaris blijft werken gedurende de opzegtermijn, maar de werkgever zich gedurende de opzegtermijn genoodzaakt ziet om de topfunctionaris alsnog op non-actief te stellen (mits geen sprake is van misbruik). In dat geval is geen sprake van een overeengekomen non-activiteit en komt de non-activiteit m.i. op grond van de *Van der Gulik/Vissers*-leer voor rekening van de werkgever. Zie in vergelijkbare zin Rb. Noord-Nederland 19 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5259, JAR 2018/201, Prg. 2018/223.

grond van deze twee bepalingen kan de rechter in ieder geval een transitievergoeding of een billijke vergoeding toekennen die het maximum van € 75.000 bruto overschrijdt.⁹

Het salaris gedurende de opzegtermijn valt naar mijn mening echter niet onder één van deze twee bepalingen. De verplichting tot salarisbetaling vloeit immers niet voort uit de rechterlijke uitspraak of uit een dwingendrechtelijke bepaling, maar bestaat hoe dan ook uit hoofde van de tussen de werkgever en de topfunctionaris bestaande arbeidsovereenkomst. Een interessante gedachte is nog of de salarisbetaling gedurende de opzegtermijn niet voortvloeit uit artikel 7:616 BW. Dit artikel ziet echter alleen op het moment van betaling en creëert geen specifieke wettelijke verplichting tot salarisbetaling over de opzegtermijn. De verplichting tot salarisbetaling over de opzegtermijn vloeit dan ook niet *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* voort uit artikel 7:616 BW. Indien de topfunctionaris gedurende de ontbindingsprocedure en vervolgens tot de ontbindingsdatum wordt vrijgesteld, dan geldt het salaris gedurende deze periode naar mijn mening dan ook als een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband en telt dit salaris mee bij het maximum van € 75.000 bruto.

De Rechtbank Gelderland oordeelde in 2021 in gelijke zin over een topfunctionaris die eenzijdig was geschorst door de Raad van Toezicht. De rechtbank oordeelde dat het salaris gedurende de periode van non-activiteit van de contractuele ontslagvergoeding van € 75.000 bruto moest worden afgetrokken, met als gevolg dat de contractuele ontslagvergoeding nihil werd.¹⁰ De Rechtbank Overijssel en de Rechtbank Noord-Holland volgden in respectievelijk 2019 en 2020 echter een andere lijn en oordeelden dat het salaris tot de datum van ontbinding wél het maximum van € 75.000 bruto mocht overschrijden.¹¹ Volgens de Rechtbank Noord-Holland was dit toegestaan omdat de non-activiteit eenzijdig door de werkgever was opgelegd en de arbeidsovereenkomst van de topfunctionaris inhoudsloos was geworden na een eerder vennootschapsrechtelijk ontslag als statutair bestuurder.¹² Hoewel deze uitkomst gelet op de feiten te billijken is, past de rechtbank naar mijn mening de non-activiteitsregeling uit de WNT onjuist toe. Immers: de non-activiteit van de topfunctionaris kwalificeert niet als één van de hiervoor genoemde vijf uitzonderingen op de hoofdregel dat

een periode van non-activiteit meetelt als ontslagvergoeding en de salarisbetaling tot de ontbindingsdatum vloeit zoals gezegd ook niet direct voort uit de rechterlijke uitspraak of uit een dwingendrechtelijke bepaling.¹³ Ik concludeer dan ook dat een (pro forma) ontbindingsprocedure geen (waterdichte) uitkomst biedt voor het kunnen uitbetalen van de contractuele opzegtermijn bovenop de maximale ontslagvergoeding van € 75.000 bruto.¹⁴

3.3. Onregelmatige opzegging (met instemming)

Bovenstaande observaties waren voor Hagendoorn en Faber en Pasma¹⁵ reden om (voorzichtig) de route van een onregelmatige opzegging te opperen.¹⁶ Bij een onregelmatige opzegging (met instemming) kan de topfunctionaris immers op grond van artikel 7:672 lid 11 BW een gefixeerde schadevergoeding claimen ter hoogte van het salaris over de geldende opzegtermijn. Deze gefixeerde schadevergoeding volgt uit een dwingendrechtelijke bepaling en zou dus onder de uitzondering vallen voor vergoedingen die *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* uit de wet voortvloeien. Deze opvatting is mijns inziens terecht. Tot voor kort was dit echter nog niet bevestigd in de rechtspraak.

Dat brengt mij bij het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch dat de aanleiding is voor deze annotatie. Het Hof 's-Hertogenbosch wijst namelijk een gefixeerde schadevergoeding toe, naar mijn weten voor het eerst in een WNT-casus. Het hof volgt daarbij de hiervoor al beschreven gedachtegang; de gefixeerde schadevergoeding vloeit *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* voort uit artikel 7:672 lid 11 BW en valt daarom onder de uitzondering uit artikel 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT.¹⁷ Het hof toetst daarbij of geen sprake is van een misbruiksituatie, maar ziet gelet op de feiten geen reden om aan te nemen dat partijen vooraf het doel hadden een gefixeerde schadevergoeding te claimen.¹⁸

Interessant aan deze casus is daarnaast dat de topfunctionaris een contractuele ontslagvergoeding was overeengekomen met de werkgever, ter hoogte van het maximum van € 75.000 bruto uit artikel 2.10 lid 1 WNT. Dit roept de vraag op hoe de gefixeerde

9. Zie bijv. Rb. Noord-Holland 22 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5483, Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304, JAR 2019/34, m.nt. Helstone en Rb. Overijssel 27 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3602.

10. Rb. Gelderland 12 mei 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2548, JAR 2021/148.

11. Rb. Overijssel 27 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3602 en Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962, JAR 2020/298, m.nt. Van Tuyl van Serooskerken.

12. Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962, JAR 2020/298, m.nt. Van Tuyl van Serooskerken, r.o. 5.16.

13. Zie in vergelijkbare zin Van Tuyl van Serooskerken in zijn noot bij Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962, JAR 2020/298, m.nt. Van Tuyl van Serooskerken.

14. Zie ook M. Faber, 'De (on)mogelijkheid om een minimale afscheidingsregeling te treffen met een topfunctionaris', TAP 2019/112.

15. E. Hagendoorn, 'Non-activiteit onder de WNT: een beoordeling van de mogelijkheden', TAP 2017/300.

16. M. Faber & E.L. Pasma, 'Non-activiteit onder de WNT: prevaleert de letter of de geest?', *ArbeidsRecht* 2017/39.

17. Hof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2603, r.o. 3.9.4.

18. Hof 's-Hertogenbosch 10 augustus 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2603, r.o. 3.11.

schadevergoeding zich verhoudt tot deze contractuele ontslagvergoeding. Het hof concludeert dat de gefixeerde schadevergoeding los staat van de contractuele ontslagvergoeding en dus bovenop de contractuele ontslagvergoeding betaald dient te worden. De topfunctionaris ontvangt in dit specifieke geval dus de contractuele ontslagvergoeding én zes maanden salaris in de vorm van een gefixeerde schadevergoeding (en overigens daarbovenop de wettelijke transitievergoeding). Dat is mijns inziens terecht. Artikel 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT bepaalt immers dat een vergoeding die *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* uit de wet voortvloeit niet kwalificeert als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband in de zin van de WNT. Dat betekent logischerwijs dat die uitkering ook in zijn geheel niet meetelt bij het maximum uit artikel 2.10 lid 1 WNT. Ik merk hier voor de volledigheid op dat de Rechtbank Oost-Brabant in eerste aanleg tot een andere conclusie kwam dan het Hof 's-Hertogenbosch. De rechtbank wees het verzoek tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding af, met als motivering dat de werkgever reeds een ontslagvergoeding ter hoogte van het maximum van € 75.000 bruto uit artikel 2.10 lid 1 WNT had betaald.¹⁹ Dit oordeel is om de hiervoor al genoemde redenen onjuist; de rechtbank gaat ten onrechte voorbij aan artikel 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT.

4. Uniforme aanpak gewenst

Het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch bevestigt meer dan ooit dat de gekozen ontslagroute relevant is voor de ontslagvergoeding die mag worden betaald aan een topfunctionaris. Dit was eerder voor diverse auteurs al reden om te pleiten voor een wijziging van de non-activiteitsregeling onder de WNT.²⁰ Ik ben het met deze auteurs eens dat de verschillende uitkomsten tussen de beschikbare ontslagroutes onder de huidige regeling ongewenst zijn. Waarom zou een topfunctionaris bij een opzegging (met instemming) een hogere vergoeding mogen ontvangen dan bij een beëindiging met wederzijds goedvinden of bij een ontbindingsprocedure?

Ik pleit er dan ook voor dat de wetgever de wettelijke mogelijkheden tot uitbetaling van een ontslagvergoeding voor alle beëindigingsroutes gelijktrekt. De wetgever kan daarbij in de kern kiezen tussen twee opties. De *eerste* optie is dat de gefixeerde schadevergoeding uit artikel 7:672 lid 11 BW wél als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband wordt aangemerkt en dus meetelt bij het maximum uit artikel 2.10 lid 1 WNT. De *tweede* optie is dat de

wetgever het mogelijk maakt om een topfunctionaris in onderling overleg vrij te stellen van werk gedurende de opzegtermijn of om deze opzegtermijn in één keer uit te betalen, zonder dat dit gevolgen heeft voor de hoogte van de ontslagvergoeding. Beide opties zijn verdedigbaar. Bij de eerste optie wordt de totale ontslagvergoeding ingeperkt, wat zich goed verhoudt tot een belangrijke doelstelling van de WNT, namelijk zuinig zijn met (semi-)publieke middelen. De tweede optie sluit beter aan bij de (niet-WNT) arbeidsrechtpraktijk. Het is zeer gebruikelijk om de contractuele opzegtermijn uit te betalen; deze opzegtermijn is niet voor niets overeengekomen. Meestal ligt het initiatief tot non-actiefstelling bovendien bij de werkgever, terwijl de topfunctionaris daar onder de huidige regeling de dupe van kan worden. De wetgever doet er goed aan om op korte termijn een keuze te maken tussen deze twee opties. Het naar aanleiding van de tweede evaluatie van de WNT aangekondigde wetsvoorstel²¹ zou hier een uitgelezen kans voor zijn.

19. Rb. Oost-Brabant 27 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:6259, r.o. 4.24.

20. Zie bijv. D. den Heeten & B.M.C. Stenden, 'Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?', TAP 2021/207 en M. Faber, 'De (on)mogelijkheid om een minimale afscheidsgeregeling te treffen met een topfunctionaris', TAP 2019/112.

21. Kamerstukken II 2021/22, 30111, nr. 127.