

WNT - De topfunctionaris en zijn ontslag Damiën Berkhout (Stibbe)

Stibbe



Inleiding

1. Essentie van de WNT regels
2. Evaluatie van de WNT regels
3. Een voorstel tot aanpak
4. De toekomst en stellingen

1. De wettelijke constructie

- Art. 1.1 WNT sub (i): definitie beëindigingsvergoeding
- Art. 1.1 WNT sub (b): definitie topfunctionaris
- Art. 1.6 (3) WNT: civielrechtelijke, normatieve werking
- Art. 2.10 (en 2.7) WNT: relatief en absoluut maximum
- Lagere regelgeving. Bijvoorbeeld:
 - Beleidsregels WNT 2016
 - Uitvoeringsregeling WNT

1. Een duidelijke keuze: beperking contractsvrijheid

- *Handelingen* TK 2011/2012, 11/2, 32600;

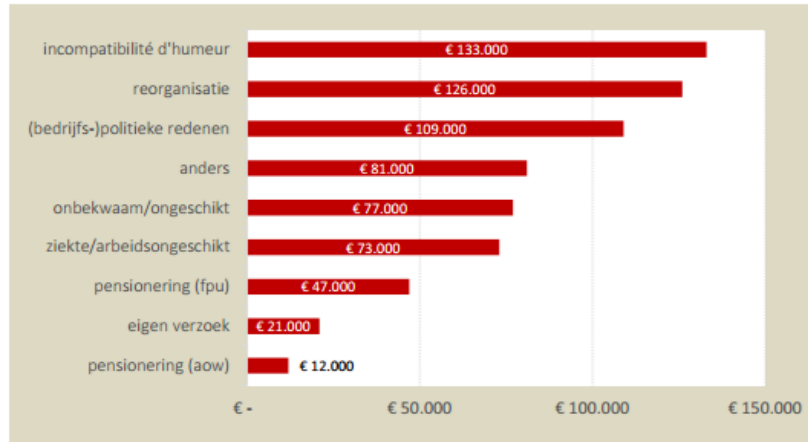
Minister **Donner:**

Ik begon juist met de opmerking dat ik dit met de Kamer deel en dat ik die inzet volstrekt begrijpelijk vind. Het is dus ook de inzet van dit wetsvoorstel. Maar op dat punt ben ik voorzichtig, juist omdat dit een wetsvoorstel of wettelijke regeling is die buiten het IJzeren Gordijn nog nooit is geprobeerd. Ik ben er beducht voor dat wij nu in

2. Evaluatie wetgever (2013 – 2014): cijfers

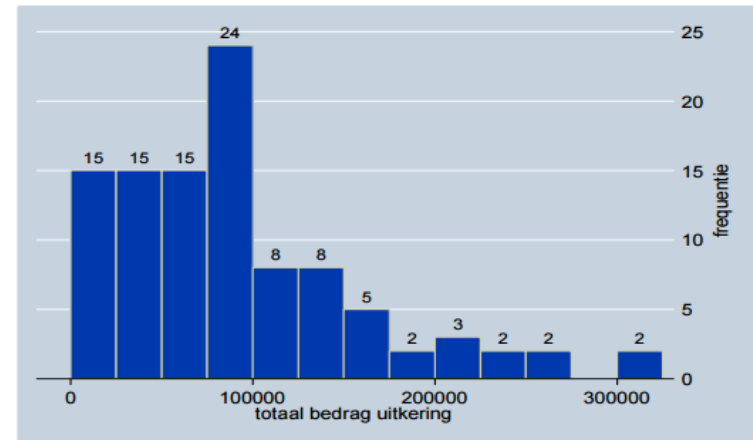
- Gemiddelde vergoeding: € 94.000,-
- Veel “overgangsrechtelijke” situaties

Figuur 2.4 Gemiddelde uitkering topfunctionaris naar reden beëindiging



Bron: Enquête SEO Economisch Onderzoek (september 2015). Aantal waarnemingen is 102.

Figuur 2.2 Verdeling uitkeringen (tot € 350 duizend)



Bron: Enquête SEO Economisch Onderzoek (september 2015). Aantal waarnemingen is 102, 1 hiervan is hoger dan € 350 duizend en niet opgenomen in de figuur.

2. Evaluatie wetgever (2013 – 2014): rechtspraak

- 16 uitspraken, 9 keer hoger dan WNT norm
- De juridische toets: (i) rechter is vrij, (ii) maar reflexwerking, (iii) “tenzij”
 - Harde reflexwerking: WNT maximumnorm als uitgangspunt
 - Zachte reflexwerking: bij afwijking nog steeds matiging van de vergoeding
- De “tenzij” = een onbillijke situatie, ex art. 7:611 BW (goed werkgeverschap)
- Ook wel: een “evident onbillijke uitkomst”.
 - Rechtbank Noord-Holland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:6082.

2. Evaluatie: recente rechtspraak (2015 – 2016)

Aantal uitspraken	Topfunctionaris?		Vergoeding?		WNT maximum toegepast?		Meer/minder/gelijk/onduidelijk of er meer wordt voldaan dan EUR 75.000			
	wel	geen	wel	geen	Ja	Nee	Minder	Gelijk	Meer	?
11	8	3	10	1	6	5	0	4	6	1

- Maatstaf is hetzelfde: “(i) vrij, (ii) reflexwerking, (iii) tenzij”
- Maar: wijziging van het wettelijk kader (Wet werk en zekerheid, “WWZ”), dus wijziging van de contractvrijheid van partijen?
- Bovendien: de WNT gaat weer wijzigen

2. Evaluatie: de praktische realiteit

- De WNT heeft een dwingende, normatieve werking
 - Partijen verlangen naar duidelijkheid: strikte uitleg biedt duidelijkheid
 - Niet-financiële overwegingen spelen een grote rol (reputatie, media, etc.)
 - Risico ligt ook bij de topfunctionaris, en die is daardoor voorzichtiger
 - De accountant speelt in de praktijk een belangrijke rol, en die is ook voorzichtig
- Door de dwingende werking, worden analytische stappen overgeslagen
- Voorstel:
 - Hanteer het duidelijke uitgangspunt, maar stel wel (in elk geval) 6 controlevragen
 - Telkens: (i) wat is feitelijk de situatie, (ii) strookt dit met de *telos* van de wet?

3. Voorstel tot aanpak: uitgangspunt

- Uitgangspunt voor & achterkant: het maximum beperkt de contractsvrijheid
- Voorkant: “creatieve” afspraken kwalificeren in beginsel als een nietige afspraak
- Achterkant: is een vaststellingsovereenkomst mogelijk?
 - Rechtbank Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3211. Poging om af te wijken van de WNT is in strijd met de openbare orde en kan dus niet
 - Rechtbank Midden-Nederland 17 juni 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:3347: transitievergoeding kun je vastleggen.
- Maar: klopt deze rechtspraak wel?

3. Vraag I: is hij/zij een topfunctionaris?

- Feitelijke, materiele toets: wezen gaat voor de schijn
 - Complicatie: binnen een rechtspersoon kan een onderdeel worden afgezonderd, rechtbank Midden-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2423
- De gewezen topfunctionaris
 - Artikel 6 Beleidsregels 2016
 - Daarbij is ook van belang: de (kenbare) bedoeling van partijen. Rechtbank Midden-Nederland, 23 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5141
- Evaluatiewet: gewezen topfunctionaris verdwijnt

3. Vraag II: toerekening van werkzaamheden?

- Een persoon kan bij verschillende instellingen werken (meer dan fte= 1)
- Evaluatiewet: toerekening wordt lastiger
 - Belangrijke uitbreiding van definitie “gelieerde” instelling: werkt voortaan ook naar boven en opzij.
 - Anticumulatie bij meerdere bestuurdersfunctie bij meerdere (niet gelieerde) instellingen
- Niet gelieerd rechtspersoon, geen WNT instelling? Vrije markt voor die deeltijdfactor

3. Vraag III: een eenzijdige vrijstelling van werk?

- Artikel 2.10 (3) WNT
 - Wel in mindering brengen op de vergoeding ex art. 1.1 (i) WNT
 - Niet in minder brengen op de transitievergoeding,
 - Rb. Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672 (*JAR* 2016/170)
- Evaluatiewet: alleen “algemene bepalingen” in cao (of vergelijkbaar vehikel) of wettelijk voorschrift (art. 10 Beleidsregels WNT 2016).
- Dogmatisch juiste visie: verschil tussen eenzijdige vrijstelling en vrijstelling op basis van/na overeenstemming
 - Art. 7:628 BW; HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91; noot Helstone (*JAR* 2016/170), Verburg (*ArA* 2013/1) en Rb Rotterdam 25 oktober 2013 (*JAR* 2013/293)

3. Vraag IV: wat voor vergoedingen zijn er?

- Valt de vergoeding onder artikel 1.1 (i) WNT?
 - Is de uitkering mogelijk naast de bezoldiging? Ja? Dan ook naast 2.10 WNT.
 - Rb. Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672 (JAR 2016/170)
 - Reële kosten rechtsbijstand, outplacement, vergoeding pensioenkosten? Let wel: rechter laat het in het midden of het zo is!
- Valt het onder één van de uitzonderingen van artikel 1.1 (i) WNT?
 - Wettelijk voorschrift
 - De AVV cao
- Transitievergoeding: valt onder de uitzondering van een “wettelijk voorschrift”
 - Rb. Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672 (JAR 2016/170); Rb. Midden-Nederland, 17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3347 (JAR 2016/176).

Artikel 1.1 sub (i) uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband

Huidige wettekst:

de som van uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband, met uitzondering van uitkeringen die voortvloeien uit een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst of een wettelijk voorschrift;

Evaluatiewet (voorstel):

de som van de uitkeringen bij beëindiging van een dienstverband en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van een dienstverband, met uitzondering van uitkeringen die voortvloeien uit een algemene bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst, een van toepassing zijnde collectieve regeling in verband met reorganisatie of fusie die is overeengekomen met verenigingen van werknemers of ambtenaren die bevoegd zijn afspraken te maken over arbeidsvoorwaarden, of een wettelijk voorschrift.

3. Vraag V: is samenloop mogelijk?

- Hoe om te gaan met samenloop tussen verschillende normen?
- De wetgever worstelt nog. Evaluatiewet, concept MvT, p. 5:
 - “*dat het daarnaast wenselijk is voorstellen voor te bereiden om in een later stadium tot aanpassing te komen van het stelsel van normering van ontslagvergoeding op grond van de WNT om samenloop met de regulering van de transitievergoeding in het BW zoals deze per 1 juli 2015 van kracht is geworden, te reguleren.”*
- Steun voor cumulatie: CRvB 29 juni 2015 ECLI:NL:CRVB:2015:1924, en in de literatuur Benbrahim, *Arbeidsrecht* 2016/6.
- Cumulatie kan niet volgens de Rb. Amsterdam, 17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3347 (*JAR* 2016/176)

3. Vraag VI: toch maar de route naar de rechter?

- Het “veiligheidsventiel” is er en blijft er. *Kamerstukken II 2010-2011, 32600, nr. 3, blz. 6:*
 - “*eventuele onrechtmatigheid van het ontslag en de vergoeding van de door die onrechtmatigheid te lijden schade kan worden voorgelegd aan de rechter*”,
- De strenge norm van de rechter in WNT kader sluit in feite aan bij de (strengere) norm voor “billijke vergoeding” onder de WWZ
- In essentie is nodig: (ernstig) verwijtbaar gedrag of omstandigheden die zodanig zijn dat het (evident) onbillijk is indien de WNT norm wordt gehandhaafd

4. Over de toekomst: het ijzeren gordijn daalt?

- Evaluatiewet (nog in concept fase)
 - Nieuwe definitie “topfunctionaris”: Aanscherping personele reikwijdte
 - Meer “collectieve” contractsvrijheid: cao en sociaal plan
 - Aanpassing non-activiteitsbepaling (2.10 (3) WNT)
 - Uitsluiting van “sluiproutes”: uitbreiding definitie “gelieerde” instelling, voortaan ook naar boven en opzij (holdingstructuur)
 - Anticumulatie bij meerdere bestuursfuncties
 - Algemene “antimisbruikbepaling” (artikel 1.6b)
- WNT 3 (nog in concept fase)
 - Essentie: uitbreiding WNT naar personen met fictieve/echte dienstbetrekking
 - Geen normering beëindigingsvergoeding voor de niet-topfunctionaris

4. Een aantal stellingen

- De transitievergoeding dient ook het WNT maximum te zijn (i.e.: 76.000 of maximaal 1 jaarsalaris)
- In de rechtspraak wordt de juiste toets aangelegd (louter bij evident onbillijke situaties maakt de rechter gebruik van de escape van art. 1.6 WNT)
- Het concept van de “gewezen functionaris” moet worden behouden, want de materiële, feitelijke toets die nu geldt werkt voldoende
- Het maximum van art. 2.10 WNT is in strijd met het recht op collectief onderhandelen



Bedankt

Stibbe

Stibbe.com