Lenstra, Catrien M

Van: Lenstra, Catrien M
Verzonden: dinsdag 25 juni 2019 14:06
Aan: Teesink, Peter
CC: 10.2.e @amsterdam.nl)
Onderwerp: FW: AvG; versie 25/6/2019

Beste Peter,

Hierbij het advies van de advocaat (ik meen zo ongeveer de 18e versie in twee dagen), ter bespreking zometeen.

Groet,

Catrien

Catrien Lenstra
Directeur Juridische Zaken / Waarnemend directeur Bestuursadvisering en Strategie
Bestuur en Organisatie

Gemeente Amsterdam

Van: 10.2.e @nautadutilh.com]
Verzonden: dinsdag 25 juni 2019 13:57
Aan: Lenstra, Catrien M; 10.2.e
CC: 10.2.e
Onderwerp: RE: AvG; versie 25/6/2019

Beste Catrien,

Ten vervolge op mijn telefoongesprek van vrijdag jl. hierover met 10.2.e bericht ik je als volgt over de WNT-aspecten van de vertrekregeling van AvG.

Non-activiteit als onderdeel van de uitkering wegens beëindiging dienstverband

Op grond van de WNT (artikel 2.10 lid 1) mag met topfunctionarissen geen vertrekvergoeding (een "uitkering wegens beëindiging van het dienstverband") worden overeengekomen die hoger is dan EUR 75.000. Op grond van artikel 2.10 lid 3 WNT wordt ook de bezoldiging over een periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult - een periode van non-activiteit - hierbij in aanmerking genomen. Het doorbetaalde salaris over de periode van non-activiteit moet worden opgeteld bij een overeengekomen vertrekvergoeding.

Met AvG is afgesproken dat hij, na zijn terugtreden als GS, van 1 juli t/m 31 december 2018 door de gemeente zou worden ingezet voor andere passende tijdelijke werkzaamheden, primair aan te dragen door de gemeente. Ook zou hij in deze periode nog openstaand verlof opnemen. Over het voorgaande heb ik, voorafgaand aan de totstandkoming van de afspraken, aan de Gemeente advies uit gebracht.

Naar ik begrijp heeft AvG in de periode juli-december zijn verlofsaldo opgenomen, dit is echter niet (volledig) sluitend geregistreerd. In de periode september-december is hij voor 24 uur per week gedetacheerd geweest bij de Metropoolregio Rotterdam-Den Haag. Daarnaast zou AvG advies- en coachingswerkzaamheden voor de Gemeente uitvoeren. De gewerkte uren zijn door de gemeente niet geregistreerd. Uit de door AvG zelf bijgehouden urenoverzicht kan worden afgeleid dat hij een beperkt deel van deze aanvullende werkzaamheden voor de gemeente uiteindelijk niet heeft uitgevoerd (wegens het onvoldoende voorhanden zijn van passende opdrachten). Vraag is vervolgens of dit kwalificeert als non activiteit in de zin van art. 2.10 lid 3 met de gevolgen van dien.

Uitzonderingen op de regel

Er zijn enkele specifieke situaties waarvan door de wetgever of rechter is bepaald dat een periode van non-activiteit tot de einddatum *niet* meetelt voor de optelsom beëindigingsvergoeding onder de WNT. Dat is het geval wanneer de topfunctionaris vakantiedagen opneemt, arbeidsongeschikt is of wanneer het, kort gezegd, een onvrijwillige periode van non activiteit betreft (schorsing).

Buiten die gevallen is de ruimte voor uitzonderingen beperkt. Enige marge kan worden bepleit aan de hand van lagere rechtspraak en literatuur waaruit volgt dat 2.10 lid 3 moet worden toegepast, minder naar de letter (iedere feitelijke non activiteit altijd verrekenen) dan naar de geest (het gaat om een anti misbruik bepaling; als evident is dat niet is beoogd de wet te omzeilen dan niet verrekenen).
Goed voorbeeld van deze toepassing is de uitspraak van de kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam van 21 januari 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:891). In deze zaak stond een situatie centraal waarin partijen in een vaststellingsovereenkomst waren overeengekomen dat een (voormalig) directeur van een semipublieke instelling tot het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaamheden zou verrichten in een lager ingeschaalde functie, waarbij haar oude arbeidsvoorwaarden werden gehandhaafd. De kantonrechter overweegt hierop dat het hier de periode van de opzegtermijn betreft, dat er geen periode van non-activiteit is overeengekomen, en dat er geen sprake is van het ophouden van het vervullen van taken met behoud van loon. En, in aanvulling daarop: "*Evenmin is sprake van een dusdanig veel lagere functie of zulke beperkte werkzaamheden, dat aanleiding bestaat om te veronderstellen dat partijen trachten het verbod van artikel 2.10 lid 3 WNT te omzeilen*".
10.2.g en 11.1 [redacted]

Ik herhaal dat bedoelde benadering vooralsnog echter alleen in lagere (civielrechtelijke) rechtspraak is terug te vinden. Onzeker is of deze visie gevolgd gaat worden door de verantwoordelijke WNT-toezichthouder.

Toezicht naleving WNT

WNT-instellingen zijn verplicht hun WNT-gegevens in hun jaarrekening te verantwoorden. Accountants controleren de WNT-verantwoording en zijn verplicht eventuele overtredingen te melden. Ook burgers die een mogelijke overtreding op de WNT signaleren, kunnen dit melden. De verantwoordelijke WNT-toezichthouder behandelt de meldingen en ziet toe op de naleving van de wet. De Eenheid toezicht WNT is door de Minister van BZK belast met het toezicht op de naleving van de WNT.

Onze ervaring is dat de Eenheid toezicht WNT, wanneer zij - mogelijk naar aanleiding van een melding - onderzoek besluit te doen, contact opneemt met de betreffende instelling of rechtspersoon. Hierbij kan om nadere informatie of een toelichting worden gevraagd. Op basis van de op dat moment beschikbare informatie, komt de Eenheid vervolgens tot een voorlopig oordeel. Betrokken partijen wordt de mogelijkheid geboden om hun zienswijze op dit voorlopig oordeel in te dienen. Hierop volgt een definitief oordeel.

Het definitief oordeel bevat een rechtsoordeel over de vraag of er sprake is geweest van handelen in strijd van de WNT. Als dit het geval is, kan een handhavingstraject worden gestart. De Eenheid toezicht WNT kan een last onder dwangsom aan partijen opleggen. 10.2.g en 11.1 [redacted]
De betrokken partijen worden er in het definitief oordeel op gewezen dat er sprake is van een overtreding van de WNT en dat daarop actie ondernomen dient te worden. In het geval dit oordeel zou luiden dat de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband het maximum van EUR 75.000 heeft overschreden, zou dit tot de conclusie leiden dat er sprake is geweest van een onverschuldigde betaling. De gemeente zou dan worden aangespoord om dit bedrag van VG terug te vorderen. Mocht dit niet worden opgevolgd, dan heeft de Eenheid de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen. Hiervan zal mededeling worden gedaan in de Staatscourant. Wanneer de opgelegde last alsnog niet wordt uitgevoerd, zal de Minister de in last vermelde onverschuldigde betalingen zelf kunnen opeisen van de topfunctionaris.

Toetsing Eenheid toezicht WNT versus rechtspraak

In de literatuur wordt wel opgemerkt dat de betreffende toezichthoudende organen (en ook accountants) de vraag of er sprake is van een overtreding van de WNT eerder te streng dan te terughoudend toetsen. Het is dus niet zeker of de Eenheid toezicht WNT zal meegaan in de hiervoor weergegeven, op lagere (civiele) rechtspraak gebaseerde argumentatie, waarin ook het ontbreken van een bedoeling om de WNT te omzeilen een belangrijke rol speelt. Het is denkbaar dat de Eenheid een meer strikte, objectieve benadering zal kiezen, waarbij zij maatgevend acht of en zo ja, in hoeverre er *feitelijk* sprake is geweest van (dagen van) non-activiteit.

10.2.g en 11.1 [redacted]

10.2.g en 11.1 [redacted]

Conclusie

De wethouder zou richting raadscommissie gezien het voorgaande de volgende samenvattende conclusie kunnen melden.
De met AvG gesloten overeenkomst bevat geen grondslag voor een (gedeeltelijke) terugvordering van de vergoeding. Verder geldt dat de Gemeente zich op het standpunt heeft gesteld dat de gemaakte afspraken in lijn zijn met het bepaalde in de WNT. Zij heeft daarvoor goede onder meer aan de rechtspraak ontleende argumenten. Het ontbreken van een sluitende tijdsregistratie waar de gemeente de verantwoordelijkheid voor draagt is ongelukkig, maar betekent niet dat is gehandeld in strijd met de wet.

Ik hoop met het voorgaande jullie vragen te hebben beantwoord. Voor verder overleg weet je mij beschikbaar.

Met vriendelijke groet,

10.2.e [redacted] (advocaat)
NautaDutilh N.V.
Advocaten Notarissen Belastingadviseurs
Lawyers Civil law notaries Tax advisers

Postal Address: P.O. Box 7113, 1007 JC Amsterdam, The Netherlands
Visiting Address: Beethovenstraat 400, 1082 PR Amsterdam, The Netherlands

Direct tel: 10.2.e [redacted]
Direct fax: 10.2.e [redacted]
10.2.e [redacted]@nautadutilh.com
www.nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.
Advocaten Notarissen Belastingadviseurs
Lawyers Civil law notaries Tax advisers

Beethovenstraat 400, 1082 PR Amsterdam, the Netherlands
P.O. Box 7113, 1007 JC Amsterdam, the Netherlands.
www.nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.; corporate seat Rotterdam; trade register no. 24338323; further information available at www.nautadutilh.com/info. This e-mail, including attachments, is confidential and may be subject to professional privilege. It may not be used, disclosed, copied, distributed or retained by anyone other than the intended addressee. If you have received this e-mail by mistake, please notify us immediately and return it to us without retaining a copy. Electronic communications are not secure and may be intercepted, manipulated, infected, delayed or misdirected, e.g. by viruses and spam filters. NautaDutilh N.V. is not liable on any legal ground for damage resulting from any such event.
All legal relationships are subject to NautaDutilh N.V.'s general terms and conditions (see www.nautadutilh.com/terms), which include a limitation of liability clause, have been filed with the Rotterdam District Court and will be provided free of charge upon request. Dutch law is applicable and disputes shall be submitted exclusively to the Amsterdam District Court. For information concerning the processing of your personal data we refer to our privacy policy: www.nautadutilh.com/privacy.

Please consider the environment before printing this e-mail.