

# Wnt: tot hier en verder

prof. mr. B. Barentsen en mr. E.L.H. van der Vos<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Topinkomens zijn geen rustig bezit. Na de financiële crisis van 2007 ligt het inkomen van veelverdieners onder een vergrootglas, zeker wanneer het om bankiers of om de publieke sector gaat. Salarissen, bonussen en gouden handdrukken voor hogere managers staan garant voor ophef en rumoer. In de media en het publieke debat overheerst het beeld van schaamteloze zelfverrijking, en dan vaak ook nog op kosten van de belastingbetaler. De publieke opinie was – en is nog steeds – bepaald niet mals. Topinkomens zijn ook vaak onderwerp van Kamervragen, in 2016 tegen de 50.<sup>2</sup>

Gegeven dit klimaat, konden maatregelen haast niet uitblijven. Een van die ingrepen in beloningen is de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet normering topinkomens (Wnt).<sup>3</sup> Deze wet sluit overigens aan op een al veel langer lopende discussie over passende beloning voor publieke functionarissen. De Commissie-Dijkstal heeft vanaf 2002 verschillende adviezen uitgebracht over de beloning van topfunctionarissen.<sup>4</sup> De in 2006 in werking getreden Wopt verplichtte publieke instellingen tot openbaarmaking van de bezoldiging van het hogere kader.

De uiteindelijke Wnt van 2013 is, ondanks de stemming in den lande en de eerdere maatregelen, toch bijzonder te noemen. Het is de eerste Nederlandse wet in formele zin die een bovengrens stelt aan de beloning van publieke functionarissen en daarmee strijdige individuele afspraken ongeldig verklaart. Ook de Wnt is bepaald geen rustig bezit gebleken.<sup>5</sup>

In de vijf jaar van zijn bestaan is de Wnt meermaals ingrijpend aangepast, laatstelijk met de op 1 juli 2017 in werking getreden Evaluatiewet Wnt. De Evaluatiewet volgt op de wetsevaluatie over de eerste twee jaren Wnt. Kort gezegd volgt daaruit dat de Wnt effectief is in het beperken van beloningen, maar ook dat het soms lastig en kostbaar kan zijn om de wet goed uit te voeren. Zeker voor kleinere instellingen. Ook voor accountants, die in de handhaving een belangrijke rol hebben, is de Wnt lastig, omdat zij met lastige juridische begrippen worden geconfronteerd.<sup>6</sup>

In dit artikel staan twee onderdelen van de Evaluatiewet centraal: de afschaffing van het bonusverbod voor de publieke sector (par.4) en de vergroting van de ruimte om bij cao en vergelijkbare collectieve regelingen van de Wnt af te wijken (par. 5).

Voor een beter begrip van deze onderdelen van de Evaluatiewet schetsen we eerst het – neutraal gezegd – rijke pakket aan wetgevende maatregelen dat al sinds 1 januari 2013 is gevolgd op de invoering van de Wnt (par. 2). Daarna gaan we in op de hoofdlijnen van de Wnt: wat houdt de wet in en voor wie geldt zij (par. 3).

1. Barend Barentsen is hoogleraar Sociaal Recht en bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen bij de overheid aan de Universiteit Leiden en Emma van der Vos is promovenda bij de afdeling sociaal recht van de Universiteit Leiden en research associate bij Stibbe.
2. Bijvoorbeeld *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 2624. De vragen betreffen meestal topfunctionarissen die blijken op grond van het overgangsrecht hoger beloond te mogen worden, of functionarissen die niet onder de Wnt vallen (zoals de president-directeur van de NS).
3. Destijds nog genaamd Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Stb. 2012, 582), per 1 juli 2017 aansluitend op het getestigde spraakgebruik ook officieel omgedoopt tot Wet normering topinkomens (Zie Evaluatiewet Wnt art. I, onderdeel AM, Stb. 2017, 151.)
4. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, onder 2.
5. Zie voor literatuur over de Wnt: M. Faber en E.L. Pasma, 'Non-activiteit onder de WNT: prevaleert de letter of de geest?', *ArbeidsRecht* 2017/39, H.E. Meerman en D. Schuurman, 'Vier jaar WNT, wat leverde het op?',

6. *ArbeidsRecht* 2017/12, M. van Winden-Spaans, 'Samenloop WNT en WWZ: licht in de duisternis?', *TAO* 2016, nr. 4, p. 135-140, M. van den Brekel, 'De WNT: onzekerheid over ontslagvergoeding topfunctionarissen (2)', *TAR* 2016/161, M. van den Brekel, 'De WNT: onzekerheid over ontslagvergoeding topfunctionarissen (1)', *TAR* 2016/142, A.E. Wallast, 'De WNT: de topfunctionaris en zijn ontslagvergoeding', *TAP* 2016/363, M. Benbrahim, 'Samenloop van vergoedingsregels in de WWZ, de WNT en de Wft', *ArbeidsRecht* 2016/6, J.G.F.M. Hoffmans, 'Actualiteiten rondom de WNT', *TAR* 2015, afl. 12, H. Uhlenbroek, 'De WNT aangepast', *Arbeidsrecht* 2014/46S.A. Durve, 'Eén jaar Wet normering topinkomens (WNT) in de praktijk', *Arbeidsrecht* 2014/18, W. Brussee, 'Ontslagvergoeding onderwijsbestuurder aan banden', *School en Wet*, September 2013, p. 4-9, J.M. van Slooten, 'Excessieve loonbestrijding: heiligt het doel de middelen', *TAO* 2013, nr. 2 p. 41-42, C.W.P. van Ommeren en D.W.J.M. Kemperink, 'Bestuurders en beloning - de stand van zaken', *ArbeidsRecht* 2013/29, P.A. Charbon, 'De WNT en de (overeengekomen) ontslagvergoeding; de eerste bevindingen', *ArbeidsRecht* 2013/27, L.G. Verburg, 'De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT): (in) werking', *ArA* 2013, p. 3.
6. Wnt jaarrapportage 2013-2015, te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34366, nr. 1.

## 2. Ontwikkeling wet en overgangsrecht

Ondanks de jonge leeftijd heeft de Wnt een zeer rijke geschiedenis.<sup>7</sup> Als gezegd is de wet op 1 januari 2013 in werking getreden. In 2014 volgden al een Aanpassingswet<sup>8</sup> en een Reparatiewet.<sup>9</sup> Met terugwerkende kracht tot 1 januari 2013 brachten deze een flink aantal wijzigingen in de Wnt.

De inkt van deze veranderingswetten was nog nauwelijks droog, of in 2015 werd de zogeheten Wnt-2 ingevoerd.<sup>10</sup> Een van de belangrijkste onderdelen van Wnt-2 was de verlaging van het bezoldigingsmaximum van 130% van het ministersalaris naar 100%. In 2017 komt dat neer op een maximaal jaar-salaris van € 181.000.

In 2017 volgde dan al weer de Evaluatiewet, die naast enkele administratieve vereenvoudigingen, ook enkele belangrijke inhoudelijke veranderingen bracht die in dit artikel centraal staan. Ook staat formeel nog de Wnt-3 op stapel, waarin de werkingssfeer van de wet zou worden uitgebreid van topfunctionarissen tot alle werkenden in de (semi)publieke sector. Deze wet zou ook wel de 'anti-Matthijs wet' genoemd kunnen worden, omdat deze er onder meer voor zou zorgen dat niet alleen omroepbestuurders maar ook omroepmedewerkers, zoals TV-presentatoren, onder de Wnt zouden komen te vallen. Over de Wnt-3 heeft internetconsultatie plaatsgevonden,<sup>11</sup> maar het kabinet Rutte-II is er niet meer in geslaagd het wetsvoorstel bij het parlement in te dienen. Gegeven de sterk gewijzigde politieke verhoudingen na de Kamerverkiezingen van maart 2017, is het de vraag of invoering van de Wnt-3 (op afzienbare termijn) te verwachten valt.

Aan deze stapel van wetgeving moeten dan ook nog eens de uitvoeringsregelingen en beleidsregels worden toegevoegd, die sinds 1 januari 2013 ook al meermaals zijn aangepast. Daarbij gaat het niet alleen om technisch aanpassingen van de wijzigingen in de Wnt of indexatie van bedragen. De strengere regels interim-topfunctionarissen werden bijvoorbeeld in 2016 neergelegd in het Uitvoeringsbesluit Wnt (art. 4).

De meest recente veranderingen zijn doorgevoerd met de Evaluatiewet Wnt, die grotendeels op 1 juli 2017 in werking trad.

Hoe ingewikkeld en soms onoverzichtelijk de Wnt-regels zijn geworden door al die opeenvolgende wijzigingen, wordt aardig geïllustreerd door het overgangsrecht. Kort gezegd houdt het overgangsrecht in dat bestaande beloningsafspraken, die in strijd zijn met de Wnt, tijdelijk worden toegestaan. Daarna dienen ze stapsgewijs te worden afgebouwd.

Voor het op 1 januari 2013 ingevoerde bezoldigingsmaximum gold een overgangsperiode van 7 jaar; de eerste 4 jaar zouden hogere salarissen zonder meer geldig blijven, daarna zou er een afbouwfase van 3 jaar volgen. Het idee achter dit overgangsrecht was dat de getroffen topfunctionarissen zo een gewenningsperiode werd geboden. Deze moest ervoor zorgen dat de ingreep in bestaande afspraken geen onevenredige inbreuk op hun eigendomsrecht zou vormen.<sup>12</sup> (Voor ontslagvergoedingen geldt overigens alleen een gedoog- en geen afbouwperiode, art. 73 lid 6 Wnt.)

Dit op zichzelf heldere en begrijpelijke uitgangspunt wordt aanzienlijk schimmiger als gevolg van de al genoemde overactieve wetgever. Het beloningsmaximum werd flink verlaagd in 2015 (Wnt-2). De aanpassings- en reparatiewet zorgde, ten dele met terugwerkende kracht, voor een net iets andere uitleg van bepaalde begrippen, en bracht overigens ook wijzigingen aan in het overgangsrecht. Een ander gevolg van nieuwe en aangescherpte definities was ook dat instellingen die eerst niet alsnog onder de Wnt kwamen te vallen. Zo zijn de regels voor door de overheid gesubsidieerde instellingen met enige regelmaat bijgesteld. Een andere mogelijkheid was dat op een instelling een andere norm binnen de Wnt van toepassing werd. De precieze norm hangt bij die instellingen af van de omvang van de organisatie. Ook die regels zijn aangepast. En nog los daarvan, veranderde een aantal instellingen door fusies of reorganisaties van grootte en werd om die reden een andere beloningsnorm van toepassing.

Al met al kon in een flink aantal gevallen de vraag rijzen wat nu het startmoment van de overgangsperiode was, en vanaf wanneer er naar welk maximum moest worden afgebouwd.<sup>13</sup> De discussie wanneer een contract nog als bestaand of als nieuw moet worden gezien, waarover de wet en de Beleidsregels Wnt anders lijken te bepalen, maakt het er niet makkelijker op.<sup>14</sup>

Nog lang niet alle topfunctionarissen vallen onder het beloningsmaximum. De personen die ten tijde van de inwerkingtreding van Wnt-1 een te hoog salaris ontvingen, hoeven ten gevolge van het overgangsrecht pas vanaf dit jaar (2017) af te bouwen en in 2022 op het niveau van de minister te zijn.

## 3. Het (aangepaste) bereik van de Wnt

### 3.1. Publieke en semi-publieke sector

De Wnt is van toepassing op (semi)publieke instellingen. Dat zijn in de eerste plaats krachtens pu-

7. Zie voor een overzicht H.E. Meerman & D. Schuurman, 'Vier jaar Wnt, wat leverde het op?', *Arbeidsrecht* 2017/12, onder 2 en 3.

8. *Stb.* 2014, 235.

9. *Stb.* 2014, 446.

10. Wet verlaging bezoldigingsmaximum Wnt, *Stb.* 2014, 488.

11. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/uitbreiding-personelereikwijdteWnt/details>.

12. Vgl. *TeC Arbeidsrecht*, art. 73. Wnt, aant. 14 (Barkhuysen, Berkhout & Claessens) en E.L.H. van der Vos, 'Een kwestie van fair balance', *TRA* 2016/70, onder 4.2.

13. *TeC Arbeidsrecht*, art. 73. Wnt, aant. 1 (Barkhuysen, Berkhout & Claessens).

14. *TeC Arbeidsrecht*, art. 73. Wnt, aant. 12 (Barkhuysen, Berkhout & Claessens).

bliekrecht ingestelde rechtspersonen.<sup>15</sup> Daaronder vallen instellingen als de Staat, gemeentes en de SER. Verder is de Wnt van toepassing op privaatrechtelijke rechtspersonen die een publiek belang dienen. Dit kunnen direct aangewezen rechtspersonen zijn, die in de Bijlage van de Wnt met naam en toenaam worden genoemd: bijvoorbeeld het CITO of bureau Halt.<sup>16</sup> Ook vallen alle instellingen die meer dan 50% van hun inkomsten aan overheidssubsidies ontleen onder de Wnt. Rechtspersonen waarbij de overheid personen in het bestuur heeft benoemd of op andere wijze een overwegende invloed heeft op het beheer of beleid zijn ook Wnt-instellingen. (Wel zijn NV's en BV's en daarmee staatsbedrijven als de NS of genationaliseerde banken uitgezonderd.) Ook een privaatrechtelijke rechtspersoon die uitoefening van openbaar gezag als kerntaak heeft, bijvoorbeeld het CBR, valt onder de Wnt.

De zogeheten Dijkstal-criteria zijn leidend geweest bij het opstellen van de wettelijke lijst van publieke instellingen. Het gaat daarbij om de vraag of de instelling een wettelijke taak heeft, uit publieke middelen wordt bekostigd, een algemeen belang dient en geen concurrentie van marktpartijen ondervindt. Het is de wetgever die op basis van deze criteria een afweging heeft gemaakt om bepaalde instellingen wel of niet als publiek te definiëren. Woningcorporaties zijn het bijvoorbeeld wel, staatsdeelnemingen niet. Die keuze valt wellicht te betwisten, maar die is in beginsel voorbehouden aan de wetgever. Zorgdirecteuren zagen hun claim dat hun instellingen niet tot de publieke sector behoren stranden; de Wnt noemt ze nu eenmaal.<sup>17</sup>

Voor een deel van de Wnt-instellingen geldt een apart regime. Voor enkele sectoren geldt een afwijkende maximumbezoldiging. Die kan lager zijn (in de sector ontwikkelingsamenwerking € 168.000<sup>18</sup>). Soms wordt daarbij ook nog een staffel toegepast, waarbij de hoogte van de norm afhangt van de omvang van de instelling. Dit is onder meer gebeurd bij woningcorporaties.<sup>19</sup> Ook een hoger maximum is mogelijk. Het enige voorbeeld daarvan zijn de zorgverzekeraars, die tot € 270.000 per jaar mogen gaan, zij dat voor hen ook de Wbfo-normen kunnen gelden.<sup>20</sup>

De Evaluatiewet laat de definitie van Wnt-instellingen nagenoeg ongewijzigd. Wel worden de administratieve verplichtingen iets verlicht. Over topfunctionarissen aan wie minder dan € 1500 wordt betaald hoeven minder gegevens te worden

gepubliceerd en gemeld. Daarnaast zijn zeer kleine Wnt-instellingen vanaf 2018 ontheven van de meld- en publicatieplicht van beloningen. Het gaat daarbij vaak om organisaties waar de beloningen v er onder de Wnt-maxima liggen en voor wie de rapportageplicht relatief kostbaar is.<sup>21</sup>

### 3.2. Wie is een topfunctionaris?

De Wnt richt zich tot topfunctionarissen. Dat zijn diegenen die op het hoogste niveau belast zijn met de dagelijkse leiding van een publieke organisatie als geheel.<sup>22</sup> Een vestigingsdirecteur of afdelingshoofd valt alleen onder de Wnt als hij of zij deel uitmaakt van het bestuur van de gehele organisatie. Niet-topfunctionarissen, die op zich wel vrij hoog in de hi erarchische boom kunnen zitten, zijn dus vrij om hogere salarissen of ontslagvergoedingen af te spreken. Praktisch probleem hierbij is wel dat zij dat moeten doen met topfunctionarissen die w el met een maxima te maken hebben. 'Gunnen' zij hun ondergeschikten meer salaris dan zij zelf?

De Evaluatiewet brengt een belangrijke uitzondering in de zorgsector. Medisch specialisten worden, voor zover het om hun inkomen uit hun werkzaamheden als medicus gaat, uitgezonderd van de Wnt. Een hartchirurg die toetreedt tot het bestuur van een ziekenhuis valt wat de beloning voor zijn bestuurswerk onder de Wnt, maar het inkomen als specialist blijft buiten beschouwing. De regering achtte behoud van de bestaande praktijk wenselijk, waarin medici bestuurswerk doen en daarna weer terugkeren op de 'werkvloer' of parttime besturen. Maximering van salaris als medicus past niet bij het Zorgakkoord en zou een overstap naar een bestuursfunctie ook zeer onaantrekkelijk maken.<sup>23</sup>

Voor de overige topfunctionarissen bepaalt de wet nu uitdrukkelijk dat hun beloning voor leidinggevende werkzaamheden en eventuele overige werkzaamheden als een geheel moeten worden gezien. Het volle bedrag telt dus mee voor de Wnt.<sup>24</sup> Volgens de MvT Evaluatiewet was dit al zo. Deze wijziging is bedoeld om dat 100% duidelijk te maken.<sup>25</sup>

Een andere aanpassing is de afschaffing van het begrip gewezen topfunctionaris. Dit was in de wet opgenomen om wetsontduiking te voorkomen. Een topfunctionaris zou na aftreden een andere functie binnen de organisatie kunnen gaan vervullen ('strategisch adviseurschapje') en daarbij een fors hogere beloning en gouden handdruk kunnen bedingen. Voor gewezen topfunctionarissen gold niet direct een verbod van dit soort afspraken, maar

15. Art. 2.1. Wnt: de krachtens publiekrecht ingestelde instellingen.

16. Bijlage 1 bij art. 1.3, eerste lid, onderdeel d, Wnt.

17. Vznr. Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, JAR 2013/49 m.nt. Janssen.

18. Regeling bezoldiging topfunctionarissen OS-sector.

19. Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen toegelaten instellingen volkshuisvesting 2014, *Stcrt.* 2013, 33924, gewijzigd bij Regeling Besluit van 23 april 2017 *Stcrt.* 2017, 23427.

20. Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 7 november 2016. *Stcrt.* 2016, 60648.

21. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 2 en *Stcrt.* 2017, 23427. Art. 5b Regeling Wnt treedt op 1 januari 2018 in werking.

22. In CRvB 29 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2280, is een rector van een school als topfunctionaris aangemerkt, hoewel een deel van de beslissingen over de school was voorbehouden aan ondergeschikten.

23. *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 24-25.

24. Art. 2.1 lid 5 en 3.1 lid 6 Wnt.

25. *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 26.

wel een openbaarmakingsverplichting. Indien uiteindelijk bleek dat de nieuwe functie slechts was afgesproken ter ontduiking van de Wnt, dan kon de 'gewezen topfunctionaris' weer als 'topfunctionaris' worden aangemerkt, met alle beloningsgevolgen van dien.<sup>26</sup>

Deze wat ingewikkelde antimisbruikconstructie maakt vanaf 1 januari 2018 plaats voor een simpelere regeling. Vanaf dan omvat het begrip topfunctionaris ook personen die in de afgelopen vier jaar topfunctionaris zijn geweest. Voor hen gelden dan dezelfde regels als voor topfunctionarissen die nog in functie zijn.

#### 4. Bonussen weer bijna onbeperkt toegestaan voor de topfunctionaris

Als gevolg van de Evaluatiewet zijn bonussen sinds 1 januari 2017 weer toegestaan. De opheffing van het 'bonusverbod' maakt op bonusterrein meer mogelijk, met als belangrijke grens dat het vaste salaris tezamen met de variabele beloning niet boven het beloningsplafond mag uitstijgen.

Destijds, bij de parlementaire behandeling van de Wnt-1, stelde Kamerlid Heijnen met een amendement juist voor om de variabele beloning geheel te verbieden. De toelichting was kort maar krachtig:

*In de semipublieke sector dient volledig afgezien te worden van alle vormen van prestatiebeloningen (bonussen). Werknemers en bestuurders die werken voor de publieke zaak behoeven niet financieel geprikkeld te worden om hun best te doen voor een zo goed mogelijke (semi-)publieke dienstverlening.<sup>27</sup>*

Dit amendement is aangenomen, wel met de notie dat krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde variabele beloningen konden worden uitgezonderd. Dat is ook gebeurd voor de diensttijdgratificaties, eenmalige mobiliteitstoelagen en bindingspremies. Heijnen benadrukte dat uiterst restrictief met de uitzonderingen op het bonusverbod moest worden omgegaan.<sup>28</sup>

Het bonusverbod leidde tot uitvoeringsproblemen bij werkgevers, bleek in het Evaluatierapport Wnt.<sup>29</sup> Zo hadden De Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg en de Unie van Waterschappen aangegeven dat zij door het bonusverbod de bij cao vastgelegde beloningsystemen niet konden toepassen op topfunctionarissen. Er ontstond een ongelijke situatie tussen de topfunctionaris en de rest van het personeel. Dit was vooral problematisch bij topfunctionarissen met een betrekkelijk laag, zogezegd normaal, vast salaris. Wnt-instellingen moesten zich bij topfunc-

tionaris zonder topinkomen toch aan het bonusverbod houden.<sup>30</sup> Ook in de MvT van de Evaluatiewet is opgemerkt dat dat het bij de uitvoering van de Wnt veel inspanningen kost om bij incidentele bezoldigingscomponenten vast te stellen dat deze componenten geen verboden variabele beloningen betreffen. Deze praktische problemen gaven aanleiding tot het geheel afschaffen van het bonusverbod.<sup>31</sup>

#### 4.1. Bonusverbod in perspectief

Met de Evaluatiewet is het ooit zo principiële standpunt van Kamerlid Heijnen stilletjes naar de achtergrond verdwenen. Het standpunt over bonussen heeft plaatsgemaakt voor een pragmatische conclusie uit de Evaluatie: het bonusverbod is onpraktisch en wordt daarom ingetrokken. Dit brengt wel een risico mee. Een prikkellustige topfunctionaris zou nu mogen afspreken dat hij of zij 100%, 200% of nog meer van zijn vaste beloning prestatieafhankelijk verdient. Dit lijkt nochtans niet de bedoeling van de wetgever. Omdat er verder ook geen antimisbruikbepaling geldt, is tegen een excessieve variabele beloning weinig te doen.

Het is verleidelijk om de bonusperikelen uit de Wnt te vergelijken met die andere bonusbeperkende wetgeving. Door de opheffing van het bonusverbod is er een kloof ontstaan tussen de Wnt en de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (hierna: Wbfo), waarbij de personen werkzaam in de financiële sector hooguit 20% van het vaste loon variabel kunnen verdienen en bij staatsgesteunde financiële ondernemingen voor hoge functies<sup>32</sup> een algeheel bonusverbod geldt. Bij deze vergelijking moet men wel goed voor ogen houden dat de bonusbeperkingen in beide wetten met een ander doel zijn ontworpen. De aanleiding tot het Wbfo-bonusplafond lag in het terugdringen van de perverse prikkels die, zo is uit onderzoek gebleken, hebben bijgedragen aan het ontstaan van de kredietcrisis.<sup>33</sup> In de financiële sector kan een relatief hoge variabele beloning leiden tot het uit het oog verliezen van andere relevante belangen (zoals het klantbelang en de risico's die worden gelopen) die niet direct gekoppeld zijn aan het te bereiken doel, aldus de wetgever.<sup>34</sup> Als toelichting op de Wet bonusverbod bij staatssteun heeft het kabinet uitgesproken dat staatssteun onverenigbaar is met het uitkeren van variabele beloning aan degenen die het meest verantwoordelijk zijn voor een financiële onderneming.<sup>35</sup>

Met inachtneming van de verschillen tussen de publieke en financiële sector, stellen wij ons toch zo voor dat de menselijke gevoeligheid voor perverse

26. Art. 6 Beleidsregels Wnt 2017.

27. Kamerstukken II 2011/12, 32600, nr. 26.

28. Kamerstukken II 2011/12, 32600, nr. 34.

29. Wnt jaarrapportage II, te vinden als bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34366, nr. 1.

30. Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 3, p. 4.

31. Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 3, p. 5.

32. Het gaat om dagelijks beleidsbepalers en personen met een leidinggevende functie in de laag direct daaronder: art. 1:128 Wft.

33. Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 2 & Kamerstukken I 2014/15, 33964, nr. e, p. 2.

34. Kamerstukken I 2014/15, 33964, nr. e, p. 1.

35. Kamerstukken II 2011/12, 33058, nr. 5, p. 3.



prikkels niet direct ophoudt bij de grenzen van de financiële sector.

Een wellicht betere oplossing was geweest om variabele beloning slechts bij cao toe te staan – zeker omdat uit de Evaluatie bleek dat het ongelijke beloningsprobleem zich voordoet bij het niet kunnen toepassen van de cao. Een andere optie is om met een bonusplafond van bijvoorbeeld 20% te werken, gelijk aan die van de financiële sector. Waarom zou immers moeten worden toegestaan dat een topfunctionaris zich meer laat prikkelen door een bonus dan een bankier? Toegegeven: bij beide opties bestaat een handhavingslast die de Evaluatiewet juist beoogt in te perken.

#### 4.2. Bonuspolitiek: van principieel naar pragmatisch?

Overeenkomstig met het bonusverbod in de Wnt heeft het bonusplafond in de Wbfo ook gedeeltelijk een principiële insteek gehad. In de wetsgeschiedenis van de Wbfo wordt benadrukt dat de excessieve bonussen vertrouwensverlies in de financiële sector hebben veroorzaakt.<sup>36</sup> In plaats van aansluiten bij het al geldende Europese bonusplafond van 100% solliciteerde Nederland met het wetsvoorstel naar het strengste bonusplafond van Europa. Dit kon destijds op de bijna unanieme steun rekenen van de Tweede Kamer.<sup>37</sup> Zo stellig als de stemming toen was, is het momenteel niet meer. Op 27 juni 2017 heeft de Tweede Kamer een motie<sup>38</sup> verworpen waarbij de kamer werd verzocht zich uit te spreken tegen aanpassing van het Wbfo-bonusplafond voor de Brexit-banken. In de behandeling van de motie werd door partijen het belang van de werkgelegenheid onderstreept die de Brexit-banken bij verhuizing naar Nederland zouden kunnen creëren. Net zoals bij de Wnt lijkt de principiële insteek plaats te maken voor meer pragmatische overwegingen. Uit de Evaluatie van de Wbfo, het eerste deel te verwachten in december 2017, kunnen net zo goed praktische problemen met het bonusplafond naar voren komen. Of de Wbfo-evaluatie eveneens als de Wnt-evaluatie aanleiding geeft tot het daadwerkelijk aanpakken of ongedaan maken van het bonusplafond moet blijken.

### 5. De cao-exceptie uitgebreid

Van meet af aan was er in de Wnt voor ontslagvergoedingen een uitzondering opgenomen, voor zover deze vergoedingen voortvloeiden uit een wettelijk voorschrift of uit een algemeen verbindend verklaarde cao. Naast ontslagvergoedingen kan daarbij ook gedacht worden aan wachtgeldregelingen. Bijvoorbeeld bij rijksambtenaren en ge-

meentes kunnen deze aanvullingen op de WW zeer aanzienlijke bedragen betreffen, niet alleen bij topbestuurders overigens.

De gedachte achter deze uitzondering was dat topfunctionarissen (en vaak ook hun werkgever) de hoogte van deze voorzieningen niet zelf kunnen bepalen.<sup>39</sup> Ze zijn vastgelegd in de wet of de algemeen verbindend verklaarde cao. In zekere zin is de vraag of wettelijke of in cao's vastgelegde vergoedingen wel zijn te kwalificeren als een afspraak tussen de topfunctionaris en de Wnt-plichtige werkgever.

Deze cao-uitzondering is uitgebreid met de Evaluatiewet. De cao hoeft niet langer algemeen verbindend te zijn verklaard. Verder vallen ook andere collectieve regelingen die met een vakbond zijn overeengekomen, bijvoorbeeld sociale plannen zonder cao-status, er nu ook onder. Ook in deze gevallen heeft de topfunctionaris de hoogte van de voorzieningen bij ontslag niet in eigen hand. In de MvT wordt geconstateerd dat in een groot aantal Wnt-sectoren geen avv plaatsvindt, omdat alle werkgevers toch al gebonden zijn aan de cao. Het zou onrechtvaardig zijn de cao-uitzondering af te laten hangen van de organisatiegraad in een sector. De ratio achter de exceptie – bestuurders kennen zichzelf geen douceurtjes toe als een vakbond de afspraken maakt – gaat zowel voor normale als algemeen verbindend verklaarde cao's op.<sup>40</sup> Bovendien achtte de regering het onwenselijk dat medewerkers van dezelfde organisatie bij ontslag verschillend behandeld zouden worden, omdat de ene een topfunctionaris is, en de andere niet.<sup>41</sup>

Een belangrijke grens aan de uitzondering is dat het wel moet gaan om een 'algemene bepaling' uit een cao. Daarmee wordt eigenlijk bedoeld dat het om een bepaling uit een 'algemene' cao moet gaan. Met andere woorden: de uitzondering geldt niet voor een uitsluitend voor topfunctionarissen opgestelde cao.<sup>42</sup> Ze mogen wel meeliften op cao-afspraken die voor al het personeel gelden.

Nu komt het in verschillende sectoren voor dat er voor bestuurders aparte regelingen gelden. Zo geldt er al jarenlang een afzonderlijke cao voor schoolbestuurders in het primair onderwijs. Ontslagvoorzieningen in dergelijke cao's vallen buiten de normering als zij dezelfde inhoud hebben als die in de cao voor het overige personeel. Het in de individuele arbeidsovereenkomst of aanstelling van toepassing verklaren van een collectieve ontslagregeling levert echter geen uitzondering op. Dan zijn de ontslagvoorzieningen immers wel gebaseerd op de keuzes die de topfunctionaris en de werkgever zelf gemaakt hebben. De toepasselijkheid is niet aan hun invloedssfeer onttrokken. In de MvT wordt het voorbeeld genoemd van universiteitsbestuur-

36. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 964, nr. 3, p.5.

37. Alleen Group Bontes/Van Klaveren stemde tegen. *Kamerstukken II 2014/15*, 33964, overzicht van stemmingen in de Tweede Kamer, p. 1.

38. *Kamerstukken II 2016/17*, 21501-20, nr. 1246.

39. Deze gedachte is overigens niet expliciet verwoord in de parlementaire geschiedenis van Wnt-1, maar blijkt wel uit die van de Evaluatiewet, *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, nr. 3, p. 5-6.

40. *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, nr. 3, p. 5-6.

41. *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, nr. 3, p. 5.

42. *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, nr. 3, p. 7.

ders, die in de cao zijn uitgezonderd van de algemene ontslaguitkering, maar op wie deze regeling vervolgens wel individueel van toepassing pleegt te worden verklaard.<sup>43</sup>

De verruimde cao-exceptie roept de nodige vragen op. Is het incorporeren van een cao – inclusief de ontslagregeling – hoe dan ook een te individuele keuze, zodat de uitzondering niet geldt? Of gaat het alleen om incorporatie van cao-bepalingen die volgens de cao zelf niet voor bestuurders zijn bedoeld? Daarbij moet bedacht worden dat op veel bestuurders de cao niet zonder meer van toepassing is, omdat zij geen vakbondslid zijn. De werkgever moet hen de cao-arbeidsvoorwaarden wel aanbieden, maar zij moeten dat aanbod wél stilzwijgend of expliciet aanvaarden. In zoverre is er toch sprake van een individuele keuze, tenzij de nadruk gelegd wordt op de verplichting van een gebonden werkgever om de cao ook op ongebonden werknemers toe te passen (art. 14 Wet cao).

Een ander probleem is dat de huidige regeling miskent dat ook bestuurders-cao's, zoals die voor schooldirecteuren, echte cao's zijn die door keurig nette vakbonden worden afgesloten. Waarom zouden daarin geen riantere arbeidsvoorwaarden en ontslagvoorzieningen overeengekomen mogen worden? Het is toch heel wel denkbaar dat er voor bestuurders andere voorzieningen moeten worden getroffen om hen naar ander werk te begeleiden. De arbeidsmarktpositie en de herplaatsingsmogelijkheden van een schoolbestuurder zijn nu eenmaal anders dan die van, pakweg, een onderwijzer of een conciërge. Bij leidinggevendens ligt interne herplaatsing bijvoorbeeld aanzienlijk minder voor de hand na een arbeidsconflict.<sup>44</sup>

Een gemiste kans is ook dat niet duidelijker is gemaakt wanneer de cao-exceptie precies geldt. De Wnt spreekt van uit de wet of cao 'voortvloeiende' regelingen. Dit wordt in de Uitvoeringsregeling Wnt vervolgens (nogal vrij) vertaald als 'rechtstreeks, dwingend en eenduidig' voortvloeien uit de wet of cao. Het is in de eerste plaats de vraag of deze nadere invulling niet veel verder gaat dan de norm uit de formele wet en wel rechtsgeldig is. Weliswaar sluit zij aan bij de ratio van de cao-exceptie – het gaat om voorzieningen die aan de invloedssfeer van topfunctionaris en zijn werkgever zijn onttrokken – maar daaraan kan veel beter recht worden gedaan door deze voorwaarden expliciet in de wet vast te leggen.

Een ander punt is dat de wet niet duidelijk maakt wanneer er aan die nadere voorwaarden is voldaan. Kennelijk zijn deze bedoeld om ontduiking van maxima via open billijkheidsnormen tegen te gaan. Hoe echter te oordelen over open normen die in de rechtspraak een vaste invulling hebben gekregen, zoals de voorzieningen bij een ontslag op andere gronden van een ambtenaar? Inmiddels heeft de CRvB dergelijke jurisprudentiële aanspraken als

voldoende vast erkend.<sup>45</sup> Al was het maar omdat accountants, die veelal niet geveerd zullen zijn in alle ins en outs van de arbeidsrechtelijke laat staan ambtenarenrechtelijke jurisprudentie, moeten toezien op naleving van de Wnt, is verduidelijking van de Wnt op dit punt wenselijk. In dat kader had ook geregeld kunnen worden wat nog een redelijk percentage is waartegen toekomstige aanspraken op wachtgeld en dergelijke kunnen worden afgekocht. Eigenlijk moet ook nog worden geregeld dat afkoop überhaupt is toegestaan.<sup>46</sup>

Een volgend probleem is nog de verhouding tussen de maximering van ontslagvergoedingen in de Wnt en de wettelijke transitievergoeding.<sup>47</sup> Telt die nu wel mee bij de berekening van die maximale vergoeding, of ziet de Wnt slechts op hetgeen partijen afspreken 'bovenop' de transitievergoeding? De wettekst is op het eerste gezicht helder: de transitievergoeding vloeit voort uit de wet. Rechtstreeks, dwingend en eenduidig zelfs. Toch worstelen de rechtspraak en de literatuur met de vraag of het wel de bedoeling is dat topfunctionarissen van zowel het wettelijke als het contractuele walletje zouden mogen eten.<sup>48</sup> Toen de Wnt en de cao-exceptie werden ingevoerd, was er immers nog geen sprake van een vaste wettelijke ontslagvergoeding voor werknemers. Dat was reden voor de Amsterdamse kantonrechter om een 'dubbele' ontslagvergoeding niet toelaatbaar te achten.<sup>49</sup> Volgens de MvT is de kwestie te ingewikkeld om bij de Evaluatiewet te regelen, wat een toch wat mager excuus is.<sup>50</sup> Op de informatiewebsite van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 'www.topinkomens.nl' staat dan wel bij een q&a dat de transitievergoeding uitgezonderd is van de Wnt-normering,<sup>51</sup> maar dat legt weinig gewicht in de schaal. Achteraf, dat wil zeggen na inwerkingtreding van de wet door de regering gegeven toelichting, is niet bindend bij de interpretatie van de betekenis van die wet.<sup>52</sup> Bovendien is een mededeling op een voorlichtingswebsite hoe dan ook onvoldoende om vergaande conclusies op te baseren.<sup>53</sup>

45. CRvB 29 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1924, TAR 2015/120.

46. Vgl. *T&C Arbeidsrecht*, art. 2.10. Wnt, aant. 2 (Barkhuysen, Berkhout & Claessens).

47. Zie *Meerman & Schuurman* 2017, onder 5.4.

48. Zie bijv. M. Benbrahim, 'Samenloop van vergoedingsregels in de WWZ, de WNT en de Wft', *ArbeidsRecht* 2016/6 & M. van Winden-Spaans, 'Samenloop WNT en WWZ: licht in de duisternis?', *TAO* 2016, nr. 4, p. 135-140.

49. Ktr. Amsterdam 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672, *JAR* 2016/170 m.nt. Helstone.

50. *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 6.

51. <https://www.topinkomens.nl/documenten/vragen-en-antwoorden/wordt-een-transitievergoeding-op-grond-van-boek-7-van-het-burgerlijk-wetboek-bw-als-uitkering-wegens-beeindiging-van-het-dienstverband-als-bedoeld-in-artikel-1.1-onder-i-van-de-wnt-beschouwd>.

52. Zie analogo HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412 (r.o. 3.6.3).

53. Zie anders C. Vernooij & B. Voermans 'Wnt en Wwz bijten elkaar niet', *TvO* 2017, afl. 1, p. 9-13.

43. *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 7.

44. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, *JAR* 2016/74 m.nt. Helstone.

## 6. Tot besluit

Topinkomens leiden tot veel ophef en rumoer, ook in het juridische debat. De Evaluatiewet zal dat debat allerminst doen verstommen. Deze wet bevat zeker een aantal positieve elementen, die de toepassing en uitleg van de Wnt iets makkelijker maken. De afschaffing van het bonusverbod roept echter de vraag op of de wetgever de gevolgen van de wetswijziging goed overziet. Dat cao-afspraken niet alleen bij avv buiten schot blijven is een goede zaak. De cao-exceptie roept echter de nodige nieuwe praktische vragen op: wanneer is een cao-bepaling algemeen genoeg? Wanneer ligt die vergoeding voldoende dwingend vast in de cao? Veel problemen, ook die in de evaluatie van de Wnt naar voren kwamen, blijven echter onopgelost in de Evaluatiewet. Al met al sluit de Evaluatiewet aan bij haar vele voorgangers: haastige incidentwetgeving waar niet altijd even goed over lijkt te zijn nagedacht en die de praktijk opzadelt met lastige interpretatievragen. We willen er niet voor pleiten eigenlijk, maar de gedachte aan een reparatie-evaluatiewet dringt zich op.