

ANNOTATIE

Tobben over topinkomens

R.M. Beltzer

1. Inleiding

Het kan niemand ontgaan zijn: de inkomens van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector vormen al enkele jaren voer voor discussie. Wie behoefte heeft ten aanzien van dit onderwerp de stem des volks te vernemen, kan zijn hart ophalen: in de fora op internet buitelt men bijkans over elkaar heen in de drift zijn (meestal matig onderbouwde) opvatting te spuien. De volkswoede die men daarbij opmerkt past in een tijd waarin in het bijzonder de overheid het moet ontgelden, waarschijnlijk deels door afbraak en privatisering van allerlei voorheen publiek uitgevoerde en gefinancierde voorzieningen. De sinds 2006 geldende Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wotp) heeft als katalysator voor deze onvrede gewerkt: voortaan kon iedereen nagaan welke bedragen aan loon in de publieke en semipublieke sector omgaan. De laatste loot aan de stam van de regulering van deze topinkomens is de op 1 januari jl. in werking getreden Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT). Op basis van deze wet zijn, kort gezegd, topfunctionarissen in de (semi)publieke sector gebonden aan een gemaximeerd loon, 130% van de zogenoemde Balkenendenorm.

De beslissing van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ook zorginstellingen onder het strengste regime van deze wet te laten brengen, zette kwaad bloed bij de NVZD, de vereniging van bestuurders in de zorg. Zij spande een kort geding aan tegen de Staat. Op 11 januari deed de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag uitspraak. Kern van het oordeel van de voorzieningenrechter is dat de wetgever de vrijheid heeft te beslissen zoals hij heeft beslist. Op de uitspraak zal ik hierna ingaan. Ook zie ik de verhouding van de WNT tot enkele andere (arbeidsrechtelijke) leerstukken. Voor een goed begrip – de materie zal voor de lezer geen dagelijkse praktijk zijn – is het echter eerst nuttig de achtergrond bij en de inhoud van de wet zelf te bepreken.

2. De WNT als (voorlopig) sluitstuk

Naar aanleiding van hoge lonen in de marktsector, vooral sinds de jaren negentig, liet minister De Vries van Binnenlandse Zaken in 2002 onderzoek doen naar de topsalarissen in de publieke sector. Conclusie was dat de ambtelijke top belangrijk achterliep op de arbeidsvoorwaardenontwikkeling in de marktsector. De Commissie Dijkstal kreeg de opdracht hierover advies uit te brengen. Dat zijn uiteindelijk zeven adviezen geworden. Zij zijn in de

loop der tijd ook van karakter veranderd. De nadruk is verschoven van advisering om de lonen in de ambtelijke top marktconformer te maken naar het inperken van beloningen van topfunctionarissen in de (semi)publieke sfeer. De voor deze zaak belangrijkste betreffen het vierde advies en het vijfde advies. In het vierde (uit 2006) werd bepaald dat bij privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen de salarissen niet hoger mogen zijn dan het ministersalaris. Het vijfde advies, 'Normeren en Waarderen' uit 2007 bepaalde dat een dergelijke maximering bij wet moest worden geregeld. Dat is met de WNT gerealiseerd. De wet biedt een aantal criteria. Voor deze zaak is van belang dat de WNT van toepassing is in de situatie dat de bekostiging van de organisatie waarin de topfunctionaris werkzaam is uit publieke middelen plaatsvindt of deze organisatie een publiek belang dient (zie art. 1.4 WNT). Uiteraard kan men hierover twisten. Na een uitgebreide discussie zijn zorginstellingen, door middel van opname in een bijlage bij de wet, expliciet als zodanige instellingen bestempeld. Dat maakt de wet *a priori* op hen van toepassing (uitzonderingen zijn mogelijk). Binnen de wet gelden enkele regimes. Het eerste betreft een maximale bezoldigingsnorm *tout court*, het tweede een sectorale bezoldigingsnorm voor aangewezen semipublieke instellingen die verder van de publieke sector afstaan (overeen te komen tussen de minister en de sector) en het derde bevat slechts een openbaarmakingsplicht voor specifiek aangewezen semipublieke instellingen. Uiteindelijk zijn zorginstellingen onder het eerste regime gebracht.

Kern van de regeling is dat de bezoldiging inclusief onkosten en pensioenvoorziening het bedrag van € 223.666 niet te boven mag gaan (art. 2.3 WNT). Dit is in feite 130% van de zogenoemde Balkenendenorm. De reden dat het percentage 130 bedraagt, is dat de gedachte was dat de salarissen van ministers (inclusief dat van de minister-president) met 30% zouden stijgen, dit als gevolg van het eerste advies van de Commissie Dijkstal, uit 2004. De wet biedt ook een aantal regels om het ontgaan van de inkomensnorm te voorkomen. Zo bepaalt artikel 1.6 WNT dat een beloning die het maximaal toegestane bedrag te boven gaat, onverschuldigd is betaald (art. 6:203 BW). Hetzelfde artikel voorkomt dat men deze regel met bonussen en andere variabele betalingen kan ontgaan. Conform het zevende advies van de Commissie Dijkstal is de maximale ontslagvergoeding op € 75.000 bepaald (tenzij de rechter anders bepaalt), een getal dat inmiddels een nieuwe norm lijkt te worden, getuige de laatste (maar ook eerdere) plannen voor het ontslagrecht. Men kan deze regels niet ontlopen door een functionaris (door) te betalen terwijl daar geen arbeid tegenover staat. In geval van een deeltijdcontract wordt de bedragen *pro rata parte* aangepast, zie artikel 2.10 WNT.

Het overgangsregime is geregeld in paragraaf 7 van de WNT. Kern van de regeling is dat bezoldigingen die reeds waren afgesproken vóór 6 december 2011 (zie art. 7.3 lid 10 WNT) en die het maximum te boven gaan, nog maximaal vier jaar kunnen blijven bestaan. Vervolgens dient het verschil tussen de overeengekomen bezoldiging en het toegestane maximum te worden afgebouwd conform de in artikel 7.3 lid 8 WNT opgenomen regels. In feite duurt het dus maximaal zeven jaar voordat een bestuurder met wie een te hoge bezoldiging was overeengekomen op het wettelijk toegestane maximum terugvalt. Personen die na 1 januari 2013 als topfunctionaris bij een zorginstelling aan de slag gaan, vallen uiteraard direct onder de normale regels van de WNT.

3. Het geschil en de bezwaren van de NVTZ

Het geschil betrof het plaatsten van zorginstellingen onder het eerste, in feite strengste, regime. In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de WNT werden zorginstellingen gereguleerd onder het tweede, sectorale regime. Bij brief van 27 november 2012 berichtte de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de voorzitter van NVTZ: 'In de afgelopen maanden is er met u overlegd hoe de BBZ (*de beloningscode voor bestuurders in de sector, rmb*) in te passen in de nieuwe werkelijkheid van de WNT. Dat heeft nog niet geleid tot een eenduidig voorstel van uw kant dat ik kan gebruiken om een regeling met gedifferentieerde normen vast te stellen als bedoeld in artikel 2.7 WNT. Gelet op de korte nog resterende tijd tot de inwerkingtreding van de WNT heb ik daarom besloten om voor 2013 geen gebruik te maken van artikel 2.7. Dat wil zeggen dat voor de zorginstellingen in 2013 alleen het wettelijk maximum van de WNT-norm zal gaan gelden en dat de deelnormen zullen zijn gebaseerd op de BBZ voor zover die onder de WNT-norm blijven.'

NVZD vordert de Staat te bevelen de WNT per 1 januari 2013 buiten toepassing te laten voor zover de maximale bezoldigingsnorm zoals daarin opgenomen ziet op, kort gezegd, zorginstellingen. Daartoe voert NVZD een aantal argumenten aan.

Ten eerste zijn zorginstellingen geen publieke of daaraan nauw verwante instellingen. Zij dienen daarom niet gereguleerd te worden onder het eerste regime van de WNT. Ten tweede is dit in strijd met het eigendomsrecht en de gebruiksrechten van dat eigendom als bedoeld in artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Deze inbreuk op het eigendomsrecht staat niet in verhouding tot het te dienen belang. Elke noodzaak daarvoor ontbreekt en het publieke belang is meer gebaat bij de gedifferentieerde, zelf opgestelde beloningscode. Het verdergaand reguleren van zorginstellingen dan strikt noodzakelijk is disproportioneel. Ten derde handelt de Staat in strijd met artikel 14 EVRM dat voorschrijft dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Zorgverzekeraars, die een vergelijkbare publieke taak hebben, worden wel onder het tweede regime gereguleerd. Door dit onderscheid is de WNT in strijd met het verbod op willekeur. Ten vierde: het reguleren van de beloning van topbestuurders in de BBZ kan gelijkgesteld worden aan het collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden voor (gewone) medewerkers van instellingen. Het opleggen van een wettelijk vastgestelde norm voor bestuurders van privaatrechtelijke zorginstellingen zonder dat de instellingen of bestuurders als collectief inspraak hebben, is in strijd met het recht op collectief onderhandelen en de vrijheid van vakvereniging zoals is vastgelegd in artikel 11 EVRM en artikel 12 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

Om deze redenen is de toepasselijkheid van de WNT op zorginstellingen onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek en onmiskenbaar onverbindend, aldus de NVTZ.

4. Oordeel

Nadat de rechtbank vooropgesteld heeft dat de vordering zich richt tegen de Staat als wetgever en strekt tot het buiten toepassing doen verklaren van een deel van een wet in formele zin en de rechter om die reden grote terughoudendheid dient te betrachten (onder verwijzing naar o.a. HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360), gaat de rechtbank in op de vier naar voren gebrachte argumenten. Ten aanzien van de eerste stelling, inhoudende dat zorginstellingen, als privaatrechtelijke rechtspersonen, niet behoren te worden gecategoriseerd onder het eerste regime van de WNT, oordeelt de rechtbank dat in hoeverre een instelling als meer publiek of meer privaat dient te worden beschouwd, afhankelijk is van weging van verschillende factoren, welke weging in beginsel is voorbehouden aan de wetgever (en in kort geding slechts marginaal kan worden getoetst). Enkel in geval van evident onredelijke keuzes van de wetgever is plaats voor ingrijpen. Daar is in onderhavig geschil geen sprake van, aangezien de Staat de keuze voor regulering onder het eerste regime voldoende heeft gemotiveerd. De Staat heeft daarbij verwezen naar de omstandigheden dat zorginstellingen het publieke belang dienen en afhankelijk zijn van publieke middelen voor hun bekostiging. Dat een adviescommissie en de Raad van State anders hebben geadviseerd, maakt de keuze van de wetgever nog niet evident onredelijk, aldus de rechtbank.

Over de vermeende inbreuk op het eigendomsrecht oordeelt de rechtbank dat het EVRM op geen enkele wijze het recht beperkt van een Staat die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Salaris valt overigens wel, volgens vaste rechtspraak van het EHRM, onder het eigendomsrecht. Een eventuele inbreuk kan echter slechts die bestuurders betreffen voor wie reeds een salaris geldt dat boven de Balkenende-norm ligt: 'Het is immers constante jurisprudentie dat de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende is voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP (EHRM 19 oktober 2000, *Ambruosi t. Italië*, *RJD* 2000).' Voor het antwoord op de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is, dient men te beoordelen of de inmenging (1) bij wet is voorzien, (2) een gerechtvaardigd algemeen belang dient en (3) proportioneel is. Aan de eerste twee eisen acht de rechter direct voldaan. Wat de eis van proportionaliteit aangaat, oordeelt de rechtbank dat aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de keuzen die hem uit het oogpunt van algemeen belang nodig of gewenst voorkomen. Het probleem waarvoor de Staat met de WNT een oplossing heeft willen bieden is niet zo gering, dat ingrijpen hoe dan ook niet gerechtvaardigd is. Daarbij hecht de rechtbank aan de inhoud van de overgangsregeling. 'Nu de Staat onweersproken heeft aangevoerd dat bestuurders in de zorg hun functie in de regel niet meer dan vier jaar bekleden, wordt met deze overgangsregeling naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van die bestuurders. Een en ander leidt ertoe dat niet geconcludeerd kan worden dat invoering van de WNT in haar huidige vorm in strijd is met de eisen van proportionaliteit.'

Het beperken van excessieve beloningen bij zorginstellingen kan, aldus de rechtbank, enkel worden bereikt door handhaving van die norm zoals voorgeschreven in het eerste regime van de WNT. Doelmatig is de gekozen oplossing daarmee ook.

Ten aanzien van het derde argument, te weten dat toepassing van de WNT in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van artikel 14 EVRM, oordeelt de rechtbank dat het hier niet om gelijke gevallen gaat: zorgverzekeraars, anders dan zorginstellingen, vallen niet onder het eerste regime van de WNT omdat zij – in tegenstelling tot zorginstellingen – opereren op een markt waar serieuze concurrentie bestaat over het marktaandeel en aanvullende verzekeringen aanbieden die buiten het semipublieke domein vallen.

Over de vierde en laatste stelling – de WNT is in strijd met het recht op collectief onderhandelen en de vrijheid van vakvereniging zoals is vastgelegd in de artikelen 11 EVRM en 12 van het Handvest – overweegt de rechtbank dat de laatste geen eenieder verbindende bepaling betreft zoals bedoeld in artikel 94 van de Grondwet, en dat niet valt in te zien hoe het in artikel 11 EVRM gewaarborgde recht op vergadering en vereniging door de WNT wordt beperkt. De rechtbank wijst de vordering van NVZD af.

5. Commentaar

Ogenschijnlijk zit er juridisch niet veel vlees aan het bot. De overwegingen van de rechtbank betreffen in het bijzonder een toepassing van de scheiding der machten en het benoemen van de grote vrijheid die de wetgever toekomt bij het bepalen wat van algemeen belang is. Het lijkt erop dat de wetgever die vrijheid niet heeft geschonden. Dat de zorg onder het algemeen belang kan worden geschaard, lijkt mij voor weinig discussie vatbaar, welke definitie men daarvoor ook zou hanteren. Hier spelen bijvoorbeeld niet de bezwaren die men in 2004 kon aanvoeren tegen het voorgenomen besluit van voormalig minister De Geus niet langer loonbepalingen uit cao's algemeen verbindend te verklaren die de werknemer in geval van diens arbeidsongeschiktheid over een periode van twee jaar meer dan 170% van het laatstverdiende loon beloven. Dat was een dreigement dat meer door politieke voorkeuren werd geleid dan door breed gedragen maatschappelijke opvattingen – al was het maar omdat sociale partners er blijkbaar geen punt van maakten. Voorts is de maatregel in de WNT als proportioneel (als ik de rechter goed lees: mede door de lange overgangsperiode) en doelmatig (anders kan het niet) te kwalificeren. Het interessantste argument betreft mijns inziens de inbreuk op het eigendomsrecht, zoals beschermd in het EVRM. De NVZD heeft hier echter weinig substantieels in te brengen – lees: heeft te weinig betwist – nu de rechter constateert dat (a) niet is betwist dat optreden tegen maatschappelijk onaanvaardbare salarissen in het algemeen belang is, dat (b) niet is betwist dat de Balkenendenorm een maatschappelijk aanvaardbare loonmaximering voor de zorgsector is, (c) dat sommige bestuurders desondanks meer toucheren maar dat (d) de gemiddelde zorgbestuurder slechts vier jaar deze functie bekleedt.

Niettemin zijn er enkele voor het arbeidsrecht relevante opmerkingen te maken. Die betreffen in het bijzonder de vraag hoe de WNT zich verhoudt tot arbeidsrechtelijke leerstukken op het terrein van arbeidsvoorwaardenwijziging en het cao-recht.

6. Relatie tot het cao-recht

Minister Donner heeft zich in de memorie van toelichting (versie nader rapport) uitgelaten

over de verhouding van de WNT tot het cao-recht. Hij stelt hierover (op p. 11, par. 4.2) het volgende: 'Onderhavig voorstel van wet kent dwingendrechtelijke regels ten aanzien van de hoogte van het salaris. Dat betekent dat deze regels hiermee strijdige afspraken in de cao doorkruisen. Daarmee wordt in onderhavig voorstel van wet een eenmalige uitzondering gemaakt op het primaat van de sociale partners inzake arbeidsvoorwaarden.' Mocht een en ander tot een rechtszaak leiden, dan is duidelijk wat de bedoeling van de wetgever is geweest: de WNT gaat voor op cao-afspraken. Het feit dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid traditioneel (denk aan de Wet op de Loonvorming) de bevoegde functionaris is die in lonen kan ingrijpen, maakt hem nog niet exclusief bevoegd. Daar komt bij dat de WNT op een beperkte groep werknemers ziet die van oudsher niet onder het domein van collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming valt. Topfunctionarissen zullen namelijk veelal niet onder een cao vallen, omdat de cao wat haar werkingssfeer betreft hoge functies in het algemeen uitsluit. Zorgbestuurders vallen er in ieder geval niet onder, zo blijkt uit een reactie van Abvakabo FNV (www.abvakabofnv.nl, onder nieuwsberichten (14 januari 2013)). Men bedenke hierbij overigens dat afwijking van de WNT ten aanzien van de bezoldiging niet tot (ver)nietig(baar)heid van de afspraak leidt: het meerdere is onverschuldigd betaald (art. 1.6 lid 1 WNT). Men komt dus aan toepassing van artikel 12 Wet Cao of artikel 3:40 BW niet toe. Het kan dus zo zijn, dat de werkgever ervoor kiest het onverschuldigd betaalde om hem moverende redenen niet terug te vorderen. Niet-betaling van het volledige overeengekomen loon dat het plafond overstijgt kan echter, nu de wetgever duidelijk is over het rechtsgevolg, niet tot wanprestatie van de werkgever leiden.

7. Relatie tot de wijzigingsleer

Interessanter, want relevanter, is de verhouding van de WNT tot de vraag in hoeverre het de werkgever is toegestaan eenzijdig de arbeidsvoorwaarden aan te passen. De relevante bepalingen zijn artikel 7:611 en 613 BW. Zoals gezegd kent de WNT een tamelijk ruime overgangsperiode waarbinnen de bezoldiging kan worden aangepast. Wordt de wijziging hiermee automatisch 'een redelijk voorstel' als bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad inzake artikel 7:611 BW (zie o.a. HR 11 juli 2008, JAR 2008, 204 - Stoof/Mammoet)? Heeft de werkgever hierdoor per definitie een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW in die zin dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken? Wetswijzigingen kunnen tot de conclusie leiden dat een zwaarwichtig belang eerder aanwezig is. De wetgever heeft die vragen bij mijn weten niet voor de WNT beantwoord. De reden daarvoor zou een eenvoudige kunnen zijn: artikel 1.6 WNT bepaalt ondubbelzinnig: 'Voor zover partijen een hogere bezoldiging overeenkomen dan bij of krachtens deze wet is toegestaan, bedraagt de bezoldiging van rechtswege het bedrag dat ten hoogste is toegestaan.' De wijzigingsleer is derhalve niet van toepassing: de wijziging vindt immers van rechtswege plaats. Ook de progressieve verlaging van het verschil tussen het overeengekomen loon en het toegestane maximum lijkt mij dwingend te zijn geformuleerd (art. 7.3 lid 8 WNT). Andersluidende afspraken behoeven dus niet aan artikel 7:611 of 613 BW te worden getoetst.

Zou men hier anders over denken, dan ben ik van mening dat een voorrang van de WNT op de

wijzigingsleer kan worden afgeleid uit hetgeen de minister heeft gesteld ten aanzien van het cao-recht – hoe weinig relevant die opmerkingen in de praktijk mogen zijn. Indien zelfs sociale partners dienen te wijken voor de WNT, dienen de individuele werkgever en werknemer dat des te meer.

Een ander punt betreft de gevolgen van deze wet voor het loongebouw van de werkgever. De vraag is of een aanpassing van het loon van topfunctionarissen aanleiding kan zijn de lonen voor de lagen daaronder aan te passen. De werkgever zou de stelling kunnen innemen dat hij een evenwichtige loonopbouw naar functies heeft opgesteld: dat evenwicht wordt verstoord indien een selecte groep werknemers dient in te leveren. Het door de werkgever gewenste verschil in beloning tussen de top en de laag daaronder zou als gevolg van de WNT kunnen verdampen. Om dat aan te passen, dienen alle loonschalen opnieuw te worden bezien en bijgesteld. Voor een deel zal de oplossing van deze kwestie in het cao-recht liggen: afwijking naar beneden zal daarmee ingevolge het bepaalde in artikel 12 Wet Cao niet mogelijk zijn (tenzij de lonen in voor de werknemers positieve zin reeds afwijken van het cao-minimum). De opmerking van de minister over voorrang van de WNT op het cao-recht zag niet op deze situatie.

Ik meen dat men niet op voorhand kan stellen dat het vasthouden van de vakbonden en het personeel aan de in de cao overeengekomen salarissen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Ook zie ik het zwaar in voor de werkgever die op basis van individuele afspraken (omdat er geen cao is of deze niet van toepassing is) het loon naar beneden wil aanpassen met een beroep op de wijzigingsleer. Het overeengekomen loon is immers precies dat: overeengekomen tussen partijen en van een aard en omvang die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. Het gaat mij te ver te oordelen dat die aard en omvang afhankelijk zouden moeten worden gesteld van het in stand blijven van verschillen in de hoogte van het loon, als gevolg van een wet die geldt voor één bijzondere, beperkte groep – de top. Waarom moet iedereen bloeden? Een door de werkgever gewenst verschil tussen de verschillende loonschalen lijkt mij daarvoor te mager, nog daargelaten dat die verschillen nog steeds bestaan (slechts één groep is geraakt) en die verschillen welbeschouwd nog vier jaar kunnen voortbestaan. Tijd genoeg om in samenspraak met de vakbonden het loongebouw aan te passen. Een andere opvatting zou bovendien het bezwaar in zich bergen dat de rechter een oordeel zou moeten vellen over de redelijkheid van de wijziging van in feite het gehele loongebouw. Dat lijkt mij geen taak waartoe de rechter in het bijzonder is geëquipeerd.