



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning

Vos, E.L.H. van der

Citation

Vos, E. L. H. van der. (2023, February 14). *Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

2. Beschouwing van beloningswetten

In dit proefschrift onderzoek ik de grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloningen. Ik onderzoek daarbij, zoals gezegd, in hoofdstuk 3 de grenzen die voortvloeien uit het eigendomsrecht, in hoofdstuk 4 en 5 de grenzen die voortvloeien uit het recht op vrij collectief onderhandelen, en in hoofdstuk 6 de grenzen die voortvloeien uit samenloop met andere beloningswetgeving. In dit hoofdstuk ga ik in op de Wet normering topinkomens (Wnt) en de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo).

In de afgelopen tien jaar zijn in Nederland twee omvangrijke en belangrijke beloningswetten⁵⁵ ingevoerd, de Wnt in 2013 en de Wbfo in 2015. Deze twee wetten staan in dit onderzoek centraal als dé voorbeelden van ingrepen van de Nederlandse wetgever in beloning. Aan de hand van deze wetten onderzoek ik de grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning, om vervolgens tot algemene concrete normen te komen waaraan inperkingen moeten voldoen. Alvorens ik dat doe, zal ik in dit hoofdstuk beschouwend ingaan op de wetten zelf, om zo inzicht te geven in de inhoud en maatschappelijke plaats van deze wetten. Ik hoop daarmee ook een bijdrage te kunnen leveren aan de kennis over deze twee beloningswetten.

Er zijn, naast de Wnt en Wbfo, nog meer beloningsregelingen van kracht in Nederland, bijvoorbeeld de Wet bonusverbod bij staatssteun⁵⁶ en de Regeling beheerst beloningsbeleid⁵⁷. Deze gaan minder ver dan de Wnt en Wbfo. Bovendien bevatten zij overwegend dezelfde soort normen als de Wnt en Wbfo. Dit zijn de redenen dat deze regelingen in dit onderzoek verder buiten beschouwing blijven. Mutatis mutandis kunnen de conclusies die op basis van mijn onderzoek te trekken zijn voor de Wbfo en Wnt, ook worden toegepast op deze andere beloningsregelingen.

In dit hoofdstuk ga ik achtereenvolgens in op de rechtvaardiging en doelen van de Wnt, en de aanleiding, wetshistorie en inhoud ervan. Vanaf paragraaf 2.9 ga ik in op de Wbfo, met dezelfde opbouw.

2.1. Voorgeschiedenis Wnt

De Wnt kreeg de eerste aanzet in het coalitieakkoord van het kabinet-Balkenende IV van 7 februari 2007. Hierin was het beleidsvoornemen vastgelegd dat “inkomens in de publieke en semipublieke sfeer worden genormeerd, respectievelijk gemaximeerd”.⁵⁸ Ook de ontslagvergoeding zou niet meer dan één jaarsalaris mogen bedragen.

Al lijkt het verzet tegen hoge beloningen in de publieke sector wellicht van alle tijden, in 2002 maakte het toenmalige kabinet zich er juist zorgen over dat de topsalarissen in de

⁵⁵ Beloningswet(ten) gebruik ik als term voor wetten die ingrijpen in beloning.

⁵⁶ Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2015, 45

⁵⁷ Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Autoriteit Financiële Markten van 16 september 2021 houdende regels met betrekking tot het beheerst beloningsbeleid van banken, beleggingsondernemingen en premiepensioeninstellingen (Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2021), *Stc.* 2021, 42301.

⁵⁸ ‘Samen werken, samen leven’, coalitieakkoord voor kabinet CDA, PvdA en ChristenUnie, 2007, p. 27.

publieke sector achterbleven op de arbeidsmarkt. Er werd tevens gestreefd naar een meer open loopbaansysteem. Minister van Binnenlandse Zaken De Vries uitte zijn zorgen in een Kamerbrief:

“De democratie kan niet werken zonder de mensen die functies vervullen in het openbaar bestuur en in de volksvertegenwoordigende organen. Het is het algemeen belang dat het voldoende aantrekkelijk is om deze functies te vervullen. Het beleid dient daarop te zijn gericht.”⁵⁹

Deze zorgen resulteerden in de instelling van de commissie-Dijkstal. Deze commissie kreeg de opdracht om deze problematiek te onderzoeken. Intussen klonk ook een ander geluid. Het hoofdlijnenakkoord van Balkenende II “Meedoen, meer werk, minder regels” van mei 2003 bevat een enigszins kritische noot over het gebrek aan transparantie bij lonen in de publieke sector.

“Het is onverantwoord en niet aanvaardbaar dat in moeilijke economische tijden veel bestuurders van ondernemingen en zelfstandige organen in de publieke sector, in schril contrast met de van werknemers gevraagde pas op de plaats, bovenmatige inkomensontwikkelingen kennen.”⁶⁰

Het akkoord bevatte een voornemen tot het verplicht stellen van openbaarmaking van inkomens in de semipublieke sector die het ministersalaris overstegen. Dat voornemen sloot aan bij de latere conclusies in het rapport van de commissie-Dijkstal. Die commissie concludeerde in haar rapport “Over dienen en verdienen” dat ministersalarissen trapsgewijs zouden moeten stijgen: eerst met 30%, en daarna nog eens met 20%.⁶¹ Deze voorgestelde stijging was bedoeld om een reëel salaris te kunnen bieden in de publieke sector, maar zou ook een beperkend gevolg hebben. Salarissen in de publieke sector zouden niet hoger mogen zijn dan dat verhoogde ministersalaris. Volgens de aanbeveling van de commissie zou de Minister als ijkpunt aan het hoofd van het salarisgebouw moeten staan, uit staatsrechtelijke overwegingen en met oog op de eindverantwoordelijkheid die hij of zij draagt.⁶² Ook zouden de salarissen in semipublieke instellingen openbaar moeten worden gemaakt.

De door de commissie voorgestelde salarisverhoging bleef echter uit.⁶³ In verband met de financiële crisis zag het toenmalige kabinet ervan af.⁶⁴ Wel trad in maart 2006 de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt) in werking. Deze wet verplichtte de publieke en semipublieke sector tot openbaarmaking van loon boven het ministersniveau. Het kabinet wilde op deze manier de besturen van publieke organisaties en

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28479, nr. 1, p. 42.

⁶⁰ ‘Meedoen, minder werk, minder regels’, hoofdlijnenakkoord voor het kabinet CDA, VVD en D66 (Balkenende II), mei 2003.

⁶¹ ‘Over dienen en verdienen’, Adviescommissie beloning en rechtspositie ambtelijke en politieke topstructuur (*Commissie-Dijkstal*), april 2004.

⁶² Commissie-Dijkstal 2004, p. 27.

⁶³ Commissie-Dijkstal 2004, p. 27.

⁶⁴ Persbericht van de ministerraad, 25 juni 2004.

instellingen door het publieke debat bewegen om matigheid te betrachten bij het toekennen van hoge salarissen en beloningen.⁶⁵

Al voordat de wet in werking was getreden, bleek deze volgens de Tweede Kamer echter niet genoeg effect te hebben. In oktober 2005 nam de Tweede Kamer een motie aan waarin aan het kabinet werd gevraagd om voorstellen te doen voor maximering van salarisniveaus in de publieke sector.⁶⁶ Dit resulteerde in een nieuwe onderzoeksopdracht voor de commissie-Dijkstal.⁶⁷

Het eerdergenoemde coalitieakkoord “Samen werken, samen leven” uit 2007 van het kabinet-Balkenende IV bracht de officiële aanzet:

“De inkomens in de publieke en semipublieke sfeer worden genormeerd respectievelijk gemaximeerd. De beloningsstructuur wordt vereenvoudigd; voor een aantal categorieën vloeit daar versobering uit voort. Met betrekking tot de inkomens in de publieke en semi-publieke sfeer geldt het inkomen van de Minister-President als maximumnorm. Daarbij wordt uitgegaan van het inkomen zoals dit zou moeten zijn overeenkomstig het kabinetsstandpunt op de voorstellen van de commissie Dijkstal. (...)”

Dit voornemen was afkomstig uit het PvdA-partijprogramma uit 2006, ‘Samen sterker: werken aan een beter Nederland’.⁶⁸

Het nieuwe advies van de commissie-Dijkstal, ‘Normeren en waarderen’, verscheen in september 2007, een jaar na de inwerkingtreding van de Wopt. In dit advies werden onder andere, conform het eerdere advies, een salariscode en een beloningsmaximum voorgesteld.⁶⁹ Het zou echter nog vijf jaar duren voordat de eerste Wnt in werking trad.

Het evaluatierapport over de Wopt, “Gewopt en Gewogen”, kwam uit op het dieptepunt van de financiële crisis in 2009.⁷⁰ Uit het rapport kwam onder meer naar voren dat de openbaarmaking van topinkomen niet direct een groot effect had op die topinkomens. De inkomens hadden zich over een langere periode gematigd ontwikkeld.

In oktober 2009 werden de eerste wetgevende stappen gezet. Een consultatieversie van de Wnt verscheen, waarin de volgende doelstelling was geformuleerd:

“De beleidsinzet ten aanzien van de hoogst leidinggevende functionarissen is dat er bij de publiekrechtelijke instellingen en de privaatrechtelijke rechtspersonen met een (overwegend) publieke taak fatsoenlijke lonen tot stand komen, aan de hand van zorgvuldige procedures, passend bij de functiezwaarte en het sectorale loongebouw. Daarbij wordt rekening gehouden met de realiteit op de arbeidsmarkt en is er ruimte

⁶⁵ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30189, nr. 3, p. 4.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30300, nr. 53.

⁶⁷ Wet van 9 februari 2006, *Stb.* 2006, 95.

⁶⁸ ‘Samen werken aan een sterk en beter Nederland’, PvdA-verkiezingsprogramma 2006, p. 42.

⁶⁹ ‘Normeren en Waarderen’, Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (*commissie-Dijkstal*) september 2007, p. 17.

⁷⁰ ‘Gewopt en Gewogen’, Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (*commissie-Dijkstal*) mei 2009.

voor sectorale differentiatie. De normering is primair bedoeld om de inkomensexcessen in de publieke en semipublieke sectoren te voorkomen.”⁷¹

Na de consultatieperiode was het weer een tijd stil. Op 14 januari 2011 werd het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. Ondertussen was de publieke opinie zeer kritisch. Met grote regelmaat verschenen er berichten in de media over topinkomens.⁷² Het wetsvoorstel werd flink geamendeerd, bijvoorbeeld door Kamerlid Heijnen. Hij bewerkstelligde met zijn aangenomen amendement een bonusverbod binnen de Wnt.⁷³ Pas een krap jaar later ging de Tweede Kamer akkoord.

Al die tijd bleef de verontwaardiging over excessieve beloning in de publieke sector voortduren, met misschien wel als dieptepunt de Vestia-affaire.⁷⁴ Eind januari 2012 kwam aan het licht dat de grootste woningcorporatie van die tijd, stichting Vestia in Rotterdam, dreigde failliet te gaan door een cocktail van derivatenbeleggingen, steekpenningen en wanbeleid. In maart 2012 kwam aan het licht dat oud-bestuursvoorzitter Erik Staal een bedrag van 3,5 miljoen euro uitgekeerd kreeg voor pensioenrechten, als gevolg van afspraken tussen Staal en de Raad van Commissarissen van Vestia. Dit nieuws kon rekenen op grote publieke verontwaardiging.

Met dit schandaal net achter de rug waren er in 2012 wederom verkiezingen en het kabinet-Rutte I trad aan. In het regeerakkoord ‘Bruggen slaan’ werd het volgende over de topbeloning in de publieke sector opgenomen:

“In afwijking van het advies van de commissie Dijkstal wordt het salaris van bewindspersonen definitief niet verhoogd. In lijn hiermee passen we het wetsvoorstel normering topinkomens aan, dat betrekking heeft op de salarissen in de (semi-) publieke sector. De norm wordt 100 in plaats van 130 procent van een ministersalaris. Die geldt niet alleen voor topfunctionarissen, maar voor alle medewerkers. Het is mogelijk een uitzondering te maken als dat noodzakelijk is.”⁷⁵

Uit het regeerakkoord blijkt dat de regering het voornemen had om de Wnt nog flink aan te passen, zelfs voordat deze in werking zou treden. De geplande wijzigingen vonden uiteindelijk gedeeltelijk doorgang, de nieuwe norm trad via de Wnt-2 op 1 januari 2015 in werking.

De uiteindelijk op 1 januari 2013 in werking getreden Wnt volgde naast de aflopende Wopt een aantal zelfreguleringsrichtlijnen uit de semipublieke sector op. Deze Wnt, “Wnt-1”, omvatte een plafond voor het inkomen van de topfunctionaris, zijnde de later verlaagde 130% van het ministersalaris. Verder introduceerde de Wnt een maximale vertrekvergoeding van 12

⁷¹ <https://www.internetconsultatie.nl/wettopinkomens>

⁷² Houwerzijl, *TRA* 2011, p. 3-4.

⁷³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32600, nr. 34. Het bonusverbod is overigens met de evaluatiewet Wnt weer uit de Wnt verdwenen.

⁷⁴ <https://www.rtlnieuws.nl/economie/home/voorzitter-aedes-fraude-zelfverrijking-en-geknoei>.

⁷⁵ Regeerakkoord PvdA en VVD, ‘Bruggen Slaan’, oktober 2012.

maandsalarissen die ten hoogste € 75.000 bedroeg, sectorale bezoldigingsnormen en openbaarmakingsverplichtingen.

2.2. Wnt: rechtvaardiging en doelen

De rechtvaardiging en doelen van de Wnt hier en van de Wbfo verderop in dit hoofdstuk, komen gedurende mijn hele onderzoek terug als belangrijk onderdeel van de juridische toets van de toelaatbaarheid van de ingreep in topbeloning. De vraag is steeds: rechtvaardigen de ratio en het doel van de Wnt de potentiële inbreuk die de wet maakt op, bijvoorbeeld, het recht op vrij collectief onderhandelen?⁷⁶ Of op het eigendomsrecht? Of: met welke bril moet de samenloop van beloningswetten worden gelezen? En: geeft de rechtvaardiging van een beloningwet reden om de ene wet voor de andere te laten gaan?

De Wnt heeft volgens het kabinet invulling gegeven aan een langlopende wens de inkomens van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector te normeren. Deze wet is de eerste Nederlandse wet in formele zin die ingrijpt in de bovenkant van beloning van individuele loonafspraken tussen een werkgever en werknemer.

De rechtvaardiging voor het ingrijpen in de rechtsverhouding tussen de overheid als werkgever en haar werknemers is volgens de toelichting vooral gelegen in het publieke geld dat gemeoid is met de betaling van de overheidsmedewerkers. Wel is in de wetsgeschiedenis van de Wnt benadrukt dat het loon voldoende moet blijven om vacatures te vullen met kwalitatief goede kandidaten.

“Het kabinet is van mening dat organisaties die een publieke taak hebben en die bekostigd worden met publiek geld, hun bestuurders ordentelijk behoren te betalen. Ordentelijk betekent: evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant. Overigens moet wel rekening worden gehouden met de wens om vacatures te vullen met kandidaten met kwaliteit en met de wens om die mensen ook een redelijke tijd voor de organisatie te behouden. Het is het kabinet ernst om dit goed te regelen voor de overheid, inclusief de zelfstandige bestuursorganen (publiek en privaat) en voor de semipublieke sector. Het kabinet heeft hierbij, als gezegd, niet de bedoeling het primaat van de sociale partners inzake de loonvorming te doorbreken.”⁷⁷

De Wnt dient volgens de Memorie van Antwoord drie doelen. Ten eerste: voorzien in een democratisch gelegitimeerd instrument om de bezoldiging van bestuurders te kunnen normeren. Ten tweede: de publieke en semipublieke sector afbakenen van de marktsector. Ten derde: verhinderen dat bovenmatige bezoldigingen worden gegeven aan topfunctionarissen.⁷⁸

De regering rechtvaardigde de keuze voor een wettelijke grondslag voor het ingrijpen in beloning in plaats van (daarvoor geldende) zelfregulering door te melden dat uit onderzoek

⁷⁶ Wet normering topinkomens, *Stb.* 2012, 583.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II*, 2011/12, 32600, F, p. 16 & 17.

van de commissie-Dijkstal is gebleken dat er nog steeds excessieve beloning voorkomt ondanks de invoering van de Wopt.

“Aan de conclusie om tot wetgeving over te gaan heeft mede ten grondslag gelegen dat de topfunctionarissen en hun werkgevers niet altijd blijk gaven van de op dit punt noodzakelijke terughoudendheid. De commissie Dijkstal heeft onderzoek gedaan naar de ontwikkeling van de topinkomens over de voorafgaande tien jaar. Daaruit is gebleken dat de topinkomens zich gemiddeld genomen niet excessief ontwikkelen, maar wel dat het aantal topfunctionarissen met een salaris dat uitstijgt boven dat van een minister jaarlijks toeneemt. Ook latere onderzoeken bevestigen deze trend. Verder heeft de commissie geconstateerd dat er zich incidenteel uitschieters voordoen en dat er bij enkele organisaties zeer hoge salarissen worden toegekend. Zelfregulering heeft de geschetste ontwikkeling niet kunnen voorkomen.”⁷⁹

Op de vraag van CDA-Kamerleden of de regering de wenselijkheid van wettelijk ingrijpen in topbeloningen nog eens kon toelichten, ging de regering ook in op de inperking van het primaat van de sociale partners.

“De loonvorming van functionarissen is in principe een zaak van de sociale partners. Dit geldt in beginsel ook voor de beloning van topfunctionarissen, zij het dat er in veel sectoren geen cao’s over topfunctionarissen worden afgesloten. In deze gevallen wordt de hoogte van de bezoldiging veelal individueel bepaald. Onderhavig wetsvoorstel bevat voor topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector een uitzondering op deze uitgangspunten van de loonvorming binnen Nederland. Een rechtvaardiging voor een ingrijpen van de overheid in de hoogte van de bezoldiging is gelegen in het belang om te komen tot maatschappelijk aanvaardbare bezoldiging in de publieke en semipublieke sector. Daartoe zijn drie doelen geformuleerd: te voorzien in een democratisch gelegitimeerd instrument om de bezoldiging van bestuurders te kunnen normeren, de afbakening van de publieke en semipublieke sector en het verhinderen van bovenmatige bezoldigingen aan topfunctionarissen. Normering van de bezoldiging van alle functionarissen binnen de publieke en semipublieke sector is daarbij niet proportioneel. Dan dient de loonvorming door de sociale partners de voorrang te krijgen. Daar komt bij dat toezicht en handhaving van onderhavig wetsvoorstel voor alle functionarissen in de publieke en semipublieke sector een bovenmatige inspanning zou vereisen, terwijl het maatschappelijke debat gaat over de topfunctionaris. Tot slot heeft het argument meegewogen dat in het algemeen bestuurders niet geneigd zijn aan ondergeschikten een bezoldiging toe te kennen die hoger is dan die zij zelf ontvangen.”⁸⁰

De regering liet met dit antwoord zien wel oog te hebben gehad voor de doorbreking van het recht op collectief onderhandelen van topfunctionarissen. In hoofdstuk 4 en 5 onderzoek ik de grenzen aan wettelijk ingrijpen in collectieve-onderhandelingsperspectief. Is de regering met

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3.

⁸⁰ *Kamerstukken II*, 2011/12, 32600, F, p. 16 & 17.

de Wnt te ver gegaan, of is dit nog binnen de kaders van de collectieve-onderhandelingsvrijheid?

Ook ging de regering in de wetsgeschiedenis in op mogelijke spanning met het eigendomsrecht. Sterker nog, speciaal voor het ontwerp van de Wnt werd onderzoekers van de Universiteit Leiden gevraagd om een advies te geven over de eventuele inbreuk van de Wnt op het eigendomsrecht. Zij adviseerden een ruimhartig overgangsrecht op te nemen, met het oog op de anders onaanvaardbaar zware last voor de topfunctionaris en het in het EVRM beschermde eigendomsrecht (art. 1 EP). De regering vertaalde dat in eerste instantie naar 7 jaar overgangsrecht. Of dit ruimhartige overgangsrecht ook daadwerkelijk vereist was in het licht van het EVRM, is niet helemaal zonneklaar (zie hoofdstuk 3). In ieder geval heeft de toenmalige regering met de Wnt ten minste op ‘safe’ gespeeld.

2.3. Wetsontwikkeling

De Wnt is sinds de inwerkingtreding relatief vaak gewijzigd. Al in 2014 werden kleinere noodzakelijke wijzigingen doorgevoerd in de vorm van de Aanpassingswet Wnt⁸¹ en de Reparatiewet Wnt.⁸² Deze aanpassingswetten werden met terugwerkende kracht tot 1 januari 2013 ingevoerd. Een gevolg van deze wetgeving is geweest dat er nieuwe instellingen onder de reikwijdte vielen.

Een van de grotere wijzigingen was op 1 januari 2015 de “Wnt-2”, waarbij de grens van 130% van het maximumsalaris werd verlaagd naar 100% van een ministersalaris. In 2017 kwam dat neer op een maximaal jaarsalaris van € 181.000.⁸³

In 2017 volgde de evaluatiewet. Deze wet behelsde een aantal belangrijke wijzigingen: het tot dan toe geldende bonusverbod werd geheel opgeheven en er kwam een verruiming om bij cao van de Wnt af te wijken.⁸⁴

Op de plank ligt nog de Wnt-3, waarin de werkingssfeer van de wet wordt uitgebreid van topfunctionarissen tot alle werkenden in de (semi)publieke sector. Met deze wet wordt het topfunctionarissenbegrip ingewisseld voor elke persoon werkzaam in de publieke sector. Over de Wnt-3 heeft een internetconsultatie plaatsgevonden,⁸⁵ maar het kabinet Rutte-II is er niet meer in geslaagd het wetsvoorstel bij het parlement in te dienen. In het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ van de VVD, het CDA, D66 en de ChristenUnie uit 2017 staat in ieder geval geen voornemen tot het invoeren van deze wet.⁸⁶ Sterker nog, met de zin dat ‘beloning zodanig moet zijn dat overheid kwaliteit kan blijven aantrekken’ lijkt officieel afscheid te zijn genomen van de Wnt-3. Wel is in het regeerakkoord onder het kopje *veiligheid* genoemd dat de Wnt ook bij de politie wordt gehandhaafd.⁸⁷ Een opmerkelijke

⁸¹ *Stb.* 2014, 235.

⁸² *Stb.* 2014, 446.

⁸³ *Stb.* 2014, 588.

⁸⁴ Barentsen & Van der Vos, *TAO* 2017, p. 159-165.

⁸⁵ Zie www.internetconsultatie.nl/uitbreidingpersonelereikwijdteWnt/details.

⁸⁶ ‘Vertrouwen in de toekomst’, Regeerakkoord 2017-2021 door de VVD, CDA, D66 en Christenunie.

⁸⁷ ‘Vertrouwen in de toekomst’, Regeerakkoord 2017-2021 door de VVD, CDA, D66 en Christenunie, p. 3.

toevoeging, omdat de politie al onder de Wnt viel. Maar niet zo merkwaardig gezien de excessieve verspillingsschandalen in de politionele ondernemingsraad.⁸⁸

Verder zijn in de vorm van besluiten nog kleine, maar relevante dingen gewijzigd. Ook interim-topfunctionarissen die korter dan 6 maanden werkten zijn bijvoorbeeld onder de werkingssfeer gebracht.

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 technische aanpassingen van de wijzigingen in de Wnt of indexatie van bedragen. De strengere regels met betrekking tot interim-topfunctionarissen werden bijvoorbeeld in 2016 neergelegd in het Uitvoeringsbesluit Wnt (art. 4).

De meest recente grote wijzigingen zijn doorgevoerd met de Evaluatiewet Wnt, die grotendeels op 1 juli 2017 in werking trad.⁸⁹ Met deze wet werd het bijvoorbeeld weer mogelijk om topfunctionarissen variabel te belonen, aangezien het verbod daartoe niet praktisch was gebleken. Ook daarna zijn er steeds weer kleine wijzigingen doorgevoerd.⁹⁰

2.4. Inhoud en reikwijdte

De Wnt regelt openbaarmaking van salarissen, het maximumloon en de maximale vertrekvergoeding voor topfunctionarissen in de (semi)publieke sector. Het jaarsalaris mag niet meer dan dat van een minister bedragen, de vertrekvergoeding niet meer dan een jaarsalaris met als maximum € 75.000.⁹¹ Elke publieke of semipublieke instelling heeft verder de verplichting om de beloning van topfunctionarissen jaarlijks openbaar te maken.

In de semipublieke sector is de sectorale bezoldigingsnorm van toepassing. In sommige sectoren wordt de “Balkenendenorm” (en dus het ministersalaris) aangehouden als absoluut maximum. Bij de sectoren cultuurfondsen en ontwikkelingssamenwerking ligt dat zelfs nog wat lager met een maximale beloning van 16% onder de Balkenendenorm. Binnen die sectoren kan het loon ook nog afhankelijk zijn van de grootte van een instelling of de complexiteit van het werk, zoals bijvoorbeeld bij de woningcorporaties. De maximale bezoldiging voor de laagste klasse van woningcorporaties is in 2021 ongeveer een ton in plaats van € 209.000. Voor zorgverzekeraars gelden hogere bezoldigingsmaxima, zij mogen tot ongeveer drie ton per jaar gaan, met de notie daarbij dat voor hen ook de Wbfo-normen kunnen gelden.⁹²

2.4.1. Toepassingsgebied

De Wnt is van toepassing op de publieke sector. Dat zijn de krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen. Daaronder vallen de staat, de provincies, de gemeentes, de waterschappen en

⁸⁸ www.rtlnieuws.nl/nederland/politiek/ondernemingsraad-politie-gaf-in-3-jaar-tijd-75-ton-te-veel-uit.

⁸⁹ Barentsen & Van der Vos, *TAO* 2017, p. 159-165.

⁹⁰ Zichtbaar via wetten.overheid.nl, wijzigingen Wnt.

⁹¹ Op 1 januari 2021 is het maximale jaarsalaris € 209.000, art. 2.3. Wnt. Het vertrekvergoedingsmaximum staat op € 75.000.

⁹² De genoemde bedragen golden in 2021.

de SER. Ook is de Wnt van toepassing op de semipublieke sector. Welke organisaties daaronder vallen, wordt omschreven in de bijlage bij de Wnt.⁹³

De Wnt ziet dus in de eerste plaats op publiekrechtelijke rechtspersonen. Tot de (semi)publieke sector kunnen ook privaatrechtelijke rechtspersonen worden gerekend, mits met overheidstaak. Verenigingen en stichtingen maken regelmatig onderdeel uit van de semipublieke sector. Alle privaatrechtelijke rechtspersonen die uitoefening van een openbaar gezag als kerntaak hebben, vallen onder de Wnt, denk bijvoorbeeld aan het CBR. Ook andere privaatrechtelijke rechtspersonen die een publiek belang dienen, kunnen onder de Wnt vallen. Dit kunnen direct aangewezen rechtspersonen zijn, die in de Bijlage van de Wnt met naam en toenaam worden genoemd: bijvoorbeeld het CITO en bureau Halt. 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.⁹⁴

De zogeheten Dijkstal-criteria zijn leidend geweest bij het opstellen van de Wnt-bijlage met de lijst van publieke instellingen.⁹⁵ 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. Voorbeelden van op het eerste gezicht twijfelgevallen zijn woningcorporaties⁹⁶, zorginstellingen⁹⁷ en zorgverzekeraars⁹⁸. Ze zijn echter wel alle drie als publieke instelling aangemerkt. Opvallend bij zorginstellingen is dat artsen met bestuurlijke taken zijn uitgezonderd van de Wnt. Die keuze valt wellicht te betwisten, maar 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.⁹⁹

Zeer kleine Wnt-instellingen zijn sinds 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.

2.4.2. Personele reikwijdte

De Wnt richt zich tot topfunctionarissen binnen de publieke en semipublieke sector. In ieder geval geldt de wet voor alle topfunctionarissen, onafhankelijk van het soort werkovereenkomst. Ook interimmers, die in eerste instantie bij een kort dienstverband niet binnen de wet vielen, zijn inmiddels onder de werkingssfeer van de wet gebracht.¹⁰⁰

⁹³ Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, van de Wet normering topinkomens.

⁹⁴ Art. 1.1. lid m, Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d van de Wet normering topinkomens.

⁹⁵ Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, van de Wet normering topinkomens.

⁹⁶ Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, van de Wet normering topinkomens.

⁹⁷ Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, van de Wet normering topinkomens.

⁹⁸ Bijlage 3 bij artikel 1.4, eerste lid, van de Wet normering topinkomens.

⁹⁹ Barentsen & Van der Vos, *TAO* 2017, p. 159-165 & Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, *JAR* 2013/49, m.nt. I. Janssen.

¹⁰⁰ *Stb.* 2015, 475.

Topfunctionarissen zijn diegenen die op het hoogste niveau belast zijn met de dagelijkse leiding van een Wnt-instelling. Een vestigingsdirecteur of HR-manager valt alleen onder de Wnt als hij of zij deel uitmaakt van het bestuur van de gehele organisatie. Zeer hooggeplaatste niet-topfunctionarissen zijn vrij om hogere salarissen of ontslagvergoedingen af te spreken, althans voor zover er niet een andere beloningscode van toepassing is. Een voorbeeld daarvan is presentator Matthijs van Nieuwkerk, wiens salaris een tijd geleden jaar in jaar uit boven de Balkenendenorm uitsteeg.¹⁰¹ Hij is geen topfunctionaris, en valt dus niet onder de reikwijdte van de Wnt. Bij de Nederlandse publieke omroep is desalniettemin een beloningscode (“Beloningscode presentatoren publieke omroep”) van toepassing. Deze code is een vorm van verplichte zelfregulering. De mediasector heeft de norm opgesteld en voert deze zelf uit.¹⁰²

2.4.3. Cao-exceptie

Vanaf de inwerkingtreding van de Wnt was er al een cao-exceptie voor de ontslagvergoeding. De exceptie hield in dat een ontslagvergoeding, voor zover deze vergoeding voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of uit een algemeen verbindend verklaarde cao, niet aan het maximum uit de Wnt gebonden is. Inmiddels is het AVV-karakter uit deze bepaling weggefallen, en vallen ook sociale plannen zonder cao-status onder art. 1.1 onder i Wnt.

Een belangrijke grens aan de uitzondering is dat het moet gaan om een ‘algemene bepaling’ uit een cao. Daarmee wordt 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.¹⁰³ Ze mogen wel meeliften op cao-afspraken die voor al het personeel gelden. Het is daarbij overigens niet duidelijk of deze cao dan ook helemaal van toepassing moet zijn op een topfunctionaris, of dat een topfunctionaris ook mag afspreken dat alleen de ontslagvergoeding uit een cao op hem of haar van toepassing is.¹⁰⁴

De cao-exceptie speelt een rol bij de vraag of de Wnt in strijd is met het recht op collectief onderhandelen. Hierover meer in hoofdstuk 4 en 5.

2.5. Handhaving

Bij de handhaving van de Wnt-bezoldigingsnorm is gekozen voor een privaatrechtelijke consequentie met behulp van het oordeel onverschuldigde betaling, en een bestuursrechtelijke herstelsanctie.

Bij een te hoog overeengekomen bezoldiging bedraagt deze bezoldiging van rechtswege het bedrag dat maximaal volgens de Wnt is toegestaan. Betalingen die het maximum overschrijden zijn onverschuldigd gedaan.¹⁰⁵ Dit betekent dat de werkgever een vordering krijgt op de werknemer voor het betaalde dat boven het maximum uitkomt. De Wnt laat wel

¹⁰¹ <https://nos.nl/artikel/2282911-slob-peinst-niet-over-aparte-regels-voor-salaris-van-nieuwkerk.html>.

¹⁰² Art. 2.3 Mediawet, *Stb.* 2008/583.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 7.

¹⁰⁴ Ontleed aan Barentsen & Van der Vos, *TAO* 2017, p. 164.

¹⁰⁵ Art. 1.6 Wnt.

ruimte voor te hoge bezoldiging die voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak. Hiermee lijkt te worden gezegd dat er situaties kunnen zijn waarbij het vasthouden aan het wettelijk maximum naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voor de bestuursrechtelijke herstelsanctie is mede gekozen omdat overtredingen op de Wnt zich niet goed lenen voor ‘straf’. Zo’n strafsanctie zou dan moeten worden opgelegd aan een rechtspersoon. Boetes aan een publiekrechtelijk orgaan opleggen is geld innen dat het publieke belang zou moeten dienen. Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting bij de Wnt terecht opgemerkt dat de ‘overtreding’ daarmee niet ongedaan gemaakt wordt. Het handhaven van de beloningsnormen uit de Wnt wordt overgelaten aan de ministers per sector. Zo’n minister krijgt de bevoegdheid om door middel van een last onder dwangsom de instelling en de werknemer te bewegen de gemaakte bezoldigingsafspraken te herzien en onjuiste betalingen terug te draaien. Het handhaven van de minister gebeurt met een handhavingsbesluit. Dit besluit is een besluit in de zin van de Awb. Belanghebbenden kunnen hiertegen bezwaar en beroep instellen.

Indien de last onder dwangsom niet wordt uitgevoerd, kan de minister de vordering wegens onverschuldigde betaling overnemen van de werkgever.

2.6. Loonbegrip in de Wnt

Zoals ongeveer elke wet waar het begrip ‘loon’ in voorkomt – denk aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Wet op de loonbelasting – kent de Wnt een eigen loonbegrip.

Art.1.1 onder F

Beloning: de som van de periodiek betaalde beloningen en de winstdelingen en bonusbetalingen, met uitzondering van belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en met uitzondering van door werkgevers wettelijk of krachtens een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst verschuldigde niet op de beloning ingehouden sociale verzekeringspremies;

Het loonbegrip is verder uitgewerkt in de uitvoeringsregeling Wnt.¹⁰⁶ In ieder geval vallen onder dit loonbegrip de gebruikelijke posten zoals brutoloon, vakantietoeslag en werkgeversbijdragen ter compensatie van belastingnadelen. Verder vallen ook wat bijzondere posten onder het loonbegrip, zoals een cadeaubon. Vergoedingen buiten het loonbegrip van de Wnt tellen niet mee voor het maximale jaarsalaris en de andere regels die volgen uit de Wnt. Onkostenvergoedingen vallen onder het loonbegrip zodra deze belast zijn. De maximale vertrekvergoeding van een jaarsalaris valt niet onder de maximale jaarlijkse beloning. Zo kan een topfunctionaris in zijn of haar vertrekkende jaar uitkomen op twee keer de Balkenendenorm. Wel worden de betalingen in het kader van een op-non-actiefstelling gezien als een vertrekvergoeding.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Uitvoeringsregels Wnt art. 2.

¹⁰⁷ Art. 2.10 Wnt.

2.6.1. Vertrekvergoeding

Een vertrekvergoeding toegewezen door een rechter valt buiten de Wnt-normering.¹⁰⁸ Het vertrekvergoedingsloonbegrip omvat de som van uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband. Dit is inclusief loondoorbetaling terwijl de werkzaamheden zijn vervallen. Uitgezonderd daarvan zijn betalingen voortvloeiend uit een cao of een wettelijk voorschrift.

De vraag is of het – later ingevoerde – wettelijke recht op een transitievergoeding meetelt bij de maximale beloningsnorm. Door de samenloop van regels die niet op elkaar zijn geschreven, rijzen er vragen. Deze komen nader aan bod in hoofdstuk 6.

2.7. Overgangsrecht in de Wnt

Het Wnt-overgangsrecht hield in dat ten tijde van de inwerkingtreding bestaande beloningsafspraken die in strijd waren met het beloningsmaximum van de Wnt, tijdelijk werden toegestaan. Daarna dienden ze stapsgewijs te worden afgebouwd.

Voor het op 1 januari 2013 ingevoerde bezoldigingsmaximum gold een overgangperiode van 7 jaar; de eerste 4 jaar zouden hogere salarissen zonder meer geldig blijven, daarna zou er een afbouwfase van 3 jaar zijn. 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.¹⁰⁹ Voor ontslagvergoedingen geldt overigens alleen een gedoog- en geen afbouwperiode, art. 7.3 lid 6 Wnt.

Met de inwerkingtreding van de Wnt-2, waarin het beloningsmaximum werd verlaagd, werd het overgangsrecht verlengd. Bestaande salarisafspraken hoeven pas in 2022 naar het niveau van het ministersalaris te zijn aangepast. Heden ten dage zijn er dus nog steeds topfunctionarissen in de publieke sector die meer verdienen dan het wettelijke beloningsmaximum.¹¹⁰

Dat deze periode lang is, valt vooral op door de hoeveelheid Kamervragen die nog steeds elk jaar worden gesteld naar aanleiding van excessieve beloningen in de publieke sector.¹¹¹ Deze vragen gaan vaak over topfunctionarissen die nog onder het overgangsrecht vallen.

Om te illustreren hoe het overgangsrecht werkt, gebruik ik het voorbeeld van een topfunctionaris die voor inwerkingtreding van de Wnt 160% van het ministersalaris verdiende. In onderstaande tabel is het verloop van de voor hem of haar geldende maxima opgenomen.¹¹²

¹⁰⁸ Art. 1.6 Wnt.

¹⁰⁹ Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 30, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7.3 Wnt, aant. 14 (Barkhuysen, Berkhout & Claessens) en Van der Vos, *TRA* 2016, p. 159-165.

¹¹⁰ Deze woorden zijn geschreven in 2021.

¹¹¹ In 2019 ging het bijvoorbeeld om 22 vragen. Te vinden via officielebekendmakingen.nl.

¹¹² Dit voorbeeld komt van de website topinkomens.nl van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties.

Jaartal	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Loon minister	160%	160%	160%	160%	152,5%	145%	137,5%	130%	115%	100%

Hieraan valt te zien dat de topfunctionaris vier jaar lang het afgesproken loon behoudt, en dit daarna stapsgewijs wordt afgebouwd tot 100% in 2022.

Dit overgangsrecht speelt op zijn beurt weer een rol bij het eigendomsrecht in hoofdstuk 3.

2.8. Wnt beschouwd

In de voorgaande paragrafen heb ik de Wnt nader beschouwd, waarbij ik ben ingegaan op de rechtvaardiging en doelen van de wet, de wetsgeschiedenis en -ontwikkeling, inhoud en reikwijdte, en handhaving ervan, het loonbegrip, de invloed van de Wnt op de individuele arbeidsrelatie en het overgangsrecht. Dit heeft als doel een goed beeld te krijgen van de Wnt, en dient ook om een basis te leggen voor de analyse van de begrenzingen aan wettelijk ingrijpen in beloningen die ik in de volgende hoofdstukken wil maken. Daarnaast hoop ik een aanvulling te kunnen leveren aan de bestaande literatuur met betrekking tot de Wnt.

2.9. De Wbfo

“De financiële sector lijkt er echt alles aan te doen om te voorkomen dat het vertrouwen van de burgers terugkeert”, aldus CDA-kamerlid Van Hijum. Deze uitspraak deed Van Hijum naar aanleiding van de nieuwsberichten over de overname van Robeco. “Robeco-top verdeelt 33 miljoen aan bonus” kopte RTL op 2 juli 2013.¹¹³ De 53 bestuurders en een aantal hoge functionarissen van dit bedrijf kregen een zogenoemde retentiebonus, een aanblijfbonus wegens de overname van Robeco door het Japanse Ornix. Deze bonus was in strijd met de toen geldende Regeling beheerst beloningsbeleid, waarin was bepaald dat geen gegarandeerde bonussen mochten worden toegekend, behalve aan nieuw personeel.¹¹⁴ Toch had de toezichthouder, De Nederlandsche Bank (DNB), toestemming gegeven voor deze bonussen. De politiek reageerde geschokt en Kamerlid Nijboer stelde Kamervragen.¹¹⁵

Ook over de beloningen in de bancaire sector bestaat dus veel discussie.¹¹⁶ Uiteindelijk heeft dit geleid tot wettelijk ingrijpen. De Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (hierna: Wbfo) is op 7 februari 2015 in werking getreden. Deze wet maakt gebruik van de ruimte die de EU-minimumrichtlijn CRD IV biedt.¹¹⁷ CRD IV (ofwel de Kapitaalvereistenrichtlijn)

¹¹³ <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/robeco-top-verdeelt-33-miljoen-aan-bonus>.

¹¹⁴ Art. 13 Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011.

¹¹⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2810.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld de bestseller van journalist Joris Luyendijk, *Dit kan niet waar zijn*, Amsterdam: Atlas Contact 2017.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 10.

bevat onder meer een aantal minimumnormen op het gebied van beloning voor de bancaire sector.¹¹⁸ De Wbfo is echter niet de officiële implementatiewetgeving.¹¹⁹

De Wbfo is bijzonder te noemen. De wet stelt paal en perk aan het loon binnen een zuiver private arbeidsrelatie. De wet kent dan wel geen beloningsmaximumnorm zoals de Wnt, maar wel een bonusplafond met oog op de prikkelgevoelige sector. Ook de vertrekvergoeding kent een wettelijke grens voor de zogenoemde dagelijksbeleidsbepalers.

Het grote verschil met de eerdere Wnt en de Wet bonusverbod bij staatsteun is dat door deze wet bestreken financiële ondernemingen in principe niet draaien op belastinggeld. Alle personen werkzaam in de financiële sector mogen niet meer dan 20% bonus op hun vaste maandsalaris ontvangen. De dagelijksbeleidsbepalers hebben ook een maximale vertrekvergoeding: ten hoogste 100% van het vaste jaarsalaris en helemaal niets bij het “falen” van een onderneming.

Zoals ik eerder in dit hoofdstuk heb opgemerkt, zijn de Wnt en de Wbfo dé voorbeelden van Nederlands overheidsingrijpen in beloningsafspraken. De Wbfo gaat daarbij in die zin een stap verder dan de Wnt, nu het gaat om zuiver privaatrechtelijke arbeidsrelaties die in principe niet met belastinggeld worden bekostigd. Indirect is dat wel het geval, omdat tijdens de financiële crisis is gebleken dat noodlijdende banken overeind moesten worden gehouden met financiële steun van de belastingbetaler. Aan de andere kant gaat de Wbfo minder ver dan de Wnt, omdat de maxima geen bedragen voorschrijven, maar zijn beperkt tot percentages van een vorm van beloning.

Ook bij de Wbfo zijn er vragen te stellen over de legitimiteit van het ingrijpen. Passen deze vormen van beloningsingrijpen bij de internationaal beschermde mensenrechten? Is er strijdigheid met het eigendomsrecht? Of met het collectieve-onderhandelingsrecht? En wordt de Wbfo begrensd door andere beloningswetgeving? Al deze vragen komen in volgende hoofdstukken aan de orde.

In dit deel van het hoofdstuk over beloningswetten beschrijf ik de rechtvaardiging en de doelen van, de weg van de totstandkoming en de inhoud van de Wbfo.

2.10. Voorgeschiedenis en wetsontwikkeling

Het fenomeen van wettelijke regulering van beloning in de financiële sector is ontstaan naar aanleiding van de wereldwijde financiële crisis in 2007. De algemene maatschappelijke opvatting over de bonuscultuur is toen wezenlijk veranderd.¹²⁰ Bonussen werden gezien als een belangrijke veroorzaker van de financiële crisis. De perverse prikkels in de vorm van bonussen hadden de verkoop van risicovolle producten in de vorm van onder andere ‘rommelhypotheken’ en verzekeringen opgedreven en de goede naam van de financiële sector beschadigd. Die sector moest later grotendeels overeind worden gehouden met staatssteun, toen de risico’s die waren genomen te groot bleken te zijn. Bekende nieuwssites

¹¹⁸ Zie art. 93-95 Kapitaalvereistenrichtlijn.

¹¹⁹ Preambule Regeling beheerst beloningsbeleid zoals gepubliceerd in de Staatscourant 2021, 42301.

¹²⁰ Helstone, *OenF* 2014, p. 16-35.

als NOS.nl en RTL-nieuws hadden een eigen rubriek over “bonussen en graaiende topmannen”.¹²¹ Er werden ook regelmatig Kamervragen gesteld.

De regulering van bezoldiging in de Nederlandse financiële sector startte met een nadruk op zelfregulering. De gedachte was dat de financiële sector zelf paal en perk moest stellen aan de excessen. Een van de uitkomsten van die aanzet tot zelfregulering was het Herenakkoord dat in maart 2009 tot stand kwam.¹²² De financiële sector, vertegenwoordigd door bestuurders van verzekeraars en banken, heeft aan dit overleg deelgenomen met de toenmalige minister van Financiën Wouter Bos. In dit akkoord is verklaard dat de sector zich committeert aan een duurzaam en gematigd beloningsbeleid.

“Vertrouwen in de sector is essentieel. Met een duurzaam beloningsbeleid dienen excessen die dit vertrouwen aantasten te worden voorkomen, rekening houdend met de diversiteit van de sector en het belang dat bestaat om deskundige medewerkers te kunnen blijven aantrekken. Ook een zorgvuldige communicatie over beloning is van groot belang.”¹²³

Naast deze verklaring kwam in april 2009 het rapport ‘Naar het herstel van vertrouwen’ van de Adviescommissie Toekomst Banken uit. Deze commissie was ingesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken om aanbevelingen te doen ter verbetering van het functioneren van de Nederlandse bancaire sector en daarmee handvatten te bieden voor het herstel van vertrouwen in de banken. De commissie meldt in haar rapport dat op het terrein van beloning een fundamentele mentaliteitswijziging en heroriëntatie van het bankwezen nodig is.¹²⁴ Dit rapport resulteerde later in de Code Banken, in werking getreden in 2010. Deze code is tot stand gekomen op basis van onderlinge afspraken in de sector. Hij past in een reeks van zelfreguleringscodes, zoals de Governance Principles Verzekeraars in 2011 en de Corporate Governance Code in 2008. De Code Banken bevatte beloningsregels voor topfuncties binnen de financiële sector. Een van de belangrijkste was dat de variabele beloning voor bestuurders niet meer dan 100% van het jaarsalaris zou mogen zijn.

In ongeveer dezelfde periode kwam het rapport ‘Verloren Krediet’ uit, van de Tijdelijke Commissie Onderzoek Financieel Stelsel, een commissie ingesteld door de Tweede Kamer. In dit rapport stond een aantal aanbevelingen voor de financiële sector, met de dringende boodschap dat de Code Banken nog niet concreet en beschermend genoeg was. De principes over beloning zouden volgens deze commissie moeten gelden voor alle functionarissen in een bedrijf, in plaats van alleen voor bestuurders en senior management.¹²⁵

De hiervoor besproken zelfreguleringscodes werken op basis van het ‘pas toe of leg uit’-principe. Dat betekent dat de betrokken financiële onderneming van elke bepaling mag

¹²¹ Bijv.: <https://www.rtlnieuws.nl/economie/home/bonussen-en-graaiende-topmannen>

¹²² Dijkhuizen, *TvoB* 2014-5, p. 164 & 165.

¹²³ Brief van de minister van Financiën van 31 maart 2009, FM/2009/0717.

¹²⁴ Brief van de minister van Financiën van 14 april 2009, FM/2009/798 M.

¹²⁵ De Groot, *OenF* 2010, p. 5-31.

afwijken, maar dan wel moet motiveren waarom ze dat heeft gedaan. De monitoringcommissie van de governanceprincipes voor verzekeraars rapporteerde in 2011 dat twee derde van de verzekeraars voldeed aan de beloningsnormen uit de Governance Principes Verzekeraars.¹²⁶

Uit de politiek klonken ondertussen geluiden dat dit zelfreguleringssysteem niet voldeed. Ook de maatschappelijke onrust over de bonuscultuur in de financiële sector bleef. Het werd ook steeds duidelijker dat de financiële sector in het verleden enorme hoeveelheden financiële producten had verkocht die in tijden van crisis zeer negatief hadden uitgediend voor klanten, met als dieptepunt de zogenoemde woekerpolissen. Bonussen werden gezien als een vehikel voor ongebreidelde winstbejag.

De politiek, met de PvdA voorop, wilde een eind maken aan de bonuscultuur in de financiële sector. In het PvdA-verkiezingsprogramma – ‘Nederland sterker en socialer’ uit 2012, toen de PvdA grote kans had om de grootste partij te worden – staat het volgende:

“Een einde aan de bonuscultuur. Er zijn 7 miljoen woekerpolissen verkocht in Nederland. Niet omdat klanten daar om vroegen, maar omdat de bonuscultuur van banken aanzet tot dit ongewenste gedrag. De bankensector moet weer een sector worden waar medewerkers dienstbaar zijn aan hun klanten. De PvdA komt met een initiatiefwetsvoorstel dat bonussen voor bestuurders en anderen werkzaam in de financiële sector rigoureus aan banden legt. Bovenop vaste salarissen mag maximaal 20% variabele beloning worden betaald. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) gaat effectief toezicht houden op het ontwikkelen van nieuwe financiële producten, zodat nieuwe woekerpolissen worden voorkomen. (...) Dit geldt niet alleen voor topbestuurders, maar voor iedereen werkzaam in de sector. (...)”¹²⁷

In het regeerakkoord ‘Bruggen slaan’ van de PvdA en de VVD van oktober 2012 stond het voornemen tot het invoeren van een bonusplafond van 20%.¹²⁸ Dat het de coalitie menens was, bleek uit de beantwoording van Kamervragen van het Kamerlid Nijboer (PvdA) door minister Dijsselbloem naar aanleiding van de hiervoor al kort genoemde bonussen bij Robeco op 11 juli 2013:

“Ik vind met u dat er een einde moet komen aan het uitkeren van excessieve bonussen in de financiële sector. Ik zal uw Kamer kort na het zomerreces informeren over de hoofdlijnen van de Wet beloningsbeleid, waarin ik een integraal en overzichtelijk pakket aan maatregelen presenteer ten aanzien van het beloningsbeleid in de financiële sector. Het bonusplafond van 20% zal hier onderdeel van uitmaken.”¹²⁹

¹²⁶ Monitoring Commissie Governance Principes Verzekeraars 2011 te vinden via: http://old.findinet.nl/~uploads/newsModule/monitoring_verzekeraars_2011.pdf.

¹²⁷ Nederland sterker en socialer, PvdA verkiezingsprogramma p. 14 & 28.

¹²⁸ Regeerakkoord 2012, p. 12. “De hoogte van de maximale variabele beloning binnen de financiële sector wordt wettelijk vastgelegd op 20 procent van de vaste beloning.”

¹²⁹ Aanhangsel *Handelingen II* 2012/13, 2810.

Op 18 juni 2014 werd het wetsvoorstel Wbfo aangeboden aan de Tweede Kamer. De Tweede Kamer stemde bijna unaniem vóór.¹³⁰ Op 7 februari 2015 trad de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen in werking.

De Wbfo is niet noemenswaardig aangepast sinds de inwerkingtreding. Op 27 juni 2017 heeft de Tweede Kamer een motie 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.¹³¹ Maar de aanpassingswetgeving bleef (vooralsnog) uit.

In juli 2018 kwam een evaluatierapport uit. In dit rapport werd voorzichtig een aantal conclusies getrokken, maar die hebben niet geleid tot verdere aanpassing van de Wbfo.

2.11. Doelen en rechtvaardiging

Niet de Europeesrechtelijke 100% van de vaste beloning is het maximum aan variabele beloning, maar 20%. Een primeur in Europa, waarbij Nederland naam maakt als het land met de strengste beloningswetgeving in de financiële sector.¹³² Waar voorheen in Nederland nog voornamelijk aandacht was voor beloning in de publieke sector, heeft die aandacht zich eerst verplaatst naar de semipublieke sector en later naar de financiële sector. De normering ervan vindt bovendien niet meer plaats via zelfregulering, maar met normen die rechtstreeks doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat, vergelijkbaar met de Wnt, niet alleen de grote financiële ondernemingen als normadressaat gelden, maar ook hun werknemers.

De regering motiveerde de Wbfo als volgt:

“De belangrijkste motivatie voor de verschillende maatregelen in het onderhavige wetsvoorstel is consumentenbescherming (met betrekking tot consumenten in hun hoedanigheid van klanten van de financiële sector en als belastingbetaler). Hierboven is aangegeven dat de maatregelen mede zijn ingegeven door incidenten die zich de afgelopen jaren hebben voltrokken binnen de financiële sector.

Deze incidenten zijn mede een gevolg van excessieve variabele beloningen en veelal is de consument de dupe geworden. Een en ander heeft er toe geleid dat het vertrouwen in de financiële sector laag en broos is. De gewenste cultuur- en gedragsverandering ten aanzien van beloningsbeleid heeft zich in onvoldoende mate voltrokken. Hierdoor is nog steeds sprake van een vertrouwens kloof tussen

¹³⁰ Alleen de Tweede Kamerfractie Groep-Bontes/Van Klaveren stemde tegen. *Kamerstukken II 2014/15*, 33964, overzicht van stemmingen in de Tweede Kamer, p. 1.

¹³¹ Dit heb ik al eerder uitgewerkt in een artikel: Barentsen & Van der Vos, *TAO 2017*, p. 159-165.

¹³² Hooguit komt IJsland nog in de buurt met 25%, zie *Opinion of the European Banking Authority on the application of the principle of proportionality to the remuneration provisions in Directive 2013/36/EU* van 21 december 2015, European Banking Authority.

maatschappij en financiële sector en blijft het risico bestaan dat excessieve variabele beloningen blijven leiden tot nieuwe incidenten.”¹³³

In het kort is de rechtvaardiging gelegen in de consumentenbescherming en een vertrouwenskloof. Het moet afgelopen zijn met de door de financiële sector veroorzaakte incidenten. Over het strikte regime van 20% als bonusmaximum, dat veel strenger is dan het regime in de Europese (minimum)richtlijn CRD IV, wordt opgemerkt:

“Het kabinet heeft tijdens de onderhandelingen over een Europees bonusplafond gestreefd naar een gelijk speelveld. Helaas is een bonusplafond dat voldeed aan de Nederlandse eisen niet mogelijk gebleken als gevolg van de grote verschillen die bestaan tussen lokale arbeidsmarkten in Europa, en de daarbij horende uiteenlopende beloningculturen. Het kabinet constateert dat het ongelijke speelveld dat reeds bestond in Europa niet zal worden beëindigd door de invoering van een Europees bonusplafond omdat verschillende lidstaten reeds afwijkende regels hebben ingevoerd of voornemens zijn dit te doen.”¹³⁴

Het klopt dat ook andere lidstaten (inmiddels) afwijkende beloningsregels hebben met betrekking tot het bonusplafond. In 2015 hadden onder meer België, Cyprus, Denemarken en Finland strengere regels dan de Europese richtlijn als minimum hanteerde.¹³⁵ Nog veel meer andere landen hebben er net als Nederland voor gekozen om het toepassingsbereik van het bonusplafond te verbreden naar alle werkenden in de financiële sector, en dus niet te beperken tot diegenen die invloed hebben op het risicoprofiel van de instelling.

In de wetsgeschiedenis van de Wbfo is aandacht geweest voor de impact die de wet mogelijkermijns heeft op het eigendomsrecht en het collectieve-onderhandelingsrecht. Na de uiteenzetting van het juridische kader van art. 1 EP en het recht op eigendom, is door de regering ingegaan op het gebrek aan overgangsrecht en de reden om daar toch voor te kiezen.

“Ten aanzien van het verbod op gegarandeerde variabele beloningen en het terugvorderen en aanpassen van variabele beloningen is niet voorzien in overgangsrecht. Dit betekent dat deze maatregelen onmiddellijke werking zullen hebben, en afspraken met betrekking tot deze onderwerpen die strijdig zijn met de wet na inwerkingtreding van de wet nietig zijn. Het kabinet heeft hier om verschillende redenen voor gekozen. Hierbij is het belang van voortvarende invoering van de regels afgewogen tegen de betrokken belangen. Een belangrijke overweging hierbij is dat voor beide maatregelen geldt dat het grootste deel van deze regels reeds op een deel van het personeel van onder meer banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars van toepassing is. Daarnaast dienen alle financiële ondernemingen over maatregelen voor terugvordering en aanpassing van variabele beloningen te beschikken (voor in

¹³³ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 13.*

¹³⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 6, p. 2.*

¹³⁵ Opinion of the European Banking Authority on the application of the principle of proportionality to the remuneration provisions in Directive 2013/36/EU van 21 december 2015, European Banking Authority.

ieder geval dagelijks beleidsbepalers). Ook is gekeken naar de gevolgen van eventuele uitgestelde werking. Dit zou, ten aanzien van gegarandeerde variabele beloningen, tot gevolg hebben dat een incidentele beloningsvorm die voor een deel van het personeel al enige jaren grotendeels verboden is in Europees verband (en daarmee in feite als ongewenst is aangemerkt), voor een ander deel van het personeel zou worden toegestaan. In het geval van terugvordering en aanpassing zou dit betekenen dat gedurende de overgangstermijn het niet mogelijk is om variabele beloningen aan te passen of terug te vorderen (wanneer voldaan is aan de strenge eisen van de wet). Ten slotte geldt ten aanzien van de regels over terugvordering en aanpassing een beperkte noodzaak voor overgangsrecht. Hier is namelijk sprake is van een verplichting voor de onderneming, maar bestaat geen directe noodzaak tot het aanpassen van individuele overeenkomsten (tenzij daarin is opgenomen dat geen terugvordering of aanpassing kan plaatsvinden). Het kabinet is van oordeel dat een overgangstermijn in deze gevallen een verkeerd signaal af geeft naar zowel de sector als de maatschappij. Het voorgaande heeft er toe geleid dat geen overgangstermijn ten aanzien van de regels over het verbod op gegarandeerde variabele beloningen en de regels over terugvordering en aanpassing is opgenomen.”¹³⁶

Vanuit de financiële sector is wel nadrukkelijk gevraagd om langer overgangsrecht. Het kabinet achtte dat onnodig, omdat de meeste personen werkzaam in de financiële sector al aan de normen zouden voldoen en de financiële sector dus de tijd om de contracten aan te passen niet nodig zou hebben.¹³⁷

In hoofdstuk 3 zal ik nader onderzoeken of het eigendomsrecht juridisch relevante grenzen stelt aan de beloningsingrepen uit de Wbfo. Over een ander mensenrecht dat ik onderzoek in mijn boek, het recht op collectief onderhandelen, laat de regering zich beperkter uit:

“c. vrijheid om collectief te onderhandelen

Op een aantal plaatsen is in internationale verdragen de vrijheid om collectief te onderhandelen vastgelegd. Sociale partners hebben aangegeven van mening te zijn dat het bonusplafond een beperking van de vrijheid om collectief te onderhandelen betekent. Het kabinet erkent dit maar acht de beperking – net als werknemersorganisaties – gerechtvaardigd gelet op de achtergrond van de maatregel, namelijk de bescherming van de consument. Materieel is de beperking van de onderhandelingsvrijheid bovendien beperkt omdat thans in veel cao’s de hoogste haalbare variabele beloning niet hoger is dan 20%. In een aantal gevallen is in de afgelopen periode variabel belonen bij cao afgeschaft. De gevolgen voor personen die onder een cao vallen zullen daarom beperkt zijn.”¹³⁸

¹³⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 13.*

¹³⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 6, p. 21.*

¹³⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 15.*

Over de grenzen van wettelijk ingrijpen in topbeloning in collectieve-onderhandelingsperspectief schrijf ik verder in hoofdstuk 4 en 5.

2.12. Inhoud en reikwijdte

De Wbfo bevat tal van regels met betrekking tot het beloningsbeleid van financiële ondernemingen. Dit beloningsbeleid moet transparant en beheerst zijn. Er mag geen sprake zijn van een excessieve bonuscultuur. De regels omvatten onder meer een bonusplafond, maximalisatie van de vertrekvergoeding, openbaarmakingsverplichtingen over beloningen en regels over soorten beloningen.

2.13. Toepassingsgebied

De Wbfo is van toepassing op financiële ondernemingen. Net als de implementatiewetgeving van de CRD IV, de Regeling beheerst beloningsbeleid, heeft de Wbfo een breder toepassingsbereik dan de CRD IV. Niet alleen banken, maar ook andere financiële ondernemingen zoals afwikkelondernemingen, beleggingsinstellingen, sommige beleggingsondernemingen, pensioenbewaarders, premiepensioeninstellingen, verzekeraars en wisselinstellingen vallen onder de werkingssfeer van de wet. De volgende groepen zijn uitgezonderd van het bonusplafond: beheerders van beleggingsinstellingen, beheerders van instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) en beleggingsondernemingen die uitsluitend voor eigen rekening handelen met eigen middelen en kapitaal, geen externe cliënten kennen en plaatselijke onderneming zijn. Grof gezegd: financiële instellingen die particuliere consumenten bedienen vallen onder de Wbfo.

2.14. Personele reikwijdte

Er zijn bij de Wbfo twee voor het arbeidsrecht belangrijke personele reikwijdtes:

- Groep a) Alle bij de financiële onderneming werkzame personen.
- Groep b) De dagelijksbeleidsbepalers. Dit begrip is niet in de Wft gedefinieerd maar wel in de parlementaire geschiedenis. Deze groep omvat veelal zowel de bestuurders van de onderneming als de managementlaag direct hieronder. Dagelijksbeleidsbepalers zijn personen die de strategie van de financiële onderneming bepalen.¹³⁹ Dagelijksbeleidsbepalers zijn bekend bij de toezichthouder omdat zij op geschiktheid getoetst worden.¹⁴⁰

De personen van groep a vallen onder het bonusplafond. Dit is een belangrijk verschil met eerdere regelgeving, zoals de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2014, waarbij alleen personen die invloed hebben op het risicoprofiel ("identified staff") onder het bonusplafond

¹³⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 6, p. 19.*

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 39.*

vielen.¹⁴¹ Dit betekent dat voor alle werknemers maximaal 20% van het salaris variabel mag zijn.

Ook mogen aan geen enkel natuurlijk persoon werkzaam voor een financiële onderneming vertrekvergoedingen worden betaald indien er sprake is van eigen initiatief van deze persoon en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van deze persoon in zijn functie-uitoefening.

De belangrijkste bepalingen over de vertrekvergoeding gelden echter alleen voor de dagelijksbeleidsbepalers, groep b. Zo mag een dagelijksbeleidsbepaler geen vertrekvergoedingen krijgen bij het falen van de onderneming, en is in andere gevallen de vertrekvergoeding gemaximeerd op 100% van het vaste jaarsalaris.

Bij beide groepen is het van belang op te merken dat alle soorten 'werkcontracten' hieronder vallen. Het gaat niet alleen om krachten die voor de instelling werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, zoals bijvoorbeeld gedetacheerden of bestuurders die op basis van overeenkomst van opdracht werken. Om ontduiking tegen te gaan, is de wet van toepassing op iedereen die werkzaam is bij een financiële onderneming.¹⁴²

2.15. Handhaving en privaatrechtelijke consequenties

De handhaver van de Wbfo is DNB. DNB heeft een speciale handhavingswebsite voor beheerst beloningsbeleid. Op die website staat informatie over onder meer de uitleg van de Wbfo-normen.

Op overtredingen van verschillende beloningsregels uit de Wbfo door financiële ondernemingen staan bestuurlijke boetes. Daarnaast kan DNB, als een financiële onderneming niet voldoet aan de terugvordering van een te hoge beloning, zo'n onderneming ook een aanwijzing of een dwangsom opleggen. Een deel van de normen in de Wbfo heeft ook privaatrechtelijke consequenties, zoals een nietigheidssanctie, volgend uit art. 1:116 lid 3 Wft. Indien een werknemer een contractueel recht heeft op een (te) hoge variabele beloning, is het gedeelte van de beloning dat boven de 20% uitkomt nietig en kan de uitkering worden teruggevorderd op grond van ongerechtvaardigde betaling.¹⁴³ Dit is een uitzondering op het stelsel van de Wft, waarin als hoofdregel geldt dat privaatrechtelijke rechtshandelingen, zoals overeenkomsten, in beginsel niet kunnen worden aangetast door de Wft.¹⁴⁴

Het is voorstelbaar dat een werknemer de werkgever nog aansprakelijk stelt voor een verboden variabele loonafpraak. Veel kans van slagen geef ik dat echter niet. Het is aan de werknemer en werkgever samen om eventueel een vergoeding in de plaats te stellen van zo'n verboden beloning. De regering heeft het beperkte overgangsrecht in het leven geroepen zodat partijen de tijd hebben nog te onderhandelen over nieuw salaris.¹⁴⁵

¹⁴¹ Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2014, art. 2 lid 1.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 3.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 14.

¹⁴⁴ Art. 1:23 Wft.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 14.

Een te hoge afgesproken vertrekvergoeding leidt tot nietigheid van het deel van de afspraak dat de toegestane vergoeding overstijgt. Er is voor bankiers en verzekeraars op dit punt geen overgangsrecht geweest. Nog meer dan van ‘gewone’ werknemers mag van dagelijksbeleidsbepalers verwacht worden dat zij bekend zijn met de geldende restricties voor de vertrekvergoeding. Een nietige vertrekvergoedingsafpraak leent zich niet goed voor compensatie. Een dergelijke compensatie zal immers weer kwalificeren als een vertrekvergoeding. De dagelijksbeleidsbepaler zal gewoon genoeg moeten nemen met minder. Een andere mogelijkheid is een verhoging van het vaste jaarsalaris: dit leidt tot een compensatie vooraf en verhoogt het maximum te betalen vertrekvergoeding (namelijk 100% van het vaste jaarsalaris) ook.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de nietigheidssanctie in de Wbfo zich niet leent voor ambtshalve toetsing.¹⁴⁶ Hoewel met de bepaling van art. 1:125 lid 2 Wft zwaarwegende belangen worden gediend, is zij niet van openbare orde omdat zij niet strekt ter bescherming van algemene belangen van zo fundamentele aard dat zij (ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval) altijd door de rechter moet worden toegepast. De nietigheid leidt ertoe dat de financiële onderneming een bedrag ongerechtvaardigd heeft betaald aan de werknemer. Dit bedrag zal de onderneming moeten terugvorderen van die werknemer. Indien de financiële onderneming dit nalaat, kan DNB eisen dat dit toch gebeurt, bijvoorbeeld onder last van een aanwijzing of een dwangsom.

2.16. Loonbegrip in de Wbfo

In de Wbfo is geen algemeen loonbegrip gedefinieerd. De Memorie van Toelichting stelt voorop dat het loonbegrip ‘zoveel mogelijk’ aansluit bij de Europese regelgeving en de daaruit voortvloeiende richtsnoeren.¹⁴⁷ Tot beloning behoren volgens de toelichting alle financiële en niet-financiële voordelen, direct of indirect aan een werknemer uitgekeerd. Naast het periodieke salaris vallen hier ook andere financiële voordelen onder, zoals opties, aandelen of pensioenbijdragen. Bij niet-financiële voordelen kan gedacht worden aan kortingen op hypotheek en verzekeringen, gebruik van een leaseauto of telefoon.¹⁴⁸ Het ‘loon’ in de Wbfo wordt onderscheiden in respectievelijk variabel loon en vast loon. Dat onderscheid is belangrijk, omdat de precieze hoogte van het vaste loon bepaalt hoeveel het variabele loon mag zijn. Kort gezegd: hoe hoger het vaste loon, hoe hoger de variabele beloning. Na de inwerkingtreding van het bonusplafond is er overigens een trend zichtbaar geweest van banken die de vaste beloning van hun werknemers omhoog hebben bijgesteld.¹⁴⁹ In deze paragraaf bespreek ik de definities van verschillende looncomponenten in de Wft en de mogelijke loonvormen.

¹⁴⁶ HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, *JOR 2018/215*, m.nt. E.L.H. van der Vos, *JAR 2018/166*, m.nt. A.M. Helstone.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33964, nr. 3, p. 4 en 25.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33964, nr. 3, p. 26.

¹⁴⁹ ING verhoogt vast salaris top fors, <https://fd.nl/ondernemen/1097268/ing-vreest-achterstand-op-concurrenten-door-nieuwe-bonuswetgeving>.

Veel beloningselementen in het totale loon van een werknemer van een financiële onderneming kunnen worden onderverdeeld in de rubriek vast of variabel. Vaste beloningen zijn de delen van de totale beloning die onvoorwaardelijk zijn toegekend voor zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, en die onafhankelijk zijn van de prestaties van de werknemer of de onderneming. De hoogte van deze beloning staat al van te voren vast.¹⁵⁰ Een dertiende maand valt dus bijvoorbeeld onder het vaste salaris. Wanneer de dertiende maand echter afhankelijk is van ondernemingsprestaties, is dat niet het geval. Verder geldt als vuistregel: alles wat niet vast is, is daarmee variabel.¹⁵¹ Toch zijn er ook loonelementen die niet vallen onder de noemers vast en variabel. Een voorbeeld hiervan is de later nog aan de orde komende retentiebonus. Bij het bepalen of een loonelement vast of variabel is, is het belangrijk om vast te houden aan het ‘wezen gaat voor schijn’-principe. Dit principe komt de Wbfo binnen dankzij de antimisbruikbepaling. Niet de naam of vorm van de bonus is doorslaggevend, maar datgene wat deze bonus werkelijk beoogt en inhoudt. Over een aantal looncomponenten is nog discussie geweest.

2.16.1. Vertrekvergoeding

Over de vraag of de vertrekvergoeding vast of variabel is, heeft de minister aangegeven dat de vertrekvergoeding in de meeste gevallen vast zal zijn, mits niet afhankelijk van de prestatie van de werknemer.¹⁵²

Dit is net een wat andere benadering dan die van de EBA-Guidelines, waar de Nederlandse wetgever nu juist zoveel mogelijk bij heeft willen aansluiten. De EBA-Guidelines gaan uit van een variabel loonbegrip dat vertrekvergoedingen omvat, zij het met uitzonderingen voor door nationaal arbeidsrecht voorgeschreven ontslagvergoedingen.¹⁵³

De regering heeft verder aangegeven dat de vertrekvergoeding ook als ‘vaste’ beloning niet meetelt voor de reguliere jaarlijkse vaste beloning waarop het bonusplafond is gebaseerd.¹⁵⁴ Ook een vertrekvergoeding toegekend door de rechter valt niet onder het vertrekvergoedingsmaximum.¹⁵⁵

2.16.2. Gegarandeerde bonus

Een verboden loonvorm is de gegarandeerde variabele beloning.¹⁵⁶ Een gegarandeerde variabele beloning is een incidentele beloningsvorm waarvoor geen of zeer beperkte prestatiecriteria gelden.¹⁵⁷ Een voorbeeld hiervan is de onder voorwaarden wel toegestane welkomst- of tekenbonus. Deze mag slechts gedurende het eerste jaar worden toegekend.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 4 en 26.

¹⁵¹ Art. 1:111 Wft.

¹⁵² *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 6, p. 18.

¹⁵³ Eba Guidelines on sound remuneration article 154 “severance payments should be considered as variable remuneration.”

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 34.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 9.

¹⁵⁶ Art. 1:124 Wft.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 6, p. 5.

2.16.3. Retentiebonus¹⁵⁸

Een variabele, maar van het bonusplafond uitgezonderde beloning is de retentiebonus. Een retentiebeloning is bedoeld voor het behoud van voor een onderneming relevant personeel bij een duurzame organisatiewijziging. Gedacht kan daarbij worden aan een fusie, splitsing of overname. Een retentiebeloning is toegestaan mits er sprake is van een incidentele en bijzondere gebeurtenis en voldaan wordt aan in de wet beschreven voorwaarden. Deze voorwaarden houden in dat aan een natuurlijk persoon werkzaam bij een financiële onderneming alleen een retentiebeloning kan worden toegekend indien a) de beloning noodzakelijk is in verband met een duurzame organisatiewijziging van de onderneming, b) de beloning strekt tot het behouden van deze persoon voor de onderneming, c) de variabele beloning niet samen met de andere dat jaar toegekende variabele beloningen meer dan 100% vormt van het vaste jaarsalaris en de laatste, belangrijkste: d) DNB schriftelijk heeft ingestemd met de toekenning van de variabele beloning. De regering heeft aangegeven dat het enkele feit dat een persoon is benaderd om over te stappen naar een andere onderneming geen aanleiding geeft voor toekenning van een variabele beloning op basis van dit artikel. Een belangrijke bovengrens is ook dat de variabele beloningen tezamen (dus retentiebeloning + overige variabele beloningen) niet meer dan 100% van het vaste jaarsalaris mogen zijn.

2.16.4. Dividenduitkeringen voor partners

In lijn met de bij de inwerkingtreding van de Wbfo geldende internationale guidelines van de EBA en de ESMA, zijn dividenduitkeringen voor partners, deelnemers e.d. uitgezonderd van het beloningsbegrip. Deze tellen dus niet mee bij het bepalen van de vaste of variabele beloning. Zodra er echter sprake is van misbruikconstructies, worden de uitkeringen desalniettemin als variabele beloning beschouwd.¹⁵⁹

2.16.5. Onkosten

Het is de vraag of onkostenvergoedingen, zoals reiskostenvergoedingen, onder het vaste beloningsbegrip vallen, en daarmee het maximum voor variabele beloning verhogen. In de parlementaire geschiedenis van de Wbfo is deze vraag niet aan de orde geweest. Een onkostenvergoeding vormt in ieder geval geen variabele beloning. De doorslaggevende vraag is of een onkostenvergoeding als een financieel voordeel kwalificeert. En daarna: of de beloning als tegenprestatie voor de arbeid bedoeld is. Omdat een zuivere onkostenvergoeding niet als financieel voordeel wordt gedefinieerd, blijft een dergelijke onkostenvergoeding buiten het loon. De betrokken werknemer gaat er door de betaling ervan immers niet op vooruit. De naam van de vergoeding kan een aanwijzing bevatten maar is niet leidend. Zodra een onkostenvergoeding de zuivere kosten te boven gaat, is er sprake van financieel voordeel en vaste beloning en zal deze vergoeding dus meetellen voor de ratio vast/variabel.

¹⁵⁸ Art. 1:122 Wft.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 27.

2.16.6. Antimisbruikbepaling

In tegenstelling tot in de Wnt is in de Wbfo een antimisbruikbepaling opgenomen. Deze bepaalt dat financiële ondernemingen of groepshoofden ervoor zorg dragen dat er geen gebruik wordt gemaakt van ontwijkingsmethoden.¹⁶⁰ Ook bepaalt de antimisbruikbepaling dat bij de beoordeling van vaste of variabele beloning moet worden gekeken naar alle kenmerken van de beloning, niet alleen naar de naam.

Dat een echte definitie van loon ontbreekt in de Wbfo, is op het eerste gezicht hooguit onhandig. Ingewikkeld wordt het echter bij de samenloop van de transitievergoeding en de maximale vertrekvergoeding. Een vast jaarsalaris heeft een andere betekenis in boek 7 BW dan in de Wbfo. In hoofdstuk 6 beschrijf ik hoe partijen kunnen omgaan met deze problematiek.

2.17. Overgangsrecht

Het overgangsrecht in de Wbfo heeft slechts betrekking op het bonusplafond en de maximalisatie van de vertrekvergoeding. De overige maatregelen zijn direct in werking getreden. Het bonusplafond bevat strikt genomen iets minder dan 11 maanden overgangsrecht maar daar staat tegenover dat de wet 5 weken later in werking is getreden dan verwacht. Het overgangsrecht kon door de financiële instelling gebruikt worden om verplichtingen van voor de inwerkingtreding van de wet nog na te komen. In het eerste jaar van de wet konden dus bonussen hoger dan 20% worden toegekend. De financiële instellingen werden geacht dit jaar te gebruiken om in overleg te treden met de medewerkers om de arbeidsvoorwaarden, contractuele afspraken en dergelijke te herzien.¹⁶¹ De vertrekvergoedingsmaximalisatie tot maximaal 100% van het vaste jaarsalaris had slechts een half jaar overgangsrecht voor financiële ondernemingen. Maar deze al best korte termijn gold überhaupt niet voor banken en verzekeraars, omdat de Code Banken en Governance Principes Verzekeraars reeds op hen van toepassing waren.¹⁶²

Bij de Wbfo heeft de wetgever – heel anders dan bij de Wnt – gekozen voor een bijzonder kort overgangsrecht. Binnen een jaar na de inwerkingtreding was iedereen volledig gebonden aan alle regels. Om het verschil te onderstrepen: de Wnt was pas 9 jaar na inwerkingtreding helemaal van toepassing op alle topfunctionarissen.

Vanuit de financiële sector is wel nadrukkelijk gevraagd om langer overgangsrecht. Het kabinet achtte dat onnodig, omdat de meeste personen werkzaam in de financiële sector al aan de normen zouden voldoen en werkgevers dus de tijd om de contracten aan te passen niet nodig zouden hebben.¹⁶³

Het overgangsrecht uit de Wbfo speelt op zijn beurt weer een rol bij het eigendomsrecht in hoofdstuk 3.

¹⁶⁰ Art. 1:116 Wft.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 37.

¹⁶² *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 3, p. 39.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33964, nr. 6, p. 21.

2.18. De Wnt en de Wbfo beschouwd

In dit hoofdstuk heb ik de Wnt en de Wbfo nader beschouwd, door onder meer in te gaan op de rechtvaardiging en doelen, de wetsgeschiedenis en -ontwikkeling, de inhoud en reikwijdte, handhaving, het loonbegrip en het overgangsrecht.

In mijn proefschrift zal de Wbfo, net als de Wnt, verschillende keren ten tonele worden gevoerd. Dit is omdat de Wbfo en de Wnt dé voorbeelden zijn van beloningswetgeving in het Nederlandse rechtssysteem, en mij kunnen helpen om inzichtelijk te maken wat de grenzen zijn aan wettelijk ingrijpen in topbeloning.