

No.W04.16.0344/I

's-Gravenhage, 16 december 2016

Bij Kabinetsmissive van 20 oktober 2016, no.2016001820, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector naar aanleiding van de wetsevaluatie (Evaluatiewet WNT), met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in verschillende wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) naar aanleiding van de eind 2015 afgeronde evaluatie betreffende het functioneren van de WNT in de eerste drie jaren na de inwerkingtreding van de wet begin 2013.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over een deel van het voorstel die van dien aard zijn dat zij adviseert het voorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden dan nadat daarmee rekening is gehouden. Uit de evaluatie komt naar voren dat de ervaringen met de WNT beperkt zijn.<sup>1</sup> Daarom zijn de effecten maar in beperkte mate vast te stellen. Om die reden acht de Afdeling terughoudendheid geboden bij het opnieuw doorvoeren van stelselwijzigingen.

De Afdeling heeft bezwaren tegen de onderdelen van het voorstel die betrekking hebben op uitbreiding van de werkingssfeer van de WNT tot bepaalde gelieerde rechtspersonen en tot rechtspersonen die werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van zorginstellingen. Hiermee wordt doorgedrongen in de private sfeer zonder dat daarvoor voldoende rechtvaardiging bestaat. In verband daarmee concludeert de Afdeling ook, dat deze uitbreidingen in strijd zijn met artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en met de regels inzake het vrije verkeer, zoals die zijn neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en de daarop gebaseerde regelgeving. Voorts heeft de Afdeling bezwaar tegen de introductie van een algemeen geformuleerde anti-misbruikbepaling, gelet op de rechtsonzekerheid die deze teweegbrengt.

## 1. Algemeen

De WNT is na een lange daaraan voorafgaande discussie over de bezoldiging in de publieke sector begin 2013 in werking getreden. Al snel na de inwerkingtreding is de wet op enkele punten ingrijpend gewijzigd.<sup>2</sup> In artikel 7.2 WNT is bepaald dat een eerste integrale evaluatie van de WNT plaats dient te vinden binnen drie jaar. In het evaluatierapport wordt dan ook opgemerkt dat een belangrijk gegeven is dat de WNT nog maar relatief kort van kracht is en bovendien na de inwerkingtreding van de WNT een groot aantal wijzigingen is doorgevoerd.<sup>3</sup> Het gevolg is dat de effecten van de WNT, en daarbij in het bijzonder van de vele wijzigingen die na de inwerkingtreding zijn

---

<sup>1</sup> Mede vanwege de vele wijzigingen die sinds de inwerkingtreding van de wet zijn doorgevoerd.

<sup>2</sup> In het bijzonder kan worden gewezen op de verlaging van de bezoldigingsmaxima (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT).

<sup>3</sup> Evaluatie van de Wet normering topinkomens (WNT), Eindrapportage wetsevaluatie WNT 2013-2015, december 2015 (Kamerstukken II 2015/16, 34 366, nr. 1), blz. 4.

doorgevoerd, in beperkte mate vast te stellen en empirisch te onderzoeken zijn. Met dit voorbehoud is bij de evaluatie geconcludeerd dat er indicaties zijn dat het met de naleving van de WNT niet slecht is gesteld, zowel waar het gaat om de normering van topinkomens, als wat betreft ontslagvergoedingen. Wel wordt gewezen op enkele uitvoeringsproblemen.

Tegen deze achtergrond begrijpt de Afdeling de wens om naar aanleiding van de evaluatie enkele praktische knelpunten in de uitvoering aan te pakken. De beperkte ervaringen met het stelsel tot nu toe, alsmede de vele wijzigingen die na de inwerkingtreding al zijn doorgevoerd, leiden ertoe dat terughoudendheid geboden is bij het doorvoeren van nog verdere aanscherpingen van de normstelling in de WNT en bij uitbreiding van de reikwijdte van de wet. Het ligt, zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt,<sup>4</sup> niet voor de hand tot dergelijke stappen over te gaan vóórdat de bestaande wetgeving tot volle werking is gekomen en de directe en indirecte effecten daarvan zichtbaar zijn geworden. Dat stadium is met de huidige WNT nog niet bereikt. In het voorliggende voorstel is deze terughoudendheid bij enkele onderdelen niet betracht. Daarbij wijst de Afdeling in het bijzonder op de onderdelen met betrekking tot gelieerde vennootschappen, met betrekking tot het tegengaan van misbruik en met betrekking tot zorginstellingen, die ertoe leiden dat de reikwijdte van de WNT aanzienlijk wordt uitgebreid.

De Afdeling merkt in dit verband op dat bij het bepalen van de reikwijdte van de WNT het onderscheid tussen de private en de publieke sector van belang is. Wat de private sector betreft, is het geboden dat de zelfstandigheid en het private karakter van instellingen die in de private sector werkzaam zijn, wordt gerespecteerd. Tegenover de private sector staat de publieke sector, waar met collectieve gelden wordt gewerkt en waar de parlementair-democratische controle op de besteding van deze gelden altijd mogelijk moet zijn. Dit onderscheid is te herleiden tot de aanvankelijk strakke scheiding tussen de sector Rijk en de maatschappelijke sector, anders gezegd, tussen de publieke en de private sector. De sinds de jaren zeventig en tachtig toenemende verwevenheid tussen beide sectoren heeft de wetgever op verschillende terreinen doen besluiten bepaalde categorieën, die strikt genomen niet tot de sector Rijk behoren, toch tot die sector te rekenen, indien en voor zover deze een bijzondere relatie, in het bijzonder een financiële, met het Rijk hebben.<sup>5</sup> Dit geldt ook voor de WNT, waar de financiering van de bezoldiging van topfunctionarissen uit publieke middelen, alsook het verrichten van wettelijke taken en publiek belang als rechtvaardiging zijn aangevoerd.<sup>6</sup>

Bij de WNT is reeds gekozen voor een ruime reikwijdte in de afbakening tussen de private en de publieke sfeer.<sup>7</sup> Met de genoemde voorstellen wordt de reikwijdte van de WNT uitgebreid tot rechtspersonen waarvan niet kan worden gezegd dat deze behoren tot de publieke of de semi-publieke sector. Aldus wordt de grondslag van de WNT en de daarmee beoogde doelstelling – regulering van de bezoldiging in de publieke en semi-publieke sector – verlaten. Daar komt bij dat ook de zelfstandigheid en het private

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33 978, nr. 4, blz. 7 (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT).

<sup>5</sup> Te denken valt aan de controlebevoegdheden die de Algemene Rekenkamer op grond van de Comptabiliteitswet 2001 in bepaalde gevallen heeft bij private instellingen en bedrijven.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 600, nr. 4, blz. 5.

<sup>7</sup> Zo zijn zorginstellingen onder de werkings sfeer van de WNT gebracht, ook al hebben zij een zeer beperkte directe financiële relatie met de overheid en dragen zij – anders dan voorheen – inmiddels zelf bedrijfsrisico's en hebben zij ook overigens een steeds minder door de overheid beschermde positie.

karakter van instellingen die in de private sector werkzaam zijn niet in acht wordt genomen. Dit raakt de privaatrechtelijke autonomie en de ondernemersvrijheid. In dit verband moet worden bedacht dat het specifieke karakter van de private instellingen ook in internationale en Europese regels is beschermd. Het ontbreken van een deugdelijke grondslag voor overheidsingrijpen in de bezoldiging in (bepaalde onderdelen van) de private sectoren leidt tevens tot willekeur.

In de punten hierna gaat de Afdeling nader in op de onderdelen van het voorstel waar het in dezen om gaat.

## 2. Gelieerde vennootschappen

Met het huidige artikel 1.1, onder m, WNT vallen vennootschappen waarin een rechtspersoon die onder de reikwijdte van de WNT valt, zeggenschap heeft, onder de WNT. Met het voorstel worden ook rechtspersonen die “zeggenschap” hebben in een rechtspersoon die onder de WNT valt, onder de reikwijdte van de WNT gebracht.<sup>8</sup> Het gaat daarbij om een ingrijpende uitbreiding: de WNT wordt ook van toepassing op een rechtspersoon die een rechtspersoon die valt onder de WNT heeft opgericht of doen oprichten, dan wel één of meer leden in het bestuur benoemt of op andere wijze invloed van betekenis heeft op het beheer of beleid van de rechtspersoon die valt onder de WNT (voorgesteld artikel 1.1, onderdeel m, onder 3°). Hieruit kan onder meer worden afgeleid dat de enkele bevoegdheid één of meer leden van het bestuur te benoemen, voldoende is om de organisatie onder de reikwijdte van de WNT te brengen.

### a. *Publieke of semi-publieke sector*

De Afdeling merkt op, dat de WNT zich richt op de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semi-publieke sector.<sup>9</sup> Met het voorliggende voorstel wordt de reikwijdte van de WNT uitgebreid tot organisaties die niet zijn aan te merken als behorend tot de publieke of semi-publieke sector. Te denken valt aan de veel voorkomende situatie waarin een verzekeringsmaatschappij een zorgverzekeraar als onderdeel van een groep heeft, en in verschillende andere onderdelen van de groep verschillende commerciële verzekeringsactiviteiten plaatsvinden. Als gevolg van het wetsvoorstel gaan de voor zorgverzekeraars geldende WNT-normen ook gelden voor bestuurders van de holdingmaatschappij. Van die holdingmaatschappij kan niet gezegd worden dat deze behoort tot de publieke of semi-publieke sector. Het verzekeringsconcern als geheel is immers een onderneming die voor eigen rekening en risico ondernemingsactiviteiten ontplooit. De enkele omstandigheid dat een werkmaatschappij zorgverzekeringsactiviteiten verricht, maakt nog niet dat de holdingmaatschappij tot de publieke of semi-publieke sector moet worden gerekend. De hiervoor genoemde bezwaren gelden in nog sterkere mate gegeven het enkele feit dat een rechtspersoon de bevoegdheid heeft om één of meer leden van het bestuur in een rechtspersoon die valt onder de WNT te benoemen, voldoende is om ook onder de WNT te worden gebracht. De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de WNT wordt daarmee aanzienlijk groter en strekt zich ook uit over rechtspersonen die een beperkte zeggenschap hebben over de desbetreffende rechtspersoon.

---

<sup>8</sup> Artikel I, onder A, vijfde lid.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 600, nr. 4, blz. 5.

b. *Noodzaak en proportionaliteit*

Volgens de toelichting is de voorgestelde uitbreiding ingegeven door de wens ontwijking van de WNT-normen tegen te gaan. Uit de evaluatie van de WNT kan de Afdeling niet afleiden dat de thans geldende regels inzake gelieerde rechtspersonen die erop zijn gericht ontwijking tegen te gaan, onvoldoende soelaas bieden. Evenmin blijkt dat sprake is van ernstige, veel voorkomende, vormen van ontwijking die aanpak ervan noodzakelijk maken. Ook uit de toelichting wordt vooralsnog de noodzaak om in te grijpen niet duidelijk gemaakt. De Afdeling merkt op dat voor een ingrijpende maatregel als thans voorgesteld alleen aanleiding kan bestaan indien zou blijken dat structureel en veelvuldig sprake is van het ontwijken van de WNT door middel van vennootschapsrechtelijke constructies. Daarvan is niet gebleken.

Voorts merkt de Afdeling op dat de voorgestelde uitbreiding verder gaat dan nodig is voor het tegengaan van ontwijking. Met het voorstel gaat de WNT immers gelden voor alle rechtspersonen die "zeggenschap" hebben in een rechtspersoon die valt onder de WNT. De enkele zeggenschap betekent niet dat sprake is van ontwijking. De Afdeling concludeert dan ook dat het voorstel verder gaat dan nodig is, gelet op het doel ervan.

c. *Eigendom*

De normering van topinkomens ingevolge de WNT moet, wanneer sprake is van ingrijpen in bestaande afspraken omtrent bezoldiging, worden beschouwd als een inbreuk op eigendomsrechten die valt onder artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Een dergelijke inbreuk is toegestaan indien hiervoor een wettelijke grondslag bestaat, de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang dient en er een "fair balance" is gevonden tussen de behartiging van het algemene belang en de eigendomsrechten waarop inbreuk wordt gemaakt. Hiervoor heeft de Afdeling opgemerkt dat zelfs indien moet worden aangenomen dat er reden kan zijn om bepaalde misbruiksituaties tegen te gaan, het voorstel verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Het voorstel voldoet daarmee niet aan het proportionaliteitsvereiste. Geconstateerd moet worden dat van een "fair balance" bij het voorliggende voorstel geen sprake is.

d. *Recht van de Europese Unie*

De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de WNT tot organisaties buiten de publieke en semi-publieke sector raakt ook aan de vrijheid van vestiging, dienstverlening en het vrije werknemersverkeer, zoals dat is neergelegd in het VWEU en de daarop gebaseerde regelgeving. Belemmeringen van het vrije verkeer kunnen onder omstandigheden toegestaan zijn, mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat en wordt voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen, gaat het voorstel, zelfs indien moet worden aangenomen dat er reden kan zijn om bepaalde misbruiksituaties tegen te gaan, verder dan noodzakelijk is voor het tegengaan van het gestelde misbruik. Het voorstel voldoet daarmee niet aan het proportionaliteitsvereiste.

e. *Conclusie*

De Afdeling concludeert dat de WNT met het wetsvoorstel in de private sfeer treedt doordat rechtspersonen die niet als zodanig tot de publieke of semi-publieke sfeer behoren, onder de reikwijdte van de WNT worden gebracht. De enkele omstandigheid dat een rechtspersoon zeggenschap heeft in een andere rechtspersoon die wél onder

de WNT valt, maakt nog niet dat deze rechtspersoon zelf ook tot de publieke of semi-publieke sfeer gerekend kan worden.

De in de toelichting aangevoerde noodzaak om met de voorgestelde uitbreiding misbruik en ontduiking van de WNT tegen te gaan, blijkt niet uit de evaluatie van de WNT. Daarbij is niet gebleken dat structureel en veelvuldig sprake is van het ontwijken van de WNT door middel van vennootschapsrechtelijke constructies. Tot slot gaat het voorstel verder dan nodig is gelet op het doel ervan, doordat de uitbreiding geldt voor alle rechtspersonen die zeggenschap hebben in een rechtspersoon die valt onder de WNT en niet alleen wanneer misbruik of ontduiking kan worden aangetoond. Dat leidt er tevens toe dat in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM niet kan worden gesproken van een “fair balance” tussen het gediende algemeen belang en de inbreuk op eigendomsrechten zoals voorgesteld. Ook is het voorstel, bij het ontbreken van een rechtvaardiging, in strijd met de regels inzake het vrije verkeer in de Europese Unie.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling dit onderdeel te schrappen.

### 3. Zorginstellingen

Zorginstellingen die zijn toegelaten onder artikel 5 van de wet toelating zorginstellingen (WTZi) vallen ingevolge bijlage 1 bij de WNT onder de reikwijdte van de WNT. Omdat bij veel zorginstellingen de feitelijke werkzaamheden worden uitbesteed aan organisaties die zelf geen WTZi-toelating hebben, wordt thans voorgesteld de reikwijdte van de WNT uit te breiden tot die organisaties.<sup>10</sup> Voorzien is in enkele uitzonderingen, zoals voor maatschappen van medisch specialisten.

Volgens de toelichting is deze wijziging ingegeven doordat in de uitvoeringspraktijk van de WNT is gebleken dat in de zorgsector gebruikelijk is dat een instelling met WTZi-toelating de daadwerkelijke zorgverlening uitbesteedt aan een andere zorgorganisatie zonder WTZi-toelating, die niet valt onder de reikwijdte van de WNT.

De Afdeling merkt op, dat in de huidige WNT al is gekozen voor een ruime reikwijdte waar het gaat om zorginstellingen, nu deze een zeer beperkte directe financiële relatie met de overheid hebben en zij – anders dan voorheen – inmiddels zelf bedrijfsrisico's dragen en ook overigens een steeds minder door de overheid beschermde positie hebben.

Bij organisaties die werkzaamheden uitvoeren in opdracht van een zorginstelling is het verband met de overheid nog verder verwijderd. De uitbesteding van werkzaamheden kan zeer verschillende vormen aannemen, van de uitbesteding van enkele ondersteunende activiteiten, zoals catering en schoonmaak, tot de volledige bedrijfsvoering van een zorginstelling. Bij de rechtspersonen die deze taken uitvoeren is veelal sprake van private ondernemingen die voor eigen rekening en risico opereren en die zelf geen bijzondere relatie met de overheid hebben. Het enkele feit dat een onderneming een overeenkomst sluit met de overheid of een semi-publieke instelling, maakt deze nog niet zelf tot semi-publieke instelling. Daarbij moet ook worden bedacht dat een dergelijke organisatie méér activiteiten kan ontplooiën dan alleen de

---

<sup>10</sup> Bijlage bij 1.3, onder 7.

werkzaamheden ten behoeve van de WTZi-toegelaten instelling (hier kan wederom worden gewezen op catering- en schoonmaakactiviteiten). Maar ook bij de kernactiviteiten in de zorg moet worden bedacht dat instellingen niet alleen activiteiten verrichten in het kader van via de Zorgverzekeringswet verzekerde zorg. Bij aanvullende verzekeringen gelden de bijzondere voorwaarden niet die vanwege het algemene belang gelden voor de basisverzekering. Daarnaast kan sprake zijn van zorg buiten het verzekerde circuit om (bijvoorbeeld in de plastische en cosmetische chirurgie komt dit veelvuldig voor).

Het voorgaande brengt mee dat een bijzondere rechtvaardiging nodig is om organisaties die werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van WTZi-toegelaten instellingen onder de werkingssfeer van de WNT te brengen. Indien daarvoor al een argumentatie te vinden is, dient een regeling dienaangaande voldoende nauwkeurig te worden toegespitst op die situaties waarin publieke belangen en publieke financiering zodanig overheersen in het functioneren van dergelijke organisaties, dat kan worden gezegd dat zij tot de semi-publiekrechtelijke sector behoren. Hierin voorzien de wettekst en de toelichting niet. Dit leidt ook tot de conclusie dat deze voorgestelde uitbreiding, bij het ontbreken van een rechtvaardiging, in strijd is met de regels inzake het vrije verkeer.<sup>11</sup>

De Afdeling adviseert dit onderdeel te schrappen.

#### 4. Algemene anti-misbruikbepaling

Het voorstel introduceert in het voorgestelde artikel 1.6b WNT een algemene anti-misbruikbepaling.<sup>12</sup> Volgens het eerste lid past de desbetreffende minister de wet toe conform doel en strekking van de wet indien één of meer partijen constructies opzetten die beogen de toepassing van de WNT te ontwijken en die in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Voordat deze bepaling wordt toegepast krijgen partijen ingevolge het tweede lid de gelegenheid om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een constructie.

Volgens de toelichting wordt met deze bepaling beoogd een algemeen handvat te bieden tegen wetsontwijking nu het voor de wetgever niet mogelijk is om alle constructies vooraf uitputtend in kaart te brengen en in wetgeving onmogelijk te maken.<sup>13</sup>

De Afdeling acht de wens om wetsontwijking tegen te gaan op zichzelf begrijpelijk. Daarbij is, zoals de toelichting stelt, niet altijd van tevoren goed te voorzien welke situaties zich zullen kunnen voordoen. Een algemene bepaling kan in dat verband uitkomst bieden. Er moet echter ook worden onderkend dat een algemene anti-misbruikbepaling afbreuk doet aan de rechtszekerheid. Er zal een adequaat evenwicht moeten worden gevonden tussen de wens om ontwijking van de wettelijke normen tegen te gaan en de rechtszekerheid in de praktijk. Tegen deze achtergrond merkt de Afdeling het volgende op.

---

<sup>11</sup> Vergelijk de opmerkingen hiervoor in punt 2.d met betrekking tot de gelieerde vennootschappen.

<sup>12</sup> Artikel 1.6b.

<sup>13</sup> Toelichting, paragraaf 4.4.

a. *Kenbaarheid*

Om te kunnen bepalen of sprake is van constructies waarmee wordt beoogd de wet te ontwijken, is van belang dat de normstelling van de WNT helder is. Zoals uit de vele wijzigingen sinds de inwerkingtreding van de wet blijkt, en bij de evaluatie van de WNT is onderkend,<sup>14</sup> is het stelsel nog volop in ontwikkeling en zijn er nog maar beperkt ervaringen mee opgedaan. Omdat de WNT nog onvoldoende is uitgekristalliseerd is het zeer de vraag of afdoende kan worden bepaald wanneer al dan niet sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van de WNT. Het risico bestaat daardoor dat de introductie van een algemene anti-misbruikbepaling in deze fase van de WNT tot te grote rechtsonzekerheid voor betrokkenen zal leiden.

Voorts merkt de Afdeling op dat de voorgestelde anti-misbruikbepaling algemeen van aard is en de gehele wet omvat. Dat betekent dat de normstelling van de WNT voor alle onderdelen en aspecten ervan voldoende uitgekristalliseerd en helder moet zijn, zodat betrokkenen vooraf kunnen weten wanneer toepassing van deze algemene anti-misbruikbepaling in beeld komt. Hiervan lijkt geen sprake.

Dat de kenbaarheid van de normstelling van de WNT met het bestaan van een anti-misbruikbepaling problematisch is, wordt in de toelichting onderkend, waar wordt vermeld dat aan de algemene anti-misbruikbepaling zelf geen objectieve en verifieerbare criteria zijn te ontleen die de accountant kan toetsen.<sup>15</sup> Vermeld wordt dat in het Controleprotocol WNT aan dit vraagstuk aandacht zal worden besteed. De Afdeling merkt hierover op, dat dit de vraag oproept waarom van de betrokkenen bij de onder de WNT vallende rechtspersoon verwacht mag worden dat deze kunnen weten wanneer sprake is van een situatie waarin toepassing van de anti-misbruikbepaling in beeld komt, terwijl dit van de accountant niet mag worden verwacht.

b. *Oogmerk*

In het voorgestelde artikel 1.6b, eerste lid, WNT geldt voor toepassing van de anti-misbruikbepaling of sprake is van “een of meer constructies die beogen de toepassing van de wet te ontwijken en die in strijd zijn met doel en strekking van de wet”. De toelichting vermeldt dat voor de vormgeving aansluiting is gezocht bij de fiscale wetgeving.

De Afdeling merkt op, dat – anders dan het geval is in de fiscale wetgeving – in het voorstel onvoldoende duidelijk is in welke gevallen sprake kan zijn van “een of meer constructies die beogen de toepassing van de wet te ontwijken en die in strijd zijn met doel en strekking van de wet”. Bedacht moet worden dat de keuze voor bepaalde “constructies” niet uitsluitend met het oog op de WNT hoeven te worden vormgegeven, maar dat daaraan ook andere, zakelijke motieven ten grondslag kunnen liggen. Het ligt niet voor de hand om, indien zakelijke motieven aanwezig zijn, de enkele omstandigheid dat daarmee de WNT maar ten dele van toepassing of effectief is, in zulke gevallen te concluderen dat sprake is van ongeoorloofde ontwijking. Van betrokkenen kan immers niet worden verwacht dat zij hun arbeidsrelatie vormgeven op een wijze die uit oogpunt van de WNT voor hun ongunstig uitpakt. Anders ligt dat

---

<sup>14</sup> Evaluatie van de Wet normering topinkomens (WNT), Eindrapportage wetsevaluatie WNT 2013-2015, december 2015 (Kamerstukken II 2015/16, 34 366, nr. 1).

<sup>15</sup> Toelichting, paragraaf 4.4.

mogelijk wanneer ontwijking van de normen van de WNT het uitsluitende oogmerk van de vormgeving van de arbeidsrelatie is.

De wettekst en de toelichting bieden naar het oordeel van de Afdeling op dit punt onvoldoende duidelijkheid.

c. *Bewijslast*

De wettekst is aldus opgezet dat wanneer zich de situatie voordoet van “een of meer constructies die beogen de toepassing van de wet te ontwijken en die in strijd zijn met doel en strekking van de wet” de minister die het aangaat de wet toepast in overeenstemming met de bedoeling ervan. Daarvoor krijgen de betrokkenen de gelegenheid om aannemelijk te maken dat van een dergelijke constructie geen sprake is.<sup>16</sup>

Uit deze wettekst wordt niet duidelijk aan welke eisen de desbetreffende minister moet voldoen om de anti-misbruikbepaling te kunnen toepassen. Onduidelijk is of hij moet stellen of bewijzen dat sprake is van een constructie. In de artikelsgewijze toelichting wordt opgemerkt dat het tweede lid voorziet in omkering van de bewijslast, in die gevallen waarin de verantwoordelijke minister heeft aangegeven van mening te zijn dat er sprake is van een constructie. Hieruit leidt de Afdeling af, dat kennelijk beoogd is dat voor de minister voldoende is, dat deze van mening is dat sprake is van een constructie en dat de betrokkenen dan moeten bewijzen dat dit niet het geval is. Nog los van de omstandigheid dat deze kennelijke bedoeling niet blijkt uit de wettekst, acht de Afdeling een dergelijke verdeling van de stel- en bewijslast onevenredig voor betrokkenen. Onvoldoende is dat de minister kennelijk kan volstaan met het geven van een mening om deze bepaling toe te kunnen passen. Ook is noch uit de wettekst noch uit de toelichting af te leiden aan de hand van welke maatstaven en gegevens de belanghebbende moet bewijzen dat geen sprake is van een constructie.

d. *Omvang probleem*

Uit de evaluatie komt naar voren dat de nalevingsbereidheid bij (semi)publieke instellingen groot is; in sommige gevallen worden de grenzen van de wet opgezocht, zo wordt geconcludeerd, en worden constructies gehanteerd of worden juridische vorm of presentatie zodanig ingericht dat de WNT niet of maar ten dele van toepassing of effectief is.<sup>17</sup> Uit de evaluatie komt ook naar voren dat inmiddels voor deze problemen een oplossing is gevonden. Dit roept de vraag op wat de omvang van het probleem is dat met het voorstel moet worden aangepakt. Uit de evaluatie lijkt in ieder geval niet te kunnen worden afgeleid dat er een zodanig groot probleem is, dat er een noodzaak bestaat om een dergelijke bepaling te introduceren.

e. *Conclusie*

Gelet op het voorgaande komt de Afdeling tot de conclusie dat de voorgestelde algemene anti-misbruikbepaling tot teveel rechtsonzekerheid leidt. De WNT is nog onvoldoende uitgekristalliseerd, terwijl de voorgestelde bepaling veel vragen openlaat. Bovendien is de noodzaak tot introductie ervan onvoldoende duidelijk gemaakt. Indien zich veelvuldig bepaalde concrete situaties van misbruik voordoen, kan er volgens de Afdeling aanleiding zijn om specifieke maatregelen te nemen, op die situaties van

---

<sup>16</sup> Artikel 1.6b, tweede lid, WNT.

<sup>17</sup> Evaluatie van de Wet normering topinkomens (WNT), Eindrapportage wetsevaluatie WNT 2013-2015, december 2015 (Kamerstukken II 2015/16, 34 366, nr. 1), paragraaf 3.9.

misbruik. Om te voorkomen dat met dergelijke maatregelen buiten de publieke of semi-publieke sector wordt getreden, is het ook dan echter noodzakelijk dat die maatregelen specifiek en uitsluitend zijn gericht op die concrete vorm van misbruik. Daaraan voldoet de voorgestelde bepaling niet. Daarom adviseert de Afdeling het voorgestelde artikel 1.6b WNT te schrappen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,