



Universiteit Leiden

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Departement Publiekrecht
Afdeling staats- en bestuursrecht

Aan: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
T.a.v. dhr. R.C. Bakker
Kamernummer H1122
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Nummer	TB2009/09	Datum	21 september 2009
Uw brief van	25 maart 2009	Doorkiesnummer	071 527 7712/7713
Onderwerp	advies normering topinkomens	Contactpersoon	Prof. mr. T. Barkhuysen

Geachte heer Bakker,

Hierbij bied ik u, mede namens mijn collega Van Emmerik, aan het bij brief van 25 maart 2009 namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan ons gegunde advies *Rechtmatigheid onmiddellijke werking inkomensnormen (semi-)publieke sector in het licht van het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM* d.d. 21 september 2009.

Wij spraken met uw medewerkers Van der Loop en Kenter af dat wij met het advies naar buiten kunnen treden zodra de internetconsultatie met betrekking tot het betrokken wetsvoorstel is gestart waarvan wij door hen op de hoogte worden gebracht. Een declaratie volgt separaat.

Wij hopen u op deze wijze voldoende te hebben geïnformeerd en zijn tot een nadere toelichting steeds bereid.

Hoogachtend,

T. Barkhuysen

-bijlage; het advies-

Kamerlingh Onnes Gebouw
Steenschuur 25
Postbus 9520
2300 RA LEIDEN
Fax 071 527 75 09
E-mail t.barkhuysen@law.leidenuniv.nl

**ADVIES RECHTMATIGHEID ONMIDDELLIJKE WERKING
INKOMENSNORMEN (SEMI-)PUBLIEKE SECTOR IN HET LICHT VAN HET
EIGENDOMSRECHT VAN ARTIKEL 1 EERSTE PROTOCOL BIJ HET EVRM**

Prof. mr. T. Barkhuysen & mr. dr. M.L. van Emmerik m.m.v. mr. B. Barentsen¹

1. Inleiding

Bij brief van 25 maart 2009 (2009-0000159728008) heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) ons verzocht een juridisch advies uit te brengen over een deelaspect van de beoogde normering van topinkomens in de (semi-)publieke sector. Dit overeenkomstig onze offerte van 18 maart 2009 (TB/2009/03) en de daaraan ten grondslag liggende offerteaanvraag van 25 februari 2009 (zonder nummer).

Aanleiding voor dit advies is de vraag of een inkomensnormering overeenkomstig het advies van de Commissie Dijkstal uit 2007 (*Normeren en waarderen*) kan worden opgelegd aan (zittende) bestuurders waarvan de bezoldiging (waaronder in het kader van dit advies ook een afspraak over een ontslagvergoeding moet worden verstaan) hetzij middels hun aanstellingsbesluit als ambtenaar hetzij via een arbeidscontract als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek² reeds is vastgelegd voordat de voorgenomen inkomensnormen in werking treden. De vraag is, met andere woorden, of deze inkomensnormen ten aanzien van de bedoelde bestuurders *onmiddellijke* werking mogen krijgen bij inwerkingtreding (en aldus er ook toe zouden kunnen leiden dat hun salarissen vanaf dat moment omlaag moeten worden bijgesteld) dan wel dat er via een overgangsrechtelijk regime moet worden gekozen voor het eerbiedigen van hun reeds vastgelegde rechtsposities.

Centrale vraag in dit advies is in hoeverre een dergelijke voorgenomen normering van inkomens van bestuurders in de (semi-)publieke sector zich verhoudt tot het door artikel 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder: 1 EP) beschermde eigendomsrecht. Het advies ziet niet op een toetsing aan relevante nationale normen, zoals grondrechten uit de Grondwet (waaronder het eigendomsrecht van artikel 14), en nationale rechtsbeginselen, zoals vertrouwen en rechtszekerheid, zij het dat deze beginselen mogelijk wel van belang zouden kunnen zijn in het kader van de werking van artikel 1 EP. Een eventuele formeelwettelijke regeling van een en ander kan door de rechter immers in beginsel alleen aan artikel 1 EP worden getoetst. Artikel 120 Grondwet laat de toetsing van formeelwettelijke bepalingen aan de grondrechten uit de Grondwet en aan rechtsbeginselen immers (vooralsnog) over aan het parlement.

¹ T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam. B. Barentsen is universitair hoofddocent sociaal recht aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep. Met dank aan S. Wissing, student-assistent, voor zijn hulp bij het verzamelen van het onderzoeksmateriaal. Dit advies is afgerond op 21 september 2009.

² Artikel 7:610 BW e.v.

In het advies is uitgegaan van de vormgeving en doelstelling van een regeling zoals die kan worden afgeleid uit een ons vertrouwelijk ter hand gesteld conceptvoorstel van wet met bijbehorende memorie van toelichting van 16 respectievelijk 15 april 2009 (*Voorstel van wet normering en openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens*). Aanvullende informatie is verkregen uit overleg met betrokken medewerkers van BZK. Daaruit volgt dat het advies niet ziet op mogelijke belastingmaatregelen om het inkomen van de betrokken zittende bestuurders feitelijk naar beneden bij te stellen. Uit dit overleg volgt daarnaast voor wat betreft de afbakening van het onderzoek dat de regeling in beginsel niet ziet op onder een CAO vallende inkomens/functionarissen, zodat dit advies niet ingaat op de in verschillende verdragen vastgelegde vrijheid van collectief onderhandelen. Evenmin gaat dit advies daarom in op de verhouding van het conceptvoorstel tot het georganiseerd arbeidsvoorwaardenoverleg tussen overheidswerkgevers en vakbonden van overheidspersoneel.

Het onderzoek is verricht op basis van zowel op nationaal als Europees niveau voorhanden zijnde jurisprudentie ten aanzien van artikel 1 EP, alsmede literatuur over deze verdragsbepaling. Bij de Europese rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) onder artikel 1 EP is ook specifiek gekeken naar zogenaamde ‘negatieve’ jurisprudentie: niet-ontvankelijkheidsbeslissingen waarin klachten *ongegrond* worden verklaard bevatten soms immers belangrijke inhoudelijke interpretaties van bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaronder ook artikel 1 EP. Uit het jurisprudentie- en literatuuronderzoek vloeit op deze wijze zowel een algemeen als specifiek kader voort, waaraan de bedoelde inkomensregeling is getoetst.

In dit advies volgt hierna eerst een korte schets van de bedoelde regeling en – voor zover te achterhalen – de doelstelling daarvan alsmede van de huidige mogelijkheden om in te grijpen in vastgelegde bezoldigingen (paragraaf 2). Daarna wordt het uit artikel 1 EP voortvloeiende kader geschetst (paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt vervolgens gezien of de beoogde regeling al dan niet in strijd komt met artikel 1 EP. Dit advies wordt afgerond met een samenvattende conclusie (paragraaf 5).

2. Korte schets van de bedoelde regeling en haar doelstelling alsmede van de huidige mogelijkheden om in te grijpen in vastgelegde bezoldigingen

2.1 Kern van het voorstel

Het in dit advies centraal staande *Voorstel van wet normering en openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens* bevat drie kerncomponenten:

- a) normering en/of maximering van de bezoldiging van topfunctionarissen in de (semi)publieke sector;
- b) normering en/of maximering van de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband voor topfunctionarissen in de (semi)publieke sector;

- c) openbaarmakingsverplichtingen ten aanzien van bezoldigingen en ontslagvergoedingen in de (semi)publieke sector die boven de ‘Balkenende-norm’ uitgaan.

Het kabinet beoogt deze drie componenten te regelen voor alle sectoren waar de overheid op enigerlei wijze bij betrokken is. Daarbij gaat het om de overheid zelf, inclusief private en publieke zelfstandige bestuursorganen (zbo’s), en om de semipublieke sector. Staatsdeelnemingen vallen buiten de reikwijdte van het voorstel.

Dit advies is beperkt tot de eerste twee componenten (a en b), waarbij de focus zal liggen op de eerste component. Bovendien spitst het advies zich conform de opdracht toe op de situatie dat de wet geen overgangsregeling kent maar met onmiddellijke ingang zal gelden voor bestaande gevallen. Een variant derhalve waarin ook zittende bestuurders uit de (semi)publieke sector direct worden geconfronteerd met de genoemde normerings- en maximeringseisen.

2.2 Inhoud van het voorstel

Artikel 1.1 van het voorstel van wet bevat een aantal belangrijke definitiebepalingen.

Bepaald is wat moet worden verstaan onder bezoldiging (kort gezegd: het brutoloon, het vakantiegeld, de eindejaarsuitkering, winstuitkeringen, bonussen en andere belastbare vergoedingen en toeslagen) en uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband (alle beloningen, inclusief beloningen betaalbaar op termijn, verstrekt wegens beëindiging van het dienstverband). Verder is het de bedoeling dat een definitie van topfunctionarissen wordt gegeven. Men heeft het oog op de groep van hoogste leidinggevendenden binnen een organisatie, zoals directeuren / leden van de raad van bestuur, secretarissen-generaal / directeuren-generaal en gemeentesecretarissen.

Het in paragraaf 2 van het voorstel van wet opgenomen *beloningsmaximum* is van toepassing op de publieke sector (artikel 1.2), de privaatrechtelijke ‘fulltime’ zbo’s (artikel 1.3, lid 1, onder a) en de in de rest van artikel 1.3 opgenomen semipublieke sectoren. Bij amvb kunnen afzonderlijke rechtspersonen of instellingen worden toegevoegd. Voor topfunctionarissen uit deze sectoren geldt het (nieuwe) ministersalaris als maximum, waarbij de minister jaarlijks het exacte bedrag vaststelt. Eventueel kan de betrokken minister, na instemming van de ministerraad, voor topfunctionarissen in zbo’s een hoger maximum vaststellen. Eventuele betalingen die hoger zijn dan het toegestane maximum, zijn onverschuldigd betaald. In geval van onvrijwillig ontslag is een ontslagvergoeding van maximaal één jaarsalaris toegestaan. Onder zeer buitengewone omstandigheden en na goedkeuring van de minister is een ontslagvergoeding tot twee jaarsalarissen toegestaan. Ook hier geldt dat een eventuele hogere vergoeding onverschuldigd is betaald.

Sectorale normering, beschreven in paragraaf 3 van het voorstel van wet, is van toepassing op de semipublieke sectoren die zijn opgenomen in artikel 1.4. Het gaat om onder meer zorginstellingen, woningcorporaties en netbeheerders van het gas- en elektriciteitsnetwerk. Ook hier kunnen bij amvb afzonderlijke rechtspersonen of instellingen worden toegevoegd. Voor topfunctionarissen uit deze sectoren geldt een sectorafhankelijke maximaal toegestane bezoldiging. Over het algemeen zal het gaan om

een bezoldigingsmaximum dat ligt boven het ministersalaris (maar gezien artikel 1.3, lid 3 is dat niet vereist). De betrokken rechtspersonen en instellingen worden in de gelegenheid gesteld om zelf te komen met een voorstel voor het bezoldigingsmaximum in de desbetreffende sector. De minister stelt, gelet op dat voorstel, de uiteindelijke sectornorm vast. Hij houdt daarbij rekening met onder meer de maatschappelijke opvattingen over de hoogte en de bezoldiging in andere sectoren van de arbeidsmarkt. Ook hier geldt dat betalingen die hoger zijn dan de vastgestelde sectornorm, onverschuldigd zijn betaald en ook hier zal een regeling omtrent de toegestane ontslagvergoeding worden opgenomen (nog niet opgenomen in het ons toegezonden concept van 15/16 april 2009).

Sectoren die alleen vallen onder de *openbaarmakingsverplichting* zijn slechts verplicht hun topbeloningen (ook voor niet-topfunctionarissen) openbaar te maken. Deze sectoren zijn opgenomen in artikel 1.5. In het voorstel gaat het enkel nog om zorgverzekeraars. Bij amvb kunnen wederom afzonderlijke rechtspersonen of instellingen worden toegevoegd. Overigens zijn de openbaarmakingsverplichtingen, opgenomen in paragraaf 4 van het voorstel, ook van toepassing op de sectoren die vallen onder de overige beloningsregimes. De Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens wordt ingetrokken.

In artikel 6.5 is thans een overgangsregeling met eerbiedigende werking opgenomen: alle voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet overeengekomen bezoldigingen en verhogingen daarvan, komen niet in strijd met de wet en zijn niet onverschuldigd betaald. Dit advies richt zich – als gezegd – op de vraag of deze regeling vervangen kan worden door een systeem van onmiddellijke werking.

2.3 Motieven van het voorstel

Met de voorschriften ten aanzien van normering en maximering van bezoldigingen en ontslagvergoedingen beoogt het kabinet blijkens de memorie van toelichting excessen tegen te gaan en totstandkoming van fatsoenlijke lonen, passend bij de functiezwaarte en het sectorale loonebouw, af te dwingen. Naar mening van het kabinet behoren organisaties die een (overwegend) publieke taak hebben en die gefinancierd worden met publiek geld, hun bestuurders ordentelijk te betalen. Ordentelijk wordt opgevat in de zin van evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant. Het voorstel van wet lijkt ook bedoeld om in te spelen op de maatschappelijke verontwaardiging over topinkomens, met name waar die worden gefinancierd uit publieke middelen.

Met de openbaarmakingsvoorschriften, die in het kader van dit onderzoek niet nader besproken zullen worden, beoogt het kabinet belastingplichtigen te informeren over het gebruik van publieke middelen teneinde een zinvol debat aan te kunnen gaan over de wijze van beheer van de openbare middelen, terwijl naar verwachting tegelijkertijd een remmende werking uit zal gaan van de openbaarmaking.

2.4 Huidige mogelijkheden om in te grijpen in vastgelegde bezoldigingen

Het is in het (civiele) arbeidsrecht omstreden of de werkgever de mogelijkheid heeft om het salaris van de werknemer eenzijdig te verlagen. In de rechtspraak van de Hoge Raad is wel aangegeven dat een goed werknemer onder bepaalde omstandigheden mee moet

werken aan een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden. Indien gewijzigde omstandigheden de werkgever aanleiding geven tot het doen van een redelijk wijzigingsvoorstel, dient de werknemer daar positief op te reageren, tenzij medewerking in redelijkheid niet kan worden gevergd.³ De redelijkheid van het voorstel en de vraag of medewerking in redelijkheid valt te vergen moeten worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het individuele geval. Dit zijn onder meer de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven, de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Volgens de Hoge Raad moet in die belangenafweging niet te sterk de nadruk worden gelegd op de verplichtingen van de werknemer. Anderzijds is het niet zo dat een werknemer pas zou moeten meewerken, als een weigering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Juist omdat het betalen van loon de kernverplichting van de werkgever is en de gevolgen van een loonsverlaging voor een werknemer groot zijn, zal niet snel kunnen worden aangenomen dat er zwaarwegende redenen zijn voor de werkgever die een loonsverlaging kunnen rechtvaardigen. Afgezien van gevallen van (ernstig) disfunctioneren of van arbeidsongeschiktheid is ons geen rechtspraak bekend waarin salarisverlaging werd toegestaan.⁴ De rechtspraak laat een iets genuanceerder beeld zien wanneer het niet om de wijziging van het vaste salaris gaat, maar om onkostenvergoedingen, provisie, gratificaties of bonussen.⁵ Maar ook dan is de werknemer zeker niet zonder meer gehouden tot medewerking. Naarmate de andere beloningsvormen een substantiële en structurele deel van het inkomen van de werknemer vormen, en in feite meer het karakter van 'gewoon' loon hebben, zijn de gevolgen voor de werknemer zwaarder en zal wijziging minder snel kunnen worden gevergd. De ingrijpendheid van de salariswijziging wordt overigens in abstracto beoordeeld: daalt het inkomen procentueel of in absolute bedragen aanzienlijk? Ons is geen rechtspraak bekend waarin expliciet is meegewogen dat de werknemer ook na de contractswijziging een meer dan riant inkomen zou blijven genieten, of juist dat een geringe inkomenswijziging voor de werknemer gelet op zijn uitgavenpatroon zeer problematisch is.

Uit de rechtspraak kan ook worden afgeleid dat wanneer de noodzaak voor de wijziging groter is voor de werkgever, een voorgestelde wijziging eerder zal moeten worden aanvaard door de werknemer. Er zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn van ernstige bedrijfseconomische problemen. Zo was in een uitspraak van de kantonrechter Zwolle het geval aan de orde waarin de werkgever voor de keuze stond ofwel een deel van het personeel te ontslaan, ofwel te bezuinigen op secundaire arbeidsvoorwaarden.⁶ Negatieve publiciteit over de salarishoogte zou in theorie een valide reden voor wijziging kunnen zijn. In 2004 wees de kantonrechter 's-Gravenhage een beroep van de Hartstichting op de

³ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*), HR 28 april 2000, *JAR* 2000/120 (*Guitoneau/Midnet Tax*) HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Mammoet/Stoof*).

⁴ J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer 2008, p. 118.

⁵ Zie het rechtspraakoverzicht in De Laat 2008, p. 119 e.v.

⁶ Ktr. Zwolle 13 juni 2006, *JAR* 2006/183.

negatieve publiciteit over het hoge salaris van haar directeur echter af, ook al stelde de stichting dat het salaris tot grote onrust bij haar donateurs en vrijwilligers had geleid.⁷ De Hoge Raad heeft zich over salarisverlaging nog niet uitgelaten, nu zijn rechtspraak over de wijziging van arbeidsvoorwaarden de vraag of de werknemer verplicht is een door de werkgever voorgestelde functiewijziging te accepteren betreft. Duidelijk is wel dat salarisafspraken, gelet op de voor de werknemer daarbij betrokken belangen, heel lastig eenzijdig door de werkgever te wijzigen zijn.⁸

Het ambtenarenrecht kent niet een direct equivalent van de arbeidsrechtelijke rechtspraak over wijziging van arbeidsvoorwaarden.⁹ Uit de rechtspraak blijkt wel dat een overheidswerkgever gerechtigd is een abusievelijk te hoog vastgesteld salaris te corrigeren, maar hij zal daarbij wel rekening moeten houden met het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁰ Daarnaast kan het salaris worden verlaagd als een ambtenaar arbeidsongeschikt is voor zijn functie. Ook kan salarisverlaging worden opgelegd als disciplinaire maatregel. In dit kader is ook van belang dat aan een ambtenaar een andere functie kan worden opgedragen als het belang van de dienst dat noodzakelijk maakt, de zogeheten overplaatsing.¹¹ In geval van overplaatsing blijft het oude salaris echter in beginsel gehandhaafd. Overplaatsing is namelijk niet genoemd in artikel 5 lid 5 van het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 (BBRA), waar is geregeld in welke gevallen een lagere salarisschaal op de ambtenaar mag worden toegepast. Op zichzelf kan deze bepaling in het ARAR wel worden gewijzigd, maar het bestaan ervan illustreert wel dat ook in het ambtenarenrecht aan zekerheid over het salaris een grote betekenis toekomt.

3. Het uit artikel 1 EP voortvloeiende toetsingskader in vogelvlucht

3.1 Artikel 1 EP geïntroduceerd

Artikel 1 EP staat in dit advies centraal.¹² Het gaat om een vaag geformuleerde bepaling die met name reliëf heeft gekregen in de Straatsburgse jurisprudentie.

⁷ Ktr. 's-Gravenhage 6 juli 2004, *JAR* 2004/175.

⁸ We laten de wijziging van de arbeidsovereenkomst op basis van artikel 7:613 BW (eenzijdig wijzigingsbeding) of artikel 6:248 BW hier onbesproken, maar de lijn van de rechtspraak over deze bepalingen is vergelijkbaar met die over het goed werknemerschap.

⁹ Het navolgende is beperkt tot (burgerlijke) rijksambtenaren, die onder het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) vallen. Voor ambtenaren werkzaam in andere sectoren, zoals de lokale overheid of de politie, gelden overigens vaak wel vergelijkbare bepalingen.

¹⁰ Vgl. CRvB 19 juli 2001, *LJN* AB3125; CRvB 27 november 2003, *LJN* AN9836; CRvB 5 maart 2009, *LJN* BH6430; Rb. Leeuwarden 14 november 2006, *LJN* AZ2668.

¹¹ Vgl. artikel 57 lid 2 ARAR. Het ARAR geldt voor rijksambtenaren. Andere ambtelijke rechtspositieregelingen kennen overigens vergelijkbare bepalingen.

¹² Zie daarover in meer detail (met nadere literatuurverwijzingen) o.m.: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, *O&A* 2002, p. 102-116; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht, *JB-plus* 2003, p. 1-14; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvisie voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer 2005; T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht, *RM Themis* 2006, p. 179-201.

Artikel 1 EP luidt in de Nederlandse vertaling als volgt:

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Een belangrijke uitspraak deed het Hof in de zaak *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*.¹³ Volgens het Hof liggen er drie hoofdregels besloten in artikel 1 EP:

- het beginsel van ongestoord eigendomsgegot (eerste zin van de eerste alinea);
- bescherming tegen de ontneming van eigendom (tweede zin de eerste alinea); en
- de mogelijkheid van regulering van eigendom (tweede alinea).

De eerste regel is het algemene beginsel, terwijl de twee volgende regels daarvan een uitwerking zijn voor twee specifieke situaties. De regels dienen in onderlinge samenhang te worden gezien.¹⁴ De staat moet zich in eerste instantie ten opzichte van burgers en rechtspersonen onthouden van inbreuken op het eigendomsrecht, maar kan via het concept van de positieve verplichtingen ook aansprakelijk worden gehouden voor inbreuken op dit recht in verhoudingen tussen burgers en private rechtspersonen onderling. Dit laatste kan, bijvoorbeeld, leiden tot de verplichting om te assisteren bij de ontruiming van een pand en een daarop betrekking hebbend rechterlijk vonnis in een geschil tussen twee particulieren daadwerkelijk ten uitvoer te leggen door het verlenen van politiebijstand.¹⁵ In het onderhavige advies draait het overigens vooral om de negatieve verplichtingen van de staat.

3.2 Ruim eigendomsbegrip

Als *eigendom* in de zin van artikel 1 EP worden door het EHRM – los van de nationale definitie zoals bijvoorbeeld in artikel 5:1 lid 1 BW – beschouwd rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen.¹⁶ Daarover is een uitgebreide jurisprudentie ontstaan die laat zien dat artikel 1 EP een heel breed toepassingsbereik heeft en waarmee allerlei soorten rechten en belangen worden beschermd buiten het klassieke eigendomsbegrip. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een door de rechter of arbitrale uitspraak erkende claim tegen de staat,¹⁷ een zekerheidsrecht,¹⁸ intellectuele eigendomsrechten,¹⁹ het recht van erfpacht,²⁰ een erfdiensbaardheid²¹ en een bestaand

¹³ EHRM 23 september 1982, *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*, par. 61.

¹⁴ EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 37.

¹⁵ EHRM 11 januari 2001, *Lunari t. Italië*, par. 31-34. Vgl. EHRM 3 augustus 2000, *G.L. t. Italië*, par. 24-26.

¹⁶ Vgl. EHRM 23 februari 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik t. Nederland*, par. 53 en EHRM 13 december 2000, *Malhous t. Tsjechische Republiek* (ontv. besl.).

¹⁷ EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland*.

¹⁸ EHRM 23 februari 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik t. Nederland*.

¹⁹ ECieRM 4 oktober 1990, *Smith Kline & French Laboratories Ltd. t. Nederland*; ECieRM 9 september 1998, *Lenzing AG t. Verenigd Koninkrijk*.

²⁰ EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*.

vorderingsrecht uit onrechtmatige daad.²² Een belangrijke beperking is echter de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan.²³ Onder omstandigheden kan ook ‘toekomstige’ eigendom (eigendom die nog moet worden verworven) worden beschouwd als eigendom in de zin van artikel 1 EP. Volgens vaste jurisprudentie is de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen echter onvoldoende voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP.²⁴

Daarmee roept de bescherming onder het eigendomsrecht associaties op met de werking van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het Nederlandse recht.

3.3 Ontneming of regulering

Als sprake is van een *inmenging* in het eigendomsrecht, moet worden bezien of daarvoor rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn. Alvorens daarover te oordelen, gaat het Hof eerst na of er wel echt een inmenging in het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP bestaat. Ontneming van eigendom is de meest vergaande inmenging (de hiervoor genoemde tweede hoofdregel uit artikel 1 EP): een eigendomsoverdracht in juridische dan wel in feitelijke zin, waardoor het recht om te beschikken over de eigendom verloren gaat.²⁵ Minder vergaand is de regulering van eigendom (de derde hoofdregel uit artikel 1 EP): het beperken van de gebruiksmogelijkheden van de eigendom zonder dat het beschikkingsrecht daarover (geheel) verloren gaat.²⁶ Wat precies de grens is tussen ontneming en regulering wordt uit deze jurisprudentie echter niet duidelijk en het Hof is niet heel snel geneigd een inmenging als ontneming aan te merken. Soms laat het Hof in het midden van welke vorm precies sprake is en geeft dan aan dat de algemene regel uit de eerste zin van artikel 1 EP (recht op ongestoord genot van eigendom; de zogenaamde algemene genotsregel) van toepassing is.²⁷ Niet ieder handelen of nalaten van de overheid ter zake van eigendom levert overigens een inmenging daarin op.

3.4 Rechtvaardigingsgronden

Wanneer een inmenging in het eigendomsrecht aan de orde is, toetst het Hof op basis van een vast stramen of daarvoor een *rechtvaardiging* kan worden aangenomen. In de meer recente jurisprudentie van het Hof is deze toets in beginsel voor alle soorten van inmenging vergelijkbaar. Eerst gaat het Hof na of de inmenging bij wet is voorzien, waaronder wordt begrepen dat deze ook niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel noch een overtreding van het verbod van willekeur mag

²¹ ECieRM 13 december 1984, *S. t. Verenigd Koninkrijk*.

²² EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*.

²³ Zie bijv. EHRM 7 mei 2002, *Burdov t. Rusland*, par. 40 en EHRM 28 september 2004, *Kopecký t. Slowakije*, par. 35.

²⁴ Zie bijv. EHRM 12 juli 2001, *Prins Hans-Adam II van Liechtenstein t. Duitsland*, par. 83 en EHRM 2 maart 2005, *Von Maltzan e.a. t. Duitsland* (ontv. besl.), par. 74.

²⁵ Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, *Papamichalopoulos t. Griekenland*, par. 45; EHRM 28 oktober 1999, *Brumarescu t. Roemenië*, par. 76-77.

²⁶ Zie bijv. EHRM 29 november 1991, *Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland*, par. 51 (beperkingen van de gebruiksmogelijkheden van land als gevolg van ruimtelijke regelgeving) en EHRM 19 december 1989, *Mellacher e.a. t. Oostenrijk*, par. 44 (een wettelijk maximum voor toegestane periodieke huurprijssstijgingen).

²⁷ EHRM 20 juli 2000, *Antonetto t. Italië*, par. 34 (weigering tenuitvoerlegging rechterlijke uitspraak tot afbraak van een naastgelegen waardedrukkend illegaal bouwwerk).

inhouden.²⁸ De inmenging moet een voldoende precieze en toegankelijke nationale wettelijke basis hebben en moet ook voorzienbaar zijn.²⁹ Voorts speelt bij deze toets een rol de vraag in hoeverre de kwestie van de inmenging in de beschikbare nationale procedures aan de orde kan komen.³⁰ Daarna wordt getoetst of de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient, hetgeen in de rechtspraak meestal wordt aangenomen.³¹ De centrale vraag in veel zaken is echter of de inmenging proportioneel is. Bestaat er, met andere woorden, een ‘fair balance’ c.q. rechtvaardig evenwicht tussen de eisen van het algemene belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? Daarbij kan behalve het optreden van de staat ook het gedrag van de klager van betekenis zijn.³² Een inmenging moet in het algemeen belang plaatsvinden en mag geen individuele en onevenredige last (‘individual and excessive burdens’) op de betrokkene leggen.³³ Het feit dat er een minder belastende maatregel mogelijk was, betekent daarbij echter niet automatisch dat er geen sprake is van een ‘fair balance’. Naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, moet – zo volgt uit de jurisprudentie – ruimere compensatie worden geboden om te voldoen aan het ‘fair balance’-vereiste.³⁴ Er bestaat strijd met artikel 1 EP, indien aan één van de hiervoor onderscheiden vereisten niet wordt voldaan.

Het onderscheid tussen *ontneming* enerzijds en *regulering* en overige eigendomsinmengingen anderzijds blijft ondanks de voorgaande relativiserende opmerkingen van betekenis. Met betrekking tot ontneming geldt namelijk een aantal extra waarborgen. Om te beginnen lijkt de toetsing aan de hiervoor geschetste rechtvaardigingscriteria strenger bij ontneming. De rechtspraak laat voorts zien dat een ontneming van eigendom in het algemeen belang zonder compensatie – buitengewone omstandigheden daargelaten – als disproportioneel en daarmee in strijd met artikel 1 EP wordt aangemerkt. Uitgangspunt is daarbij een volledige (‘full market value’) vergoeding.³⁵ Een beperkte afwijking van dit uitgangspunt wordt in bepaalde gevallen door het Hof wel geaccepteerd.³⁶ Staten hebben voorts een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot het taxeren van de waarde van een eigendom.

3.5 Beoordelingsvrijheid

Het EHRM laat de verdragsstaten in beginsel een ruime *margin of appreciation* (beoordelingsvrijheid) bij de toetsing of is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een rechtmatige inmenging in het eigendomsrecht van artikel 1 EP. Het Hof biedt staten

²⁸ Zie bijv. EHRM 9 november 1999, *Spacek s.r.o. t. Tsjechië*, par. 54-59; EHRM 30 mei 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië*, par. 58-59.

²⁹ Zie bijv. EHRM 8 juli 1986, *Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 110.

³⁰ Zie bijv. EHRM 24 oktober 1986, *Agosi t. Verenigd Koninkrijk*, par. 51-55.

³¹ Alleen in evidente gevallen neemt het Hof aan dat een maatregel niet in het algemeen belang is. Vgl. EHRM 19 juni 2001, *Zwierzynski t. Polen*, par. 71-73 (de autoriteiten weigerden een aan de klager toebehorend pand terug te geven, terwijl zij dit op volstrekt onrechtmatige wijze in gebruik hadden als politiebureau).

³² Zie bijv. EHRM 5 januari 2000, *Beyeler t. Italië*, par. 114.

³³ Zie bijv. EHRM 8 juli 1986, *Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 120.

³⁴ Vgl. EHRM 29 april 1999, *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*.

³⁵ EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 54; EHRM 9 december 1994, *Holy Monasteries t. Griekenland*, par. 71.

³⁶ Vgl. EHRM 25 maart 1999, *Papachelas t. Griekenland*, par. 46-50.

in beginsel de ruimte om in het algemeen belang en in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen een bepaald beleid te kiezen en uit te voeren waarbij eigendomsrechten geraakt kunnen worden. Ook speelt daarbij een rol dat de nationale autoriteiten vanwege hun directe kennis over (de behoeften van) de samenleving in beginsel beter zijn toegerust dan de Straatsburgse organen om te beoordelen wat in het algemeen belang is. Het oordeel van de nationale autoriteiten over wat in het algemeen belang is, zal het Hof dan ook in beginsel accepteren, tenzij deze beoordeling kennelijk zonder enige redelijke grond is.³⁷ Ook bij de toetsing of sprake is van een *fair balance* wordt aan staten een meer of minder ruime *margin of appreciation* gelaten. Wel moet er een duidelijke belangenafweging op nationaal niveau hebben plaatsgevonden, bij gebreke waarvan meestal reeds om deze reden een schending van artikel 1 EP wordt aangenomen.

3.6 Nederlandse rechtspraak

Nederlandse rechters volgen dit uit de EHRM-jurisprudentie voortvloeiende toetsingskader redelijk nauwgezet in aan hen voorgelegde zaken.³⁸ Dat is een relevant gegeven voor dit advies omdat een eventuele inkomensnormering zoals die hier centraal staat in eerste instantie door de competente Nederlandse rechters zou kunnen worden getoetst aan artikel 1 EP. Pas na uitputting van alle beschikbare nationale rechtmiddelen kan een betrokkene zich wenden tot het EHRM. Dat laatste zou aan de orde kunnen zijn indien uiteindelijk de hoogste Nederlandse rechter van mening zou zijn dat artikel 1 EP niet is geschonden. Het EHRM doet in een dergelijk geval uiteindelijk een voor Nederland bindende uitspraak.

Ook de Nederlandse wetgever heeft oog voor de eisen van artikel 1 EP bij de voorbereiding van wetgeving. Zo hebben deze artikel 1 EP-garanties geleid tot bijstelling van het voorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en beroep. Dit voorstel beoogde de mogelijkheid van vergoeding van in bestuurlijke voorprocedures gemaakte kosten sterk te beperken, onder meer door de bevoegdheid om hierover te oordelen exclusief bij de bestuursrechter te leggen.³⁹ In het oorspronkelijke regeringsvoorstel was bepaald dat de wet ook zou gelden voor alle ten tijde van de inwerkingtreding *reeds lopende* voorprocedures. Na vragen van de SGP-fractie of deze overgangsregeling zich wel verdroeg met artikel 1 EP, heeft de regering teneinde mogelijke strijdigheid met artikel 1 EP te voorkomen bij nota van wijziging de overgangsregeling in die zin gewijzigd dat het oude recht van toepassing blijft, indien het besluit waartegen bezwaar of administratief beroep kan worden gemaakt vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen.⁴⁰ Aanleiding hiervoor was het feit dat de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad laat zien dat het voor de wetgever slechts in beperkte mate mogelijk is om bestaande vorderingsrechten te beperken.⁴¹

³⁷ EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 40-46.

³⁸ Zie daarover Barkhuysen & Van Emmerik 2003; Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 70-85.

³⁹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 024, nrs. 1-3. Het ging om een in de jurisprudentie van de civiele rechter erkend vorderingsrecht. Zie HR 17 november 1989, *AB 1990*, 80 (*Velsen/De Waard*).

⁴⁰ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 024, nr. 5, p. 16-17. De wet is op 12 maart 2002 in werking getreden, *Stb.* 2002, 55.

⁴¹ Zie onder meer EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*.

4. Voldoet de beoogde regeling aan de eisen van artikel 1 EP

4.1 Algemeen

Alvorens de beoogde regeling te toetsen aan de eisen van artikel 1 EP is het belangrijk op te merken dat wij na grondig onderzoek in de Straatsburgse (inclusief ontvankelijkheidsbeslissingen) en Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot art. 1 EP geen echt vergelijkbare casus hebben aangetroffen als aan de orde in het hier gevraagde advies. Om die reden zullen wij bezien of er uit andere zaken toch aanknopingspunten kunnen worden afgeleid voor het antwoord op de vraag die in dit advies centraal staat. Een en ander betekent wel dat er een onzekerheidsmarge aan de orde is, in die zin dat niet met absolute zekerheid kan worden voorspeld hoe nationale rechter en EHRM zouden oordelen over onmiddellijke werking van een regeling ten aanzien van de normering van topinkomens, zoals voorzien in de voorgelegde regeling. Het betreft dus een inschatting waarbij het accent wordt gelegd op de jurisprudentie van het EHRM, aangezien deze leidend is, ook voor nationale rechter.

4.2 Is er sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP?

Zoals hiervoor opgemerkt, is het Straatsburgse eigendomsbegrip zeer ruim, zodat daar bijvoorbeeld ook vorderingsrechten (al dan niet op de overheid) en sociale zekerheidsrechten onder vallen.⁴² Vastgesteld kan worden dat het EHRM in de loop der jaren een steeds ruimere interpretatie heeft gekozen. Een belangrijke beperking op het brede bereik van het eigendomsrecht is echter de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan.⁴³ Er moet, met andere woorden, ten minste sprake zijn van een 'legitimate expectation' om de bescherming van het eigendomsrecht te activeren. Onder omstandigheden kan ook 'toekomstige' eigendom (eigendom die nog moet worden verworven) worden beschouwd als eigendom in de zin van artikel 1 EP. Volgens vaste jurisprudentie is de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen echter onvoldoende voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP.⁴⁴

De centrale vraag is nu of er met een vastgelegde bezoldiging in een contract of aanstellingsbesluit sprake is van een 'legitimate expectation' in de zin van de jurisprudentie van het EHRM dat deze bezoldiging bij het verrichten van de overeengekomen arbeid gedurende de looptijd van het contract of de aanstelling daadwerkelijk zal worden verkregen. Alleen dan is er immers sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP en zal verder getoetst moeten worden of de normering aan de eisen van deze verdragsbepaling voldoet. Van belang is om hierbij te benadrukken dat het gaat om toekomstige loonvorderingen: de voorgestelde maatregel heeft geen terugwerkende kracht in die zin dat de beloning over voor inwerkingtreding van de maatregel (de wet) gewerkte periodes alsnog wordt verlaagd, maar de maatregel grijpt wel in op reeds overeengekomen beloningen waarvoor echter wel eerst nog arbeid moet worden verricht. Aangezien de loonvordering pas ontstaat na verrichting van de arbeid, betreft het hier

⁴² EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*; EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, par. 39-41.

⁴³ EHRM 7 mei 2002, *Burdov t. Rusland*, par. 40; EHRM 28 september 2004, *Kopecký t. Slowakije*, par. 35.

⁴⁴ Zie bijv. EHRM 12 juli 2001, *Prins Hans-Adam II van Liechtenstein t. Duitsland*, par. 83 en EHRM 2 maart 2005, *Von Maltzan e.a. t. Duitsland (ontv. besl.)*, par. 74.

toekomstige vorderingen (vorderingen die nog niet bestaan op het moment van invoering van de wetgeving). Er kan ook worden gesproken van een voorwaardelijke vordering (namelijk onder de voorwaarde dat de arbeid naar behoren wordt verricht). Duidelijk is dat van een eigendomsrecht in de klassieke zin geen sprake is. De vraag is echter of de leer van de ‘legitimate expectations’ hier leidt tot een eigendomsrecht.

Hoewel er op dit punt geen expliciete jurisprudentie voorhanden is, achten wij waarschijnlijk dat de nationale rechter en het EHRM zullen aannemen dat sprake is van dergelijke ‘legitimate expectations’ en daarmee van eigendom in de zin van artikel 1 EP. Zoals bleek uit paragraaf 2.4 is het naar huidig Nederlands recht immers vrijwel onmogelijk om eenzijdig in te grijpen in vastliggende bezoldigingsafspraken hetzij in contracten dan wel aanstellingsbesluiten, met name waar het betreft het loondeel daarvan. Naar onze mening kunnen betrokken topbestuurders aan die combinatie van een contract/aanstellingsbesluit en het thans geldende recht met betrekking tot wijziging van bezoldiging de gerechtvaardigde verwachting ontleen dat zij die bezoldiging gedurende de looptijd ook zullen ontvangen indien zij de vereiste arbeid verrichten. Daarnaast is er een aantal uitspraken van het EHRM waaruit volgt dat met name uit overeenkomsten (waarmee aanstellingsbesluiten die onaantastbaar zijn/formele rechtskracht hebben kunnen worden vergeleken) – ook wanneer deze zien op voordelen in de toekomst – eigendomsrechten in de zin van artikel 1 EP kunnen voortvloeien.⁴⁵ Uit de uitspraak van het Hof in de zaak *Stretch t. Verenigd Koninkrijk* blijkt dat eveneens door het eigendomsrecht wordt beschermd de gerechtvaardigde verwachting van een particulier op basis van een optie in de oorspronkelijke erfpachtovereenkomst met een gemeente dat deze voor een bepaalde periode kan worden verlengd. Daaraan doet volgens het Hof in het concrete geval zelfs niet af, dat inmiddels is komen vast te staan dat de betreffende gemeente niet de bevoegdheid had een dergelijke optie in de overeenkomst op te nemen. Partijen gingen bij het aangaan van de overeenkomst er immers beide van uit dat dit wel zou zijn toegestaan.⁴⁶

Bij onze verwachting dat in casu sprake is van eigendom past wel de kanttekening dat het in de hiervoor genoemde EHRM-uitspraken wel steeds ging om overeenkomsten die direct of indirect betrekking hadden op fysieke eigendom of zakelijke rechten. We achten het weliswaar aannemelijk – en worden daarin gesteund door de ruime benadering van het Hof bij het bepalen van wat als eigendom kwalificeert – dat het Hof deze lijn doortrekt naar overeenkomsten/aanstellingsbesluiten zoals aan de orde in het onderhavige advies. Dat volgt echter (nog) niet expliciet uit de genoemde rechtspraak van het Hof. Een extra argument om aan te nemen dat het in casu gaat om een eigendomsrecht kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Hof inzake socialezekerheidsrechten. Daarin is inmiddels uitgemaakt dat sprake is van een eigendomsrecht omdat het gaat om een wettelijke aanspraak op een bepaalde uitkering, zelfs wanneer daarvoor geen premie

⁴⁵ EHRM 24 december 2002, *Posti en Rahko t. Finland* (pachtovereenkomst met de staat over visrechten); EHRM 16 november 2004, *Brunckrona t. Finland* (zeer langdurige leaseovereenkomst met betrekking tot eilanden en het omringende visrijke water).

⁴⁶ EHRM 24 juni 2003, *Stretch t. Verenigd Koninkrijk*, par. 32-41.

is betaald.⁴⁷ De Centrale Raad van Beroep zit eveneens op deze lijn en erkent dat sociaizekerheidsrechten eigendom kunnen vormen in de zin van artikel 1 EP, ook in geval het recht op een bepaalde uikering nu nog niet opeisbaar is.⁴⁸ Ook in een recente Centrale Raad van Beroep-uitspraak over de beperking van de mogelijkheid om uitkeringen te exporteren wordt er zonder meer van uitgegaan dat sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 EP.⁴⁹

4.3 Is er sprake van inmenging in het eigendomsrecht en, zo ja, hoe moet deze worden gekwalificeerd?

Indien aangenomen wordt dat een eigendomsrecht bestaat, kan er zonder meer van worden uitgegaan dat de beoogde maatregel leidt tot een inmenging daarin. Een deel van de afgesproken bezoldiging gaat immers verloren, terwijl de verlangde arbeidsprestatie niet wijzigt.

Hoe dan deze inmenging te kwalificeren? Er lijkt geen sprake te zijn van ontneming omdat niet de gehele bezoldiging wordt weggenomen en er nog een, al dan niet groot, deel overblijft. Daarbij komt dat het Hof in de meer recente jurisprudentie ontneming alleen lijkt aan te nemen in klassieke onteigeningszaken waar het fysieke eigendom, zoals grond, betreft en in meer algemene zin terughoudend is om ontneming aan te nemen. Aannemelijk is dat het gaat om regulering, nu nog een deel van de bezoldiging overblijft. Niet uitgesloten is dat de rechter de precieze kwalificatie in het midden laat en de algemene genotsregel toepast, hetgeen overigens niet uitmaakt als het gaat om de wijze van toetsing in vergelijking met regulering.

4.4 Kan de inmenging in het eigendomsrecht worden gerechtvaardigd?

Om uit te kunnen maken of de maatregel zich al dan niet verdraagt met artikel 1 EP is thans de vraag of de inmenging die daarmee verband houdt al dan niet kan worden gerechtvaardigd.

4.4.1 Adequate wettelijke basis?

Een eerste vraag die in dat kader moet worden beantwoord is of er een *voldoende wettelijke basis* bestaat. Wanneer de inkomensgrenzen zoals voorgesteld worden ingevoerd bij wet in formele zin en deze wet wordt gepubliceerd in het *Staatsblad*, dan is voldaan aan het vereiste van inperking bij toegankelijke wet. Om te voldoen aan de vereisten van voorzienbaarheid en preciesheid is het daarnaast van belang dat in de wet een nauwkeurige afbakening plaatsvindt voor wat betreft de reikwijdte van de maatregel en de gevolgen die de maatregel met zich meebrengt. Het moet met andere woorden duidelijk zijn op wie de maatregel van toepassing is en welke gevolgen de maatregel heeft voor deze personen. Het thans voorliggende voorstel voldoet in zoverre aan deze vereisten dat in de artikelen 1.2 t/m 1.5 in beginsel duidelijk de (personele) reikwijdte wordt aangeduid en dat in paragraaf 2 nauwkeurig wordt weergegeven hoe de maximale bezoldiging wordt vastgesteld. Voorzienbaarheid en preciesheid zijn echter ook vereist in

⁴⁷ EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, par. 43; EHRM 30 september 2003, *Koua Poirrez t. Frankrijk*, par. 37-42; EHRM 6 juli 2005, *Stec t. Verenigd Koninkrijk*.

⁴⁸ Zie bijv. CRvB 11 september 2007, *USZ 2007*, 213.

⁴⁹ CRvB 5 maart 2009, *USZ 2009*, 154.

de (thans nog niet bekende) amvb's op grond van het tweede lid van de artikelen 1.3 t/m 1.5 (en het derde lid van artikel 1.3), een eventueel besluit van de minister op grond van artikel 2.3 en de vaststellingen zoals bedoeld in artikel 3.2. In al deze besluiten zal evenzeer duidelijk moeten zijn op welke personen (of functies) deze besluiten betrekking hebben en wat de (financiële) gevolgen zijn van deze besluiten. Discretionaire bevoegdheden moeten zoveel mogelijk worden vermeden en als ze toch worden gebruikt bestaat de noodzaak van een helder, consistent en kenbaar beleid.

4.4.2 Dient de maatregel het algemeen belang?

In de regel accepteert het Hof dat de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient. Pas wanneer de beoordeling van de staat van wat in het algemeen belang is, kennelijk zonder enige redelijke grond is, zal het EHRM ingrijpen. Het belang dat gediend is met de onderhavige maatregel kan onder meer blijken uit de (concept) memorie van toelichting bij het wetsontwerp.⁵⁰ Het is echter desalniettemin van belang een 'zo zwaar mogelijk' algemeen belang aan te duiden, omdat dit de proportionaliteit van de maatregel ten goede kan komen (zie daarover hierna paragraaf 4.4.3).⁵¹ Uit het thans voorliggende wetsvoorstel, in combinatie met de memorie van toelichting, lijken de volgende doelstellingen te destilleren die een grond kunnen vormen voor ingrijpen in bestaande aanstellingen en contracten:

- het voeren van een (algemene) inkomenspolitiek gericht op sociale rechtvaardigheid en een gezond economisch klimaat (het tegengaan van excessieve beloningen en ontslagvergoedingen; matiging van de salarisontwikkelingen; correctie van onwenselijke salarisontwikkelingen in het verleden);
- behoud van het vertrouwen van burgers in de staat (geen exorbitante beloningen uit publieke middelen; maatschappelijk verantwoorde vergoedingen voor (semi-)publieke topfunctionarissen);
- goed beheer van de openbare middelen (verantwoorde besteding van publieke middelen; besparingen);
- en, gezien de genoemde factoren in artikel 3.2 en de wijze waarop dit onderwerp in de media aan bod is geweest, het 'inspelen' op maatschappelijke opvattingen over de hoogte van topinkomens (ofwel het wegnemen van publieke verontwaardiging over excessieve bezoldigingen en/of ontslagvergoedingen).

Gezien het feit dat het Hof van oordeel is dat de inmenging niet noodzakelijkerwijs het grote publiek ten goede hoeft te komen,⁵² is het voor het dienen van een algemeen belang niet vereist dat gerealiseerde besparingen in loonkosten ten goede komen aan de staat.

⁵⁰ EHRM 19 december 1989, *Mellacher e.a. t. Oostenrijk*, par. 47.

⁵¹ Een inmenging uit zuiver budgettaire overwegingen is een voorbeeld van een 'zwak' algemeen belang. Zie EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. e.a. t. België*, par. 43. Een sterk algemeen belang is bijvoorbeeld aan de orde wanneer een eigendomsinmenging plaatsvindt met het oog op het terugdraaien van onrechtvaardigheden ontstaan onder een totalitair regime, zie bijv. EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries e.a. t. Griekenland*, par. 70-73. Desalniettemin werd een schending van art. 1 EP aangenomen omdat werd ingegrepen in een lopende rechterlijke procedure waarbij de staat één van de partijen was.

⁵² EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 46-47.

Gelet hierop kan de vraag of de beoogde maatregel in het algemeen belang is, zonder meer positief worden beantwoord. Er is namelijk geen sprake van een maatregel die evident niet in het algemeen belang is. De aangevoerde doelstellingen spelen wel een rol bij de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel. Wel is het aan te bevelen in de memorie van toelichting niet slechts aan te geven welk algemeen belang gediend is met maximalisering van de (toekomstige) topinkomens in de (semi-)publieke sector, maar tevens expliciet aan te geven welk algemeen belang gediend is met het ingrijpen in bestaande contracten.⁵³

4.4.3 Is sprake van een *fair balance*?

De uitkomst van de *fair balance* toets is moeilijker te voorspellen, ook omdat niet precies kan worden ingeschat welke beoordelingsmarge de Nederlandse rechter en eventueel het EHRM de staat zal gunnen. In de *fair balance*-toetsing wegen daarbij alle omstandigheden van het geval mee.⁵⁴ Hoewel het Hof geen hoogst individuele beoordeling lijkt aan te leggen, bestaat er wel aandacht voor de gevolgen voor het individu. Doordat de door de voorgestelde normering getroffen en zich in zeer verschillende situaties bevinden en ook heel verschillende gevolgen ondervinden, is het lastig om in abstracto aan te geven of sprake zal zijn van een *fair balance*. Op hoofdlijnen valt wel het volgende aan te geven.

Op zijn minst kan worden gesteld dat de staat een groot risico neemt wanneer besloten wordt tot ingrijpen in bestaande contracten en aanstellingen, zonder enige vorm van overgangsregeling te treffen. Uitgangspunt in de Straatsburgse jurisprudentie (inzake niet-belastingzaken) lijkt toch meer en meer te zijn dat *enige* vorm van compensatie vereist is. De verwachting dat artikel 1 EP in het voorliggende geval enige compensatie vereist waarmee de beoogde onmiddellijke werking van de regeling niet spoort, wordt ook gesterkt door te kijken naar factoren die meewegen in de *fair balance*-toetsing.

In de eerste plaats zal bezien moeten worden of de noodzaak van de maatregel aannemelijk is. Daarbij gaat het niet om de noodzaak van de maatregel in algemene zin. Die noodzaak is voor de staat eenvoudig aannemelijk te maken met een verwijzing naar het belang om te komen tot ordentelijke beloning van (semi)publieke bestuurders en daarmee het wegnemen van publieke verontwaardiging over (te) hoge inkomens. Het gaat, daarentegen, om de specifieke vraag of het ook echt noodzakelijk is met het oog op deze doelen ook bestaande bezoldigingsafspraken aan te tasten. Daarvoor is om te beginnen van belang wat de omvang is van het ‘probleem’. Wij beschikken op dit punt niet over de van belang zijnde feitelijke gegevens. Als daaruit echter zou volgen dat het probleem ten aanzien van deze specifieke groep niet bijzonder groot is omdat er in die groep weinig personen zijn die ruim boven de Balkenende-norm zitten, waarvan er ook nog eens veel een tijdelijk contract of tijdelijke aanstelling hebben, dan zal het lastig zijn om de noodzaak van de onmiddellijke werking van de inkomensnormen aan te nemen. Daarmee zou dan vaststaan dat er niet voldaan is aan het vereiste van *fair balance* waarmee de maatregel in strijd met artikel 1 EP zou komen. Mocht blijken dat het wel een groter probleem betreft, dan is het volgende gezichtspunt temeer van belang.

⁵³ Vgl. EHRM 20 juli 2004, *Bäck t. Finland*, par. 68.

⁵⁴ Zie bijv. EHRM 5 januari 2000, *Beyeler t. Italië*, par. 114.

In de tweede plaats moet worden gezien wat de gevolgen zijn voor de betrokken zittende bestuurders. In hoeverre is voor hen sprake van een ‘individual and excessive burden’? Voor bepaalde personen zal de maatregel ernstige gevolgen hebben: het uitgavenpatroon en de aangegane financiële verplichtingen door de ‘werknemer’ zijn vaak immers afgestemd op inkomen. Een serieuze reductie van het inkomen van de ene op de andere dag kan, ook als dat hoog was, tot ernstige gevolgen leiden, zeker nu het in deze moeilijke economische tijden mogelijk lastiger is om een nieuwe baan te vinden en het ook moeilijk is om bijvoorbeeld een huis te verkopen (omdat de hypotheek niet langer kan worden opgebracht met het lagere loon). Daar komt nog bij dat overheidsingrijpen in bestaande overeenkomsten of aanstellingen nauwelijks voorkomt in de andere EVRM-verdragsstaten en een ‘Balkenende-norm’ voor de (semi)publieke sector, voor zover ons bekend, daar evenmin een equivalent kent. Ook naar huidige Nederlandse recht blijkt een dergelijke looningreep zeer lastig (en ook weinig tot niet voorkomend; vgl. paragraaf 2.4). Verlaging van reeds overeengekomen beloningen is dan ook iets, waar getroffen en in beginsel geen rekening mee hoefden te houden, hetgeen maakt dat zij daardoor zwaar in hun belangen worden aangetast.

Tegenover deze relatief zware gevolgen voor de betrokkenen staat met name het belang van de staat om te komen tot ordentelijke beloning van (semi)publieke bestuurders en daarmee het wegnemen van publieke verontwaardiging over (te) hoge inkomens. In algemene zin is inkomenspolitiek een respectabel en zwaarwegend doel, zeker wanneer we daarbij bedenken dat er op het terrein van sociaal-economische maatregelen een relatief grote beoordelingsvrijheid voor de staat geldt. Dat geldt in mindere mate voor het wegnemen van publieke verontwaardiging. Onze inschatting is echter dat het belang van de door de onmiddellijke werking getroffen bestuurders waarschijnlijk zwaarder zal wegen bij een eventuele rechterlijke toets. In dit verband kan om te beginnen worden gewezen op diverse nationale uitspraken, waarin de rechter grote nadruk legt op de toets of er mogelijk sprake is van een ‘individuele en onevenredig zware last’ in het geval van beperking of intrekking van aan *de wet* ontleende aanspraken. Te noemen vallen hier een uitspraak inzake het verlies van de bevoegdheid van scheepsmakelaars om onderhands bepaalde aktes op te stellen⁵⁵ en het bekende arrest van Hoge Raad inzake varkensrechten.⁵⁶ In het bijzonder kan ook worden gewezen op de reeds genoemde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep inzake de beperking van de exportmogelijkheid van een AOW-uitkering.⁵⁷ Daarin woog het belang van de betrokken pensioengerechtigde zwaarder dan het budgettaire en controlebelang dat was gemoeid met de maatregel. Aannemelijk lijkt dat een dergelijke benadering als toegepast bij *aan de wet* ontleende aanspraken a fortiori geldt ten aanzien van beperking van rechten ontleend *aan individuele loonafspraken*. Dit wordt nog versterkt door het feit dat, zoals gezegd, in de huidige Nederlandse rechtspraak – los van artikel 1 EP – ook reeds een relatief groot gewicht wordt toegekend aan het respecteren van gemaakte loonafspraken. Daar komt nog bij dat de staat direct dan wel indirect (mede)verantwoordelijk is voor de gemaakte loonafspraken. Gelet op dit alles is aannemelijk dat er voor de betrokken

⁵⁵ HR 14 april 2000, *NJ* 200, 713 (Koren/Maritiem).

⁵⁶ HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25.

⁵⁷ CRvB 5 maart 2009, *USZ* 2009, 154.

bestuurders sprake is van een individuele en onevenredige last, waarmee de maatregel in strijd zou komen met artikel 1 EP.

5. Samenvattende conclusie

Dit alles leidt tot de conclusie dat het invoeren van de beoogde maatregel bij afwezigheid van elke vorm van compensatie (onmiddellijke werking, zonder overgangsregeling) met grote waarschijnlijkheid aanleiding geeft tot een verstoring van de *fair balance* en daarmee strijd oplevert met artikel 1 EP. Zo dat niet het geval zou zijn voor alle getroffen, dan zal dat zeker voor een deel van de getroffen gelden. Daarmee zou de staat dus een aanzienlijk risico lopen van een correctie door de nationale rechter of het EHRM. Om de beoogde maatregel artikel 1 EP-*proof* te maken, zal het in ieder geval nodig zijn om een (ruimhartige) overgangsregeling op te nemen voor de bestaande gevallen. Met een dergelijke regeling zouden betrokkenen zich daadwerkelijk moeten kunnen instellen op de nieuwe financiële situatie en zo nodig ook tijd moeten hebben om een andere functie te zoeken waarvoor de inkomensgrenzen niet gelden. Daarbij kan het gaan om een overgangsregeling die voorziet in geleidelijke afbouw dan wel een overgangperiode waarbinnen de bezoldiging nog op het overeengekomen niveau blijft. Een dergelijke regeling, en met name de laatstgenoemde variant daarvan, kan waarschijnlijk wel de toets aan artikel 1 EP doorstaan. Om elk risico uit te sluiten kan er echter het best voor worden gekozen de maatregel alleen te laten gelden voor de zogenaamde nieuwe gevallen, dat wil zeggen met betrekking tot contracten en aanstellingsbesluiten die tot stand komen na inwerkingtreding van de beoogde wettelijke regeling.⁵⁸

Leiden 21 september 2009

⁵⁸ Zij het dat (vlak) voor de inwerkingtreding in strijd met de inkomensnormen tot stand gekomen afspraken onder artikel 1 EP mogelijk wel rechtmatig aangetast kunnen worden wanneer daarmee duidelijk en niet te goeder trouw wordt beoogd onder de werking van het nieuwe regime uit te komen. Vgl. bijv. HR 8 februari 2002, *BNB* 2002, 137c; EHRM 28 oktober 1999, *Zielinski, Gonzales e.a. t. Frankrijk*.