

heid om vervangende instemming te vragen bij de ondernemer zou moeten liggen, en dus niet pas als tegenverzoek ingesteld zou moeten worden nadat de ondernemingsraad noodgedwongen een procedure tegen de ondernemer is gestart. Daarbij spelen ook de (gedrags)regels van corporate governance en code of conduct een rol.

mr. dr. S.F.H. Jellinghaus
advocaat bij Pallas Advocaten te Rotterdam en
verbonden aan de Tilburg University

mr. M. Maaijen
advocaat bij Pallas Advocaten te Rotterdam

77

Bij overschrijding WNT-norm kan de werkgever het surplus terugvorderen

Rechtbank Den Haag
8 februari 2023, nr. C/09/544649/HA ZA
17-1288, ECLI:NL:RBDHA:2023:1033
(mr. Kranenburg)
Noot mr. J. Stolk LL.M.

WNT. Onverschuldigde betaling. Terugvordering loon.

[BW art. 6:248 lid 2; WNT art. 1.2, 1.6, 2.1]

De werknemer is sinds 19 oktober 2015 werkzaam bij de werkgever, eerst vanuit zijn management-bv en vanaf 19 oktober 2016 rechtstreeks op basis van een arbeidsovereenkomst. De werknemer is topfunctionaris in de zin van de WNT. Tussen partijen is overeengekomen dat de beloningsafspraken overeenkomstig de WNT moet zijn. Wanneer dat achteraf gezien niet het geval is, moeten partijen met elkaar in overleg treden om de beloning alsnog binnen de toepasselijke WNT-norm te krijgen. In september 2016 constateert de Eenheid Toezicht WNT van het ministerie van BZK dat de maximale bezoldigingsnorm over 2015 is overschreden. Nadat bezwaar tegen dit besluit niets oplevert, start de werkgever in maart 2017 het gesprek met de werknemer over terugbetaling. Dit resulteert in een overeenkomst op 27 maart 2017 waarin naast een vrijwillige terug-

betalingsovereenkomst ook het einde van de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2017 is geregeld. Inmiddels is ook over 2016 en 2017 een overschrijding van de WNT geconstateerd. De werknemer betaalt echter niets terug, omdat hij van mening is dat de WNT niet goed is toegepast. De werkgever vordert het vastgestelde WNT-surplus aan loon als onverschuldigd betaald terug, terwijl de werknemer in reconventie vernietiging van de overeenkomst van 27 maart 2017 vordert.

De rechtbank oordeelt dat uit de tussen partijen op 27 maart 2017 gesloten overeenkomst blijkt dat de werknemer zich committeert aan terugbetaling van de vastgestelde WNT-overschrijding over 2015 en een eventueel nog vast te stellen overschrijding over 2016. Er blijkt niet uit de overeenkomst dat de werknemer pas tot betaling overgaat nadat de hoogste bestuursrechter de WNT-overschrijding bevestigt. Een beroep op vernietiging van de overeenkomst slaagt niet. Er is geen sprake van misbruik van bevoegdheid, nu niet blijkt dat de werkgever misbruik heeft gemaakt van de dreigende omstandigheid van handhaving van de WNT. Ook een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt niet omdat het voor de werknemer van meet af aan duidelijk was dat de werkgever een eventuele WNT-overschrijding zou terugvorderen. De werknemer moet de vastgestelde WNT-overschrijdingen over 2015, 2016 en 2017 aan de werkgever terugbetalen inclusief een rente van 4%.

NB. De WNT geeft een dwingend normerend karakter aan de werkgever en de werknemer. Ook zonder de in deze kwestie tussen partijen gesloten overeenkomst bepaalt de WNT dat een teveel betaald bedrag aan bezoldiging ongedaan moet worden gemaakt. In dat kader is het beroep op een wilsgebrek bij het sluiten van de overeenkomst op voorhand al weinig kansrijk.

Stichting Nuclear Research and Consultancy Group (voorheen genaamd: Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland) te Schagen,

*eisende partij,
hierna te noemen: ECN,
advocaat: mr. H.T. ten Have te Amsterdam,
tegen*

- 1. [gedaagde sub 1]*
- 2. [de B.V.],*

beiden te [plaats], gedaagde partijen, hierna samen te noemen: [gedaagde sub 1 c.s.], advocaat: mr. C.I. van Gent te Den Haag.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. Deze zaak gaat over de bezoldiging die [gedaagde sub 1] in de jaren 2015 tot en met 2017 van ECN heeft ontvangen.

2.2. ECN (sinds 16 maart 2020 genaamd: Stichting Nuclear Research and Consultancy Group) valt onder de reikwijdte van de Wet normering topinkomens (hierna: WNT). [gedaagde sub 1], die van 19 oktober 2015 tot 1 mei 2017 CFO (en later ook CEO) ad interim van ECN was, kwalificeerde als topfunctionaris in de zin van de WNT¹. De door hem ontvangen bezoldiging was daarom onderhevig aan de normen en maxima van de WNT.

2.3. Van 19 oktober 2015 tot 19 oktober 2016 kwalificeerde [gedaagde sub 1] op grond van de WNT als ‘topfunctionaris zonder dienstbetrekking’. In deze periode was [gedaagde sub 1] op basis van twee achtereenvolgende overeenkomsten van opdracht werkzaam voor ECN. Deze overeenkomsten van opdracht waren gesloten tussen ECN en [de B.V.], van welke vennootschap [gedaagde sub 1] enig bestuurder en aandeelhouder is. Met ingang van 19 oktober 2016 is [gedaagde sub 1] in dienst getreden bij ECN op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vanaf dat moment kwalificeerde hij als ‘topfunctionaris in dienstbetrekking’.

2.4. De overeenkomsten van opdracht hadden elk een looptijd van zes maanden. In de eerste overeenkomst van opdracht (hierna: Opdrachtovereenkomst I), gesloten op en ingegaan per 19 oktober 2015, zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

“1.8. *Interim-manager is gerechtigd tijdens de uitvoering van de Opdracht andere opdrachten te aanvaarden, met dien verstande dat hij voorafgaand overleg met Opdrachtgever zal voeren wanneer belangenverstrengeling redelijkerwijs is te verwachten.*

(...)

2.1. *De Overeenkomst wordt gesloten voor de duur van 6 maanden (...). De startdatum van de opdracht is 19 oktober 2015. Na 5 maanden kunnen partijen in onderling overleg besluiten de duur van de Opdracht te verlengen en komen zij, indien toepasselijk, de voorwaarden en tarieven van de verlenging overeen.*

(...)

3.1. *Ter zake van de Opdracht (...) is Opdrachtgever aan Interim-manager voor verrichte werkzaamheden een vergoeding verschuldigd van €1500, exclusief BTW, voor iedere daadwerkelijk door Interim-manager gewerkte dag of het pro rata deel daarvan wanneer geen gehele dagen worden gewerkt. De maximale vergoeding van de gehele contract periode zal €124.800 bedragen. Wijzigingen in de opdracht zullen onderling eerst besproken worden en kunnen van invloed zijn op de tijdsinzet van de interim manager.*

3.2. *De vergoeding van lid 1 van dit artikel valt binnen het vrijgestelde 6-maands regime voor interim-managers onder de Wet Normering Topinkomens (WNT). Mocht niettemin op enig moment gedurende de looptijd van de opdracht een strengere bezoldigingsnorm gaan gelden, zullen partijen in goed vertrouwen met elkaar onderhandelen over een aanpassing van de vergoeding binnen de toepasselijke normen waarbij zoveel als mogelijk recht wordt gedaan aan de in dit artikel 3 gemaakte afspraken.*

3.3. *Daarnaast worden eventuele onkosten/out-of-pocketkosten ook op basis van werkelijke kosten vergoed en zullen door interim manager aan ECN worden gedeclareerd. (...)*

2.5. *Over de gehele contractperiode van Opdrachtovereenkomst I heeft ECN een bedrag van in totaal € 173.500 aan [de B.V.] betaald. Deze betaling heeft plaatsgevonden na declaratie na meerwerk door [gedaagde sub 1] met inachtneming van het overeengekomen dagtarief (of pro rata deel daarvan).*

2.6. *In de tweede overeenkomst van opdracht (hierna: Opdrachtovereenkomst II), gesloten op 15 april 2016 en ingegaan per 19 april 2016, zijn ECN en [de B.V.] onder meer het volgende overeengekomen:*

“2.1. (...) *Startdatum verlenging zal 19 april 2016 zijn. (...).*

3.1. *Ter zake van de Opdracht is Opdrachtgever aan Interim-manager voor verrichte werkzaamheden een vergoeding verschuldigd van €1250, exclusief BTW, voor iedere daadwerkelijk door Inte-*

1 Op grond van artikel 1.1 sub b onder 5 WNT.

rim-manager gewerkte dag of het pro rata deel daarvan wanneer geen gehele dagen worden gewerkt.

3.2. *De vergoeding van lid 1 van dit artikel valt binnen het WNT2 maximum van €108.000 per periode van 6 maanden en € 175,00 per uur. De vergoeding is gemaximeerd op gemiddeld € 18.000,- = per maand.*

3.3. *Daarnaast worden eventuele onkosten/out-of-pocketkosten ook op basis van werkelijke kosten vergoed en zullen door interim manager aan ECN worden gedeclareerd. (...)*

2.7. Met ingang van 1 september 2016, tijdens de looptijd van Opdrachtovereenkomst II, is [gedaagde sub 1] benoemd tot interim CFO én CEO. De voorwaarden van Opdrachtovereenkomst II bleven ongewijzigd. Met ingang van 18 oktober 2016 is [gedaagde sub 1] in loondienst bij ECN getreden. Zijn functies bleven ongewijzigd.

2.8. Naar aanleiding van een burgermelding heeft de Eenheid Toezicht WNT van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK) een onderzoek ingesteld naar de bezoldiging die [gedaagde sub 1] van ECN ontving. Op 27 september 2016 heeft BZK een voorlopig oordeel gegeven over de bezoldiging die [gedaagde sub 1] over 2015 van ECN had ontvangen. BZK overwoog dat op grond van artikel 7.4a lid 1 WNT op topfunctionarissen zonder dienstbetrekking in 2015 nog de wet- en regelgeving van toepassing was van vóór de inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT. Artikel 2.1 lid 4 WNT (oud) in 2015 bepaalde dat de bezoldiging van een topfunctionaris zonder dienstbetrekking pas werd genormeerd door de WNT als de betreffende topfunctionaris zijn functie meer dan zes maanden vervulde binnen een periode van 18 maanden. Door het aangaan van de tweede overeenkomst van opdracht heeft [gedaagde sub 1] binnen een periode van 18 maanden zijn functie langer dan zes maanden vervuld. Als gevolg daarvan diende zijn bezoldiging ook in de eerste zes maanden van zijn relatie met ECN te worden genormeerd. Op basis daarvan luidde het voorlopig oordeel van BZK dat de aan [gedaagde sub 1] uitgekeerde bezoldiging over 2015 van de toepasselijke WNT-norm met € 33.274 overschreed.

2.9. Zowel ECN als [gedaagde sub 1] hebben hun zienswijze aan BZK kenbaar gemaakt. Beiden concludeerden dat van een WNT-overschrijding over 2015 geen sprake was.

[gedaagde sub 1] betoogde in zijn zienswijze onder meer dat het voorlopig oordeel van BZK berust op het onjuiste uitgangspunt dat Opdrachtovereenkomst II is gesloten op 19 oktober 2015. Opdrachtovereenkomst II is echter pas gesloten op 15 april 2016, na inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT. Er was ten tijde van het bereiken van overeenstemming over de tweede overeenkomst van opdracht geen wettelijke basis (meer) voor toepassing van de oude normering met terugwerkende kracht, aldus [gedaagde sub 1].

ECN betoogde in haar zienwijze dat van een overschrijding van de WNT-norm geen sprake was, omdat zij in de veronderstelling verkeerde dat [gedaagde sub 1] onder de overgangsregeling viel voor topfunctionarissen zonder dienstbetrekking, op grond waarvan zijn bezoldiging in de eerste zes maanden niet zou worden genormeerd.

2.10. Omdat ECN viel onder het beleidsterrein van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) – thans het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (hierna: EZK) – was EZ (en is EZK thans) belast met het toezicht op de naleving van de WNT door ECN. BZK heeft per brief van 11 januari 2017 aan EZ haar definitieve oordeel omtrent de naleving van de WNT door ECN over 2015 aan EZ kenbaar gemaakt. Het definitieve oordeel luidt dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over het jaar 2015 het WNT-bezoldigingsmaximum overschrijdt met een bedrag van € 33.274. EZ heeft ECN verzocht te bewerkstelligen dat deze overtreding van de WNT ongedaan gemaakt wordt.

2.11. Na het definitieve oordeel van BZK van 11 januari 2017 over het jaar 2015 (niet zijnde een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb)), zijn partijen door de minister van EZ, alvorens tot handhaving over te gaan, in de gelegenheid gesteld om afspraken te maken ter ongedaanmaking van de WNT-overschrijding. ECN is daarop in gesprek gegaan met [gedaagde sub 1] om afspraken te maken ter ongedaanmaking van de WNT-overschrijding.

2.12. In een e-mail van 26 februari 2017 schrijft de voorzitter van de raad van toezicht van ECN, [de Voorzitter] (hierna: [de Voorzitter]), het volgende aan [gedaagde sub 1]:

“Tijdens de RvT vergadering van 16 februari bespraken wij onze mogelijke reactie op de brief van EZ inzake jouw beloning over 2015. Zoals afgespro-

ken zouden we nagaan of jij nog steeds formeel in beroep kan gaan tegen het besluit, als de RvT (namens ECN) niet in beroep gaat. Volgens onze advocaat is het nog steeds mogelijk voor jou om beroep aan te tekenen. Uiteraard staat het jou ook nog steeds vrij om een brief te sturen aan EZ, ten behoeve van een goede vastlegging van jouw standpunt.

Wij hebben bijgevoegde brieven (een voor jou en een voor EZ) opgesteld en zijn voornemens deze donderdag aanstaande op te sturen. Je wilt misschien aan de hand van deze concepten ruggespraak houden met je advocaat, om te horen of hij ook van mening is dat jij nog steeds zelf in beroep kan gaan (als je dat overweegt).

Wij hebben ook contact gehad met EZ over een mogelijke betalingsregeling en hier speelt een wettelijke regeling een rol, die wel net is goedgekeurd, maar nog niet in werking is getreden. Op basis van deze regeling is gespreide betaling mogelijk, maar wel met een rente van 4%, die in principe ingaat op 1 januari van het jaar van de overschrijding. We hebben dit beschreven in de brief en ook dit is wellicht iets waar je zelf advies over wilt inwinnen, zodat we hier tijdig afspraken over kunnen maken en EZ nader kunnen informeren.

Tenslotte wordt er in de brief aan EZ verwezen naar een email van [A] over de interpretatie van de WNT voor de norm in 2016. Die interpretatie hield in dat de norm van 2016 van toepassing is (ad EUR 24000 per maand). (...)

2.13. Bij brief van 2 maart 2017 heeft [de Voorzitter] onder meer het volgende aan [gedaagde sub 1 c.s.] geschreven:

“(...) bevestig ik jou hierbij dat ECN zich neerlegt bij het oordeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. En tevens dat zij opvolging wenst te geven aan het verzoek van het Ministerie van Economische Zaken om te bewerkstelligen dat de overtreding van de WNT ongedaan wordt gemaakt. Wij realiseren ons dat jij overweegt om op te komen tegen het oordeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Dit staat jou uiteraard vrij. Wij zien evenwel, anders dan jij ons verzocht, geen aanleiding om als ECN samen met jou op te trekken in een dergelijk bezwaar.

Wij geven derhalve zoals gezegd gehoor aan het verzoek van het Ministerie van Economische Zaken om de overtreding van de WNT ongedaan te maken. Naar ons oordeel dient er evenwel een correctie te worden toegepast op het bedrag van de overschrijding; het onbelaste deel van de reiskostenver-

goeding dient buiten beschouwing te worden gelaten. De correctie komt op basis van het door jou over die periode aantal van 6.900 gedeclareerde kilometers en onbelaste vergoeding van 0.19 cent per kilometer neer op een bedrag van € 1.311. Daarmee is het bedrag van de WNT overschrijding over 2015 in totaal € 31.963 (€ 33.274 -/- € 1.311). (...)

Wij treden daarnaast graag op korte termijn met jou in overleg om stil te staan bij een mogelijke overtreding van de WNT over 2016, met inachtneming van het recente oordeel van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en de correspondentie die wij hierover voerden met het Ministerie van Economische Zaken. (...)

2.14. Vlak daarna heeft [gedaagde sub 1] ECN laten weten op korte termijn zijn functies te willen neerleggen. ECN en [gedaagde sub 1] zijn daarop ook met elkaar in overleg getreden om afspraken te maken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Rondom de schriftelijke vastlegging van deze afspraken over de WNT-overschrijdingen en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van [gedaagde sub 1] hebben partijen gecorrespondeerd.

2.15. Op 27 maart 2017 heeft [gedaagde sub 1] de volgende e-mail aan ECN gestuurd:

“Bijgaand mijn laatste aanpassingen zichtbaar verwerkt in het document.

Het betreft:

1. We gaan niet in hoger beroep ten opzichte van de uitspraak van het ministerie van binnenlandse zaken met betrekking tot de overgangsregeling 2015. Ik zou graag willen afspreken als de interpretatie in de toekomst positief verandert, dat dit tot terugbetaling naar ondergetekende leidt.

2. Ik kan niet op voorhand een uitspraak over verrekening van 2016, als ik die berekening niet ken. (...)

2.16. Eveneens op 27 maart 2017 heeft ECN ([de Voorzitter]) hierop als volgt gereageerd:

“Terugkomend op jouw twee punten:

1) Wij kunnen niet onderling afspreken dat er “automatisch” terugbetaald wordt als er nieuwe rechtsspraak ontstaat. De zaak zal dan eerst opnieuw beoordeeld moeten worden. Wat we wel kunnen afspreken is dat we dat doen “na goedkeuring EZ”.

2) Deze aanpassing is niet akkoord. Het is op jouw verzoek dat we proberen de berekening van de overschrijding vast te stellen in april. We kunnen ook weer terug naar de oorspronkelijke tekst over vaststellen jaarrekening en daarna pas in overleg over

betalingstermijnen. Er staat ook geen bedrag in de brief, dit is een principe afspraak en die moet er in komen. Door het weg te halen suggereer je dat ook als er geen overschrijding is je niet zult terugbetalen en dat lijkt me niet de bedoeling...zal EZ ook niet mee akkoord gaan. Wat ik nu heb toegevoegd is weer de oorspronkelijke betaaltermijn van max 3 maanden. (...)

2.17. Diezelfde dag nog heeft ECN aan [gedaagde sub 1 c.s.] een brief gestuurd waarin zij de (volgens haar) met [gedaagde sub 1] gemaakte afspraken heeft vastgelegd, met het verzoek deze voor akkoord te ondertekenen. De brief luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“Voor wat betreft de WNT overschrijding over 2015 spraken wij af dat jij het bedrag van in totaal € 31.963 vóór 1 mei 2017 aan ECN betaalt. Bij betaling voor 1 mei as. van bovengenoemd bedrag zal geen rente in rekening worden gebracht. Wij spreken tevens met je af dat als in de toekomst de Staat of een rechter de overgangsregeling van 2015 positiever interpreteert dan in de berekening is meegenomen, wij zullen laten beoordelen of dat geval vergelijkbaar is met jouw casus en als dat het geval is dit tot terugbetaling aan [de B.V.] zal leiden.

De discussie over de naleving van de WNT-normen over 2016 willen wij afronden in samenloop met de afronding van de jaarrekening 2016, wat gepland is voor april 2017. Wij gaan ook in april in overleg met EZ om te komen tot een vaststelling of er van overtreding sprake is en zo ja met welk bedrag. Het definitieve bedrag waarmee de WNT-normen in 2016 zijn overschreden zal in overleg met het Ministerie van Economische Zaken door ECN worden vastgesteld, na vaststelling van de jaarrekening 2016. Wij stellen voor dat jij het door ECN aan [de B.V.] en jou betaalde bedrag de overschrijding over 2016 aan ECN zal betalen binnen vier maanden nadat dat exact is vastgesteld. In dat geval zal ook over dit bedrag geen rente zijn verschuldigd.

Wij zullen het Ministerie van Economische Zaken overeenkomstig berichten.

Ter bevestiging van voornoemde afspraken verzoek ik je deze brief voor akkoord te ondertekenen en aan mij te retourneren.”

2.18. [gedaagde sub 1] heeft de brief op 3 april 2017 ondertekend en retour gestuurd aan ECN.

2.19. Op 30 april 2017 heeft [gedaagde sub 1] ECN geïnformeerd dat hij ECN's interpretatie van de WNT-normen niet deelde en dat hij zich daarom genoodzaakt zag om aan te kondigen dat hij de terugbetaling van de WNT-overschrijding

over 2015 zou uitstellen. Verder heeft hij in zijn e-mail aan ECN geschreven:

“Onze discussie tijdens de autocommissie [sic] vergadering van 28 april jl. heeft mij verrast en roept bij mij veel vragen op. Allereerst gaf je aan dat het mij vrij staat om m.b.t. de uitspraak over mijn WNT verdiensten over 2015 in beroep te gaan bij EZ. Graag zou ik in algemene zin uitleg willen hebben over wat de officiële procesgang is, wat mijn beroepsmogelijkheden bij betrokken partijen (min. BZ, min EZ en ECN) zijn en hoe dit zich verhoudt tot gemaakte afspraken. En in het bijzonder zou ik je willen vragen hoe ik in beroep kan gaan bij EZ als de RvT van ECN heeft besloten om te vorderen. Ik vind het vervelend dat niemand mij hierover informeert en ik geacht wordt dit zelf uit te zoeken. (...)

2.20. De arbeidsovereenkomst van [gedaagde sub 1] is geëindigd per 1 mei 2017.

2.21. [gedaagde sub 1] heeft vervolgens EZ gevraagd een *second opinion* te geven en zijn persoonlijke visie aan EZ te mogen komen toelichten. EZ heeft deze verzoeken afgewezen, omdat zowel ECN als [gedaagde sub 1] al gelegenheid hadden gehad een zienswijze in te dienen voorafgaand aan het definitieve oordeel van BZK van 11 januari 2017.

2.22. In een brief van 2 augustus 2017 heeft [gedaagde sub 1] EZ wederom verzocht haar eerdere oordeel omtrent de overschrijding van de WNT-norm over 2015 te heroverwegen. Bij zijn brief heeft hij een door hem opgevraagde opinie gevoegd van dr. [X]. Zij heeft in haar opinie onder meer geconcludeerd dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over 2015 niet genormeerd is. Verder schrijft [gedaagde sub 1] onder meer nog in zijn brief van 2 augustus 2017:

“Ik heb vervolgens een overeenkomst getekend waarin ik akkoord ga de geconstateerde overtreding terug te storten, als vastgesteld word [sic] dat de hoogte van mijn salariëring in overtreding met de WNT is.”

2.23. EZ heeft [gedaagde sub 1] daarop laten weten geen aanleiding te zien het definitieve oordeel van BZK van 11 januari 2017 te heroverwegen of daarover in gesprek te treden met [gedaagde sub 1].

2.24. De accountant van ECN heeft in het jaarverslag van 2016 ten aanzien van de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over 2016 een overschrijding van de WNT-norm geconstateerd van € 30.018. ECN heeft EZ hierover ingelicht. EZ heeft ECN

geïnformeerd dat ECN daarbij de juiste uitgangspunten heeft gehanteerd en dat de overschrijding van de WNT over 2016 op de juiste aannames is gebaseerd. ECN heeft [gedaagde sub 1 c.s.] bij brief van 27 oktober 2017 in kennis gesteld van de bevestiging die zij ten aanzien van de WNT-overschrijding over 2016 van EZ had ontvangen. Daarbij heeft ECN [gedaagde sub 1 c.s.] verzocht het bedrag van de overschrijding (€ 30.018), vermeerderd met de wettelijk verplichte rente van 4% vanaf 1 januari 2017 conform de gemaakte afspraak binnen vier maanden aan ECN terug te betalen.

2.25. Op 7 november 2017 heeft de advocaat van [gedaagde sub 1] een brief namens [gedaagde sub 1] aan EZ gestuurd, waarin wordt uiteengezet waarom er naar het oordeel van [gedaagde sub 1] geen sprake is van overschrijding van de WNT in 2015 en 2016. Ook uit [gedaagde sub 1] zijn ongenoegen over de handelwijze van EZ; EZ zou hem onder druk hebben gezet de WNT-overschrijdingen te voldoen, zonder voor hem rechtsmiddelen open te stellen zodat hij het oordeel van EZ (bestuursrechtelijk) zou kunnen laten toetsen.

2.26. In februari 2018 hebben [gedaagde sub 1] en EZK afgesproken dat EZK een bestuurlijk rechtsoordeel zou geven over de (eventueel) geconstateerde overtredingen van de WNT door [gedaagde sub 1] over 2015 en 2016, dat naar mening van EZK appellabel zou zijn.

2.27. ECN en [gedaagde sub 1] hebben deze rechtbank daarop verzocht de onderhavige civiele procedure, in afwachting van de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure, op de parkeerrol te plaatsen. Bij vonnis van 18 april 2018 heeft de rechtbank deze procedure naar de parkeerrol verwezen (zie 1.1).

2.28. BZK heeft per brief van 19 oktober 2018 aan EZK haar definitieve oordeel omtrent de naleving van de WNT door ECN over 2016 kenbaar gemaakt. Het definitieve oordeel luidt dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over het jaar 2016 het WNT-bezoldigingsmaximum overschrijdt met een bedrag van € 31.059,21.

2.29. In het voorjaar van 2018 heeft ECN vastgesteld dat de op [gedaagde sub 1] toepasselijke WNT-bezoldigingsnorm ook over 2017 was overschreden, met een bedrag van € 4.209,86.

2.30. Op 22 november 2018 heeft EZK conform de daartoe met [gedaagde sub 1] gemaakte afspraak (zie 2.26) een bestuurlijk rechtsoordeel gegeven inzake de naleving van de WNT. Het

rechtsoordeel houdt in dat EZK, uitgaande van de constatering en overtredingen van BZK zoals opgenomen in de rechtsoordelen over 2015 en 2016 meent dat er sprake is van handelen in strijd met de WNT en van onverschuldigd aan [gedaagde sub 1] betaalde bedragen.

2.31. [gedaagde sub 1] heeft bezwaar gemaakt tegen het bestuurlijk rechtsoordeel van EZK. EZK heeft dit bezwaarschrift op grond van artikel 7:1a van de Awb naar deze rechtbank doorgezonden ter behandeling als rechtstreeks beroep. Op 15 oktober 2020 heeft deze rechtbank uitspraak gedaan in deze bestuursrechtelijke procedure. Zij heeft geoordeeld dat het bestuurlijk rechtsoordeel niet als appellabel besluit in de zin van de Awb kan worden beschouwd. Het beroep van [gedaagde sub 1] daartegen is daarom niet-ontvankelijk verklaard. Tegen deze uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

2.32. ECN (sinds 16 maart 2020 NRG genaamd) heeft de rechtbank daarop verzocht deze procedure weer op de continuatierol te plaatsen.

2.33. Tot op heden heeft [gedaagde sub 1] niets aan ECN (thans NRG) terugbetaald.

3. *Het geschil*

In conventie

3.1. ECN vordert, na wijziging van eis – samengevat – veroordeling van [gedaagde sub 1 c.s.] tot betaling van € 64.555,75, vermeerderd met rente en kosten.

3.2. ECN legt hieraan het volgende ten grondslag. [gedaagde sub 1] (dan wel zijn vennootschap [de B.V.]) heeft als topfunctionaris voor ECN in de jaren 2015, 2016 en 2017 meer bezoldiging ontvangen dan waarop hij recht had op grond van de geldende WNT-normen. ECN en [gedaagde sub 1] hebben afgesproken dat [gedaagde sub 1] het bedrag van de WNT-overschrijding over 2015 – een bedrag van € 31.963 – zou terugbetalen en daarnaast dat hij het bedrag van de WNT-overschrijding over 2016 zou terugbetalen zodra dat bedrag definitief zou zijn vastgesteld. De WNT-overschrijding over 2016 is op 19 oktober 2018 definitief vastgesteld. [gedaagde sub 1] heeft echter noch de WNT-overschrijding over 2015, noch die over 2016, aan ECN terugbetaald. ECN vordert in deze procedure nakoming van de gemaakte afspraken over de WNT-overschrijdingen in 2015 en 2016. Subsidiair vordert ECN de betreffende bedragen als onverschuldigd betaald

terug. Ook het bedrag van de WNT-overschrijding over 2017 moet op grond van onverschuldigde betaling aan ECN worden terugbetaald.

3.3. [gedaagde sub 1 c.s.] voert verweer. [gedaagde sub 1 c.s.] concludeert tot niet-ontvankelijkverklaring van ECN in haar vorderingen, dan wel tot afwijzing daarvan, dan wel tot matiging daarvan tot die bedragen die gelijk zijn aan WNT-overschrijdingen zoals door deze rechtbank in goede justitie te bepalen, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van ECN in de kosten van deze procedure, vermeerderd met rente vanaf 14 dagen na dit vonnis.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

In reconventie

3.5. [gedaagde sub 1] vordert dat de rechtbank, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

I. *primair*: voor recht zal verklaren dat tussen partijen geen WNT-overschrijdingen hebben plaatsgevonden, althans dat geen sprake is geweest van onverschuldigde betalingen zoals bedoeld in de WNT;

subsidiar: in goede justitie zal bepalen voor welk(e) bedrag(en) WNT-overschrijding heeft/hebben plaatsgevonden; en

II. de onderdelen “*Voor wat betreft de WNT overschrijding over 2015 spraken wij af dat jij het bedrag van in totaal € 31.963 vóór 1 mei 2017 aan ECN betaalt. Bij betaling voor 1 mei as. van bovengenoemd bedrag zal geen rente in rekening worden gebracht*” en “*Het definitieve bedrag waarmee de WNT-normen in 2016 zijn overschreden zal in overleg met het Ministerie van Economische Zaken door ECN worden vastgesteld, na vaststelling van de jaarrekening 2016. Wij stellen voor dat jij het door ECN aan [de B.V.] en jou betaalde bedrag de overschrijding over 2016 aan ECN zal betalen binnen vier maanden nadat dat exact is vastgesteld. In dat geval zal ook over dit bedrag geen rente zijn verschuldigd*”, zoals deze tussen partijen zijn overeengekomen in de brief van 2 maart 2017 [de rechtbank begrijpt: 27 maart 2017], zal vernietigen.

3.6. [gedaagde sub 1 c.s.] legt aan zijn vordering onder I het volgende ten grondslag. [gedaagde sub 1 c.s.] stelt dat de eerste zes maanden van zijn functievervulling in het geheel niet zijn genormeerd, dat er geen deeltijdfactor van 0,91 moet worden toegepast op de berekening van zijn maximumbezoldiging over 2015 omdat hij full-

time heeft gewerkt en dat de van ECN ontvangen reiskostenvergoeding van € 0,55 per kilometer op basis van de tussen partijen gemaakte afspraken wel degelijk verschuldigd was. Om deze redenen is er geen sprake van een overschrijding van de WNT-normen in de jaren 2015 en 2016 – althans is sprake van een geringere overschrijding dan ECN stelt.

3.7. Aan zijn vordering onder II legt [gedaagde sub 1 c.s.] het volgende ten grondslag. [gedaagde sub 1] heeft de brief van 27 maart 2017 onder dreiging van een last onder dwangsom en publicatie in de Staatscourant voor akkoord ondertekend. Ook heeft ECN misbruik gemaakt van de omstandigheid dat [gedaagde sub 1] afspraken met haar wilde maken over zijn vertrek uit de organisatie. De overeenkomst tussen partijen is daarom tot stand gekomen door misbruik van omstandigheden, zodat die (gedeeltelijk) moet worden vernietigd.

3.8. ECN voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkverklaring van [gedaagde sub 1 c.s.] in haar vorderingen, dan wel tot afwijzing daarvan, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van [gedaagde sub 1 c.s.] in de kosten van deze procedure.

3.9. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie en in reconventie

4.1. Gelet op de verwevenheid van de conventionele en de reconventionele vorderingen, zal de rechtbank deze gezamenlijk behandelen.

Ontvankelijkheid ECN

4.2. [gedaagde sub 1 c.s.] stelt dat ECN is gesplitst en een niet meer bestaande stichting is. ECN is volgens hem overgegaan naar TNO en de al van oudsher separate juridische entiteit NRG is zelfstandig. NRG bestaat nu uit de stichtingen Stichting Nucleair Research and Consultancy Group, Stichting Inkoop Energie Amsterdam e.o., Stichting WEE en Stichting ECN Nuclear. [gedaagde sub 1] was werkzaam voor ECN. NRG was destijds een reeds bestaande stichting, een zelfstandige entiteit met een eigen directie en zelfstandige bevoegdheden. ECN noch [gedaagde sub 1 c.s.] zijn op enig moment onderdeel geweest van NRG. Voor zover [gedaagde sub 1 c.s.] bekend, is de mogelijke vordering op hem overgegaan op TNO. NRG is derhalve niet ontvankelijk in zijn vorderingen jegens [gedaagde sub 1 c.s.],

althans de vorderingen kunnen om deze reden niet worden toegewezen, aldus [gedaagde sub 1 c.s.]

4.3. Uit artikel 2.1 van de akte van statutenwijziging van ECN van 16 maart 2020 (als productie 29 door ECN overgelegd) volgt dat ECN met ingang van die datum de naam Stichting Nuclear Research and Consultancy Group draagt. De rechtbank ziet daarom geen aanleiding om ECN niet-ontvankelijk te verklaren dan wel haar vorderingen reeds daarom af te wijzen. Zij komt dan ook toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen.

Overeenkomst tot terugbetaling vastgestelde WNT-overschrijdingen?

4.4. Tussen partijen is ten eerste in geschil of ECN en [gedaagde sub 1 c.s.] met elkaar zijn overeengekomen dat [gedaagde sub 1 c.s.] zonder meer het bedrag van € 31.963 ter zake van de WNT-overschrijding in 2015 en het door BZK vast te stellen bedrag aan WNT-overschrijding over 2016 aan ECN zou betalen, zoals volgens ECN uit de door [gedaagde sub 1 c.s.] voor akkoord ondertekende brief van ECN van 27 maart 2017 volgt (zie 2.17).

4.5. [gedaagde sub 1 c.s.] stelt dat partijen (ook) hebben afgesproken dat zij gezamenlijk tegen het voorlopig oordeel van BZK over 2016 zouden opkomen en dat [gedaagde sub 1 c.s.] feitelijk wel, maar formeel niet met steun van ECN, zou opkomen tegen het definitieve oordeel van BZK over 2015. [gedaagde sub 1 c.s.] zou alle middelen rechtens inzetten om in het gelijk te worden gesteld. Mocht hij na rechterlijke toetsing uiteindelijk in het ongelijk worden gesteld, dan zou hij vrijwillig betalen. Dit volgt volgens [gedaagde sub 1 c.s.] uit de brieven van respectievelijk 26 februari 2017 (zie 2.12) en 2 maart 2017 (zie 2.13). De voor akkoord ondertekende brief van 27 maart 2017 suggereert dat hij zich neerlegt bij het definitieve oordeel van BZK over 2015, terwijl het ECN volstrekt duidelijk was dat hij de door BZK vastgestelde normoverschrijding betwistte en deze ter toetsing wilde voorleggen aan een rechter, aldus [gedaagde sub 1 c.s.]

4.6. Noch in de brief van 26 februari 2017 noch in die van 2 maart 2017 leest de rechtbank de afspraak tussen partijen dat [gedaagde sub 1 c.s.] het bedrag van de door BZK vastgestelde WNT-overschrijding over 2015 pas zou hoeven te betalen als de (hoogste) bestuursrechter zou heb-

ben beslist dat er inderdaad sprake is van een WNT-overschrijding. Het tegenovergestelde volgt juist uit een e-mail die [gedaagde sub 1 c.s.] een paar weken later aan ECN heeft gestuurd, waarin hij schrijft “niet in hoger beroep [te gaan] ten opzichte van de uitspraak van het ministerie van binnenlandse zaken met betrekking tot de overgangsregeling 2015” (zie 2.15). [gedaagde sub 1 c.s.] heeft geen andere feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen volgen dat hij zich door ondertekening van de brief van 27 maart 2017 niet onvoorwaardelijk heeft verplicht tot terugbetaling van de door BZK over 2015 vastgestelde WNT-overschrijding. Hieruit volgt dat [gedaagde sub 1 c.s.], door de brief van ECN van 27 maart 2017 voor akkoord te ondertekenen, met ECN is overeengekomen dat hij zonder meer het bedrag van € 31.963 aan ECN zou betalen.

Vernietiging overeenkomst?

4.7. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of ECN nakoming van deze overeenkomst kan vorderen, gelet op het beroep van [gedaagde sub 1 c.s.] op vernietiging daarvan.

4.8. [gedaagde sub 1 c.s.] voert daartoe aan dat de overeenkomst door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. [gedaagde sub 1 c.s.] stelt de brief van 27 maart 2017 onder dreiging van een last onder dwangsom en publicatie in de Staatscourant voor akkoord te hebben ondertekend. Ook heeft ECN misbruik gemaakt van de omstandigheid dat [gedaagde sub 1 c.s.] afspraken met haar wilde maken over zijn vertrek uit de organisatie.

4.9. Uit artikel 3:44 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) volgt dat misbruik van omstandigheden aanwezig is wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden. Dit betekent dat voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden aan drie vereisten moet zijn voldaan, te weten: bijzondere omstandigheden, misbruik en causaal verband. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) rust op [gedaagde sub 1 c.s.] de stelplicht en eventuele bewijslast voor fei-

ten en omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat de overeenkomst vernietigbaar is.

4.10. Vaststaat dat op het moment dat [gedaagde sub 1 c.s.] de brief van 27 maart 2017 voor akkoord ondertekende, reeds in de WNT was bepaald dat de minister (in dit geval: van EZ) ter handhaving van de bepalingen betreffende het bezoldigingsmaximum bevoegd was om partijen een last onder dwangsom op te leggen en dat van een dergelijke last onder dwangsom mededeling zou worden gedaan door plaatsing in de Staatscourant. Hoewel de rechtbank zich er wel wat bij kan voorstellen dat [gedaagde sub 1] (c.s.) door ondertekening van de brief van 27 maart 2017 heeft willen voorkomen dat een aan hem opgelegde dwangsom in verband met overtreding van de WNT in de Staatscourant zou worden gepubliceerd – hiermee dreigde immers voor hem reputatieschade en andere, daaruit voortvloeiende, schade – kan deze omstandigheid op zich niet leiden tot vernietiging van de overeenkomst. Immers, voor een geslaagd beroep op artikel 3:44 lid 4 BW is ook misbruik van die omstandigheid (de dreigende handhaving door EZ) vereist. Nu [gedaagde sub 1 c.s.] niet heeft toegelicht op welke wijze ECN misbruik van deze omstandigheid heeft gemaakt, kan de rechtbank niet vaststellen dat dat het geval is geweest. Evenmin heeft [gedaagde sub 1 c.s.] toegelicht op welke wijze ECN misbruik heeft gemaakt van de omstandigheid dat [gedaagde sub 1 c.s.] afspraken met haar wilde maken over de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. [gedaagde sub 1 c.s.] heeft dus onvoldoende gesteld om zijn beroep op artikel 3:44 lid 4 BW te kunnen honoreren. Dat betekent dat de overeenkomst in stand blijft en dat de reconventionele vordering van [gedaagde sub 1 c.s.] onder II zal worden afgewezen.

Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

4.11. De rechtbank is echter met [gedaagde sub 1 c.s.] van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat ECN een beroep doet op deze overeenkomst – hoe begrijpelijk dit ook is gelet op het door EZ aan haar gedane verzoek tot ongedaanmaking van de WNT-overschrijding. Zij motiveert dat oordeel als volgt.

4.12. ECN wist (van meet af aan) dat [gedaagde sub 1] het niet eens was met het (voorlopig) oordeel van BZK en dat hij dat in rechte wilde laten

toetsen (zie 2.12, 2.13 en 2.16). Bovendien was ECN in de (onjuiste) veronderstelling dat hoger beroep openstond (zie 2.12) en heeft zij dit aan [gedaagde sub 1] gecommuniceerd, zonder daarbij aan te geven op welke wijze hij dat hoger beroep kon instellen. ECN is ook steeds bereid geweest tot terugbetaling aan [gedaagde sub 1] als later zou blijken dat de geldende wet- en regelgeving door de (bestuurs)rechter anders zou worden toegepast/geïnterpreteerd dan door BZK. Dit volgt niet alleen uit de e-mail van ECN van 27 maart 2017 (zie 2.16) en de voor akkoord ondertekende brief van 27 maart 2017 (zie 2.17), maar valt ook af te leiden uit het feit dat ECN de rechtbank heeft verzocht onderhavige civiele procedure (waarin primair op grond van nakoming betaling van de overschrijding wordt gevorderd) aan te houden in afwachting van de uitkomst van de door (EZK en) [gedaagde sub 1] ingezette bestuursrechtelijke procedure (zie 2.26 en 2.27). ECN is op de hoogte van het feit dat de bestuursrechter geen inhoudelijk oordeel heeft gegeven over de door ECN en BZK vastgestelde WNT-overschrijdingen. De rechtbank constateert dat het primaire beroep van ECN op de overeenkomst in de weg staat aan een rechterlijke toetsing van de door BZK vastgestelde en de op verzoek van EZK door ECN van [gedaagde sub 1] teruggevorderde WNT-overschrijding. Gelet op voorgaande feiten en omstandigheden acht de rechtbank het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook onaanvaardbaar dat ECN primair een beroep doet op deze overeenkomst, terwijl nu juist in deze (door haar geëntameerde) procedure de door [gedaagde sub 1] gewenste rechterlijke toetsing kan plaatsvinden op de subsidiair door ECN aangevoerde grondslag van onverschuldigde betaling.

4.13. Gelet op het voorgaande laat de rechtbank in het midden of [gedaagde sub 1] door ondertekening van de brief van 27 maart 2017 zich zonder meer heeft verplicht tot terugbetaling van het op dat moment onbekende, nog door BZK vast te stellen bedrag van de overschrijding van het bezoldigingsmaximum in 2016. Voor zover dat al het geval zou zijn, kan ECN immers ook op die afspraak om bovengenoemde reden geen beroep doen.

4.14. Het voorgaande brengt met zich dat de rechtbank zal moeten beoordelen of er sprake is van onverschuldigde betalingen, zoals ECN subsidiair (en voor wat betreft het jaar 2017 – pri-

mair) heeft gesteld en daarmee of er sprake is van WNT-overschrijdingen.

Onverschuldigde betaling?

4.15. In artikel 1.6 lid 1 WNT is (en was reeds ten tijde van het sluiten van Opdrachtovereenkomst I) bepaald dat “Voor zover partijen een hogere bezoldiging overeenkomen dan bij of krachtens deze wet is toegestaan, de bezoldiging van rechtswege het bedrag [bedraagt] dat ten hoogste is toegestaan. Betalingen die dat bedrag overschrijden, zijn onverschuldigd betaald.” Partijen twisten over de vraag of en in hoeverre de geldende bezoldigingsmaxima voor de jaren 2015, 2016 en 2017 zijn overschreden.

Overschrijding 2015?

4.16. De vordering van ECN tot betaling van de overschrijding van de maximum bezoldiging over het jaar 2015 is gebaseerd op het definitieve oordeel van BZK. Dit oordeel luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“(…) Het dienstverband van de heer [gedaagde sub 1] duurde in 2015 niet langer dan zes maanden en van een eerder dienstverband bij ECN was geen sprake. Omdat in 2016 een nieuw dienstverband werd aangegaan, is daarmee binnen een periode van achttien maanden alsnog langer dan zes maanden gewerkt, zodat de bezoldiging voor de functievervulling in 2015 met terugwerkende kracht is genormeerd.

De periode tussen 19 oktober en 31 december 2015 telt 53 werkdagen. Er zijn 48 werkdagen in rekening gebracht. De deeltijdfactor bedraagt derhalve $48/53 = 0,91$ fte. Op basis van deze deeltijdfactor bedraagt het individuele WNT-maximum voor de inzet van de heer [gedaagde sub 1] voor ECN in 2015 $74/365 * 0,91 * 230.474 = € 45.521$. In de jaarrekening is een bezoldiging van € 75.795 verantwoord zodat er sprake is van een overschrijding van € 33.274. (...)”

Anders dan BZK heeft ECN in haar vordering het onbelaste deel van de reiskostenvergoeding buiten beschouwing gelaten. De vordering van ECN betreffende de WNT-overschrijding over 2015 bedraagt daarom € 31.963 (€ 33.274 -/- € 1.311).

4.17. [gedaagde sub 1] betwist dat er sprake is van een overschrijding van de WNT-normen in het jaar 2015 (en 2016), omdat volgens hem de eerste zes maanden van zijn functievervulling in het geheel niet zijn genormeerd. Verder bestrijdt hij dat een deeltijdfactor van 0,91 moet worden toege-

past op de berekening van zijn maximumbezoldiging over 2015 omdat hij niet in deeltijd maar (meer dan) voltijds heeft gewerkt. Tot slot betwist [gedaagde sub 1] dat ECN de aan hem betaalde reiskostenvergoeding van € 0,55 per kilometer op grond van onverschuldigde betaling kan terugvorderen, omdat deze vergoeding op basis van de tussen partijen gemaakte afspraken wel degelijk verschuldigd was.

4.18. Voor de beantwoording van de vraag of het in 2015 geldende bezoldigingsmaximum is overschreden, zal de rechtbank eerst beoordelen of de bezoldiging van [gedaagde sub 1] gedurende de eerste zes maanden waarin hij topfunctionaris zonder dienstbetrekking was, genormeerd was.

4.19. Op het moment van het sluiten van Opdrachtovereenkomst I, 19 oktober 2015, luidde het vierde lid van artikel 2.1 WNT als volgt:

Artikel 2.1 lid 4 WNT

In geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor meer dan twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, komen partijen met ingang van de eerste dag van de dertiende maand in de periode van achttien maanden geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de maximale bezoldiging voor het geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor maximaal twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking. [onderstreping rechtbank (romein; red.)]

4.20. Van 19 oktober 2015 tot 19 oktober 2016 was [gedaagde sub 1] topfunctionaris zonder dienstbetrekking. Dat was dus een periode van (maximaal) twaalf maanden. [gedaagde sub 1] bezoldiging wordt daarom op grond van artikel 2.1 lid 4 WNT genormeerd door bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde regels (gedelegeerde regelgeving), en niet (rechtstreeks) door artikel 2.3 van de WNT, zoals het geval is bij functievervulling voor meer dan twaalf maanden.

4.21. De op 19 oktober 2015 geldende gedelegeerde regelgeving waarin het bezoldigingsmaximum van de topfunctionaris zonder dienstbetrekking die zijn of haar functie in een periode van achttien maanden voor maximaal twaalf maanden heeft vervuld, betrof de Beleidsregels toepassing WNT

2015. In artikel 5 lid 2 van de Beleidsregels toepassing WNT 2015 is daarover het volgende bepaald: Artikel 5 lid 2 van de Beleidsregels toepassing WNT 2015

Op het moment dat een topfunctionaris zonder dienstbetrekking zijn interim-functie binnen een periode van 18 maanden meer dan zes maanden vervult, zijn de WNT-kaders vanaf het begin van deze periode op hem van toepassing. Bij een functievervulling van bijvoorbeeld vier maanden spelen de WNT-kaders (nog) niet. Blijkt de betreffende functionaris binnen 14 maanden echter opnieuw een dergelijke functie te bezetten binnen dezelfde instelling voor meer dan twee maanden, dan dient het kader van de WNT alsnog te worden toegepast op de hele – opgetelde – termijn. Voor topfunctionarissen zonder dienstbetrekking dienen de eerste vier maanden dan met terugwerkende kracht te worden gecorrigeerd (zo er sprake was van een bezoldiging uitgaande boven het voor de sector relevante maximum). Voor de bepaling van de termijn geldt de inwerkingtredingsdatum van de WNT, 1 januari 2013, als startpunt. Eventuele interim-functievervulling voor die datum wordt niet meegenomen bij de bepaling of aan het zes-maanden-criterium is voldaan. [onderstreping rechtbank (romein; red.)]

4.22. Op het moment dat partijen Opdrachtovereenkomst I sloten – op 19 oktober 2015 – was dus geldend recht dat de bezoldiging met terugwerkende kracht zou worden gecorrigeerd als de topfunctionaris zijn functie binnen een periode van achttien maanden meer dan zes maanden zou vervullen en zijn bezoldiging het in artikel 2.3 WNT vastgestelde maximum overschreed. Het had partijen daarom bekend moeten zijn dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] in geval van verlenging van Opdrachtovereenkomst I met terugwerkende kracht gecorrigeerd zou moeten worden als deze, in geval van verlenging van Opdrachtovereenkomst I, de bij of krachtens de WNT toegestane bezoldiging op enig moment zou overschrijden.

4.23. Het is gelet hierop overigens onbegrijpelijk dat partijen enerzijds in artikel 3.1 van Opdrachtovereenkomst I rekening hielden met een mogelijke verlenging van de overeenkomst met zes maanden – hetgeen dus zou kunnen leiden tot een correctie van de bezoldiging van [gedaagde sub 1] met terugwerkende kracht – en dat zij anderzijds in diezelfde overeenkomst (slechts) bepaalden dat “[d]e vergoeding van lid 1 van dit arti-

kel [artikel 3 van Opdrachtovereenkomst I, rechtbank] valt binnen het vrijgestelde 6-maands regime voor interim-managers onder de Wet Normering Topinkomens (WNT)”.

4.24. Dat het moment waarop de functievervulling de (vrijgestelde) zes maanden-grens overschrijdt – [gedaagde sub 1 c.s.] duidt dit aan als het ‘toetsmoment’ – is gelegen in 2016 en derhalve op een moment waarop de Beleidsregels toepassing WNT 2015 al waren ingetrokken, maakt het voorgaande niet anders. Uit de overgangsbepaling in de Beleidsregels WNT 2016 volgt namelijk dat de Beleidsregels toepassing WNT 2015 ook na 1 januari 2016, de datum waarop de Beleidsregels toepassing WNT 2015 zijn ingetrokken en het Uitvoeringsbesluit WNT 2016 in werking is getreden, nog moeten worden toegepast op de door een topfunctionaris zonder dienstbetrekking in 2015 ontvangen bezoldiging:

Artikel 17 lid 1 van de Beleidsregels WNT 2016 De Beleidsregels toepassing WNT 2015 worden ingetrokken.

Artikel 17 lid 2 van de Beleidsregels WNT 2016 Het eerste lid doet niet af aan de toepassing van de daarin bedoelde beleidsregels bij de uitvoering van de wet met betrekking tot het jaar 2015. De beleidsregels, dus ook die betrekking hebben op de topfunctionaris zonder dienstbetrekking, blijven onderdeel van het geldende normenkader voor dit specifieke jaar.

4.25. Uit het voorgaande volgt dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] in de eerste zes maanden van zijn functievervulling – en derhalve in de periode van 19 oktober tot en met 31 december 2015 – is genormeerd, nu hij een topfunctionaris zonder dienstbetrekking was die binnen een periode van achttien maanden zijn of haar functie meer dan zes doch maximaal twaalf maanden heeft vervuld. De rechtbank volgt [gedaagde sub 1 c.s.] hier dus niet in zijn stelling dat zijn bezoldiging over de eerste zes maanden van zijn functievervulling bij ECN niet genormeerd zou zijn omdat een wettelijke basis daarvoor zou ontbreken.

4.26. De rechtbank is, anders dan [gedaagde sub 1], van oordeel dat uit Voorbeeld 2 op p. 26 van de Nota van Toelichting bij het Uitvoeringsbesluit WNT 2016² (zie 4.34 e.v.) niet kan worden afge-

2 Besluit van 30 november 2015 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit WNT onder meer in verband met de normering van de bezoldiging van topfunctionarissen

leid dat de bezoldiging van een topfunctionaris zonder dienstbetrekking die binnen een periode van achttien maanden zijn of haar functie meer dan zes doch maximaal twaalf maanden heeft vervuld, niet met terugwerkende kracht wordt genormeerd als de verlenging van zijn of haar eerste zes-maanden-contract niet in 2015, maar in 2016 plaatsvindt. In dit voorbeeld wordt immers een situatie beschreven waarin sprake is van een functievervulling van zes maanden zónder verlenging: “partijen hebben afgesproken dat de betrokkene de functie van oktober 2015 tot en met maart 2016 vervult (...)”. In deze situatie was de bezoldiging tot 1 januari 2016 niet genormeerd. Daarbij komt dat dit voorbeeld, blijkens de inleiding daarvan, enkel illustreert dat het overgangsrecht vervalt in geval van verlenging van de functievervulling: “Het derde lid van artikel 7 regelt dat in geval van verlenging van de functievervulling het overgangsrecht vervalt. Hier volgt een voorbeeld: [Voorbeeld 2]”.

4.27. Nu de rechtbank heeft vastgesteld dat de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over de periode van 19 oktober tot en met 31 december 2015 (met terugwerkende kracht) wordt genormeerd, moet worden vastgesteld of sprake is van een overschrijding van de in 2015 geldende bezoldigingsnorm. De maximum toegestane bezoldiging voor 2015 (de periode van 19 oktober tot en met 31 december 2015) moet worden vastgesteld op basis van artikel 5 lid 5 Beleidsregels toepassing WNT 2015:

Artikel 5 lid 5 Beleidsregels toepassing WNT 2015

Het toepasselijke maximum bij kortere periodes dan een vol kalenderjaar bij functievervulling door een functionaris zonder dienstbetrekking kan als volgt worden berekend:

$$x = \frac{y \times a \times b}{365}$$

Waarbij:

x = individuele maximumbezoldiging functionaris zonder dienstbetrekking (excl. BTW)

sen zonder dienstbetrekking voor de eerste twaalf maanden van de functievervulling en wijziging van bijlage 1 en 2 bij de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.

y = toepasselijk WNT-jaarmaximum voor de desbetreffende functie

a = deeltijdfactor (bij fulltime functies: 1,0)

b = totaal aantal kalenderdagen (niet: werkdagen) waarop de functie in het jaar is vervuld.

De WNT gaat uit van vergoeding, inclusief doorbetaling bij verlof en verzuim. Hierbij geldt het maximum naar rato van het dienstverband, op jaarbasis (zie art. 2.1, tweede en derde lid WNT). Deze factoren komen terug in de berekening.

Variabele a betreft de deeltijdfactor van de functie (ten hoogste 1,0; zie art. 2.1, tweede lid WNT en artikel 7 van deze beleidsregels. Dit is de geldende deeltijdfactor. Deze wordt bepaald op basis van de gebruikelijke omvang van de functie.

Bij variabele b wordt, conform de wet, de gewerkte periode in kalenderdagen afgezet tegen 365 kalenderdagen (art. 2.1, derde lid WNT).

4.28. Variabelen y (toepasselijk WNT-jaarmaximum voor de desbetreffende functie) en b (totaal aantal kalenderdagen (niet: werkdagen) waarop de functie in het jaar is vervuld), zijn tussen partijen niet in geschil. Variabele y = 230.474 en variabele b = 74. Wel twisten partijen over variabele a (deeltijdfactor). [gedaagde sub 1] betwist namelijk dat er een grondslag bestaat om een deeltijdpercentage toe te passen, zoals BZK in zijn definitieve oordeel (waarop de vordering van ECN is gebaseerd) heeft gedaan – BZK heeft daarin rekening gehouden met een deeltijdpercentage van 0,91. Volgens [gedaagde sub 1] was er geen sprake van een dienstverband met een kleinere omvang dan een bij ECN gebruikelijk voltijds dienstverband, als bedoeld in artikel 2.1 lid 2 WNT. Hij heeft – naar eigen zeggen – meer dan fulltime gewerkt.

4.29. De rechtbank volgt [gedaagde sub 1] niet in dit standpunt. Blijkens Oprachtovereenkomst I hebben partijen immers afgesproken dat [gedaagde sub 1] – via [de B.V.] – alleen gewerkte dagen zou kunnen declareren en dus geen recht had op betaald verlof. Ook zijn partijen geen vast of minimaal aantal uren overeengekomen. Verder blijkt uit de tekst van Oprachtovereenkomst I dat partijen er ook niet van uitgingen dat [gedaagde sub 1] de functie voor de overeengekomen periode voltijds zou vervullen. In artikel 1.8 is immers bepaald dat [gedaagde sub 1] gelijktijdig andere opdrachten kan uitvoeren en in artikel 3.1 is een maximale vergoeding (€ 124.800) vastgelegd die, gelet op het dagtarief van € 1.500, uitgaat van deeltijd functievervulling (dit komt immers

neer op vergoeding van maximaal 83,2 van de 130 werkdagen in de periode van 19 oktober 2015 tot 19 april 2016). De rechtbank zal daarom uitgaan van het door BZK vastgestelde deeltijdpercentage van 0,91.

4.30. Het bezoldigingsmaximum voor [gedaagde sub 1] in de periode van 19 oktober tot 31 december 2015 moet dan als volgt worden berekend.

$$x = \frac{y \times a \times b}{365}$$

y = 230.474

a = 0,91

b = 74

x = (230.474 * 0,91 * 74) : 365 = 42.520,87.

De individuele maximumbezoldiging van [gedaagde sub 1] in 2015 bedraagt dus (afgerond) € 42.521.

4.31. Om te kunnen vaststellen of dit individuele bezoldigingsmaximum in 2015 is overschreden, moet worden beoordeeld of de door [gedaagde sub 1] in 2015 ontvangen bezoldiging genoemd maximum van € 42.521 overstijgt. De hoogte van de door [gedaagde sub 1] in 2015 ontvangen bezoldiging is echter tussen partijen in geschil. [gedaagde sub 1] voert immers aan dat ECN ten onrechte (het belaste deel van) de reiskostenvergoeding onder de bezoldiging heeft begrepen. Naar het oordeel van de rechtbank is dit echter wél terecht. Het begrip 'bezoldiging' is in de WNT namelijk gedefinieerd als "de som van de beloning, de belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn, met uitzondering van de omzetbelasting, dan wel, indien een functie wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, de som van de vergoedingen voor het vervullen van de functie, met uitzondering van de vergoedingen die bij een functievervulling op grond van een dienstbetrekking onbelast zouden zijn, en met uitzondering van de omzetbelasting" [onderstreping toegevoegd, rechtbank (romein; red.)]. Hieruit volgt dat het belaste deel van de reiskostenvergoeding tot de bezoldiging moet worden gerekend.

4.32. In de jaarrekening is een bezoldiging van € 75.795 verantwoord (€ 72.000 aan beloning en € 3.795 aan reiskosten). ECN heeft in haar vordering (terecht, gelet op het hiervoor in 4.31 overwogene) het onbelaste deel van de reiskostenvergoeding (ten bedrage van € 1.311) buiten beschouwing gelaten. [gedaagde sub 1] heeft in

2015 dus een bezoldiging ontvangen van € 74.484 (€ 75.795 -/- € 1.311). Geconcludeerd moet daarom worden dat de in 2015 geldende bezoldigingsnorm is overschreden met € 31.963 (€ 74.484 -/- € 42.521). Op grond van artikel 1.6 lid 1 WNT geldt dat ECN dit bedrag onverschuldigd aan [gedaagde sub 1] heeft betaald. De vordering van ECN tot terugbetaling van dit bedrag is daarom toewijsbaar.

Overschrijding 2016?

4.33. Per 1 januari 2016 is de WNT gewijzigd. Met de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT beoogde de wetgever (i) de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector naar een maatschappelijk aanvaardbaar, evenwichtig en verantwoord niveau te brengen en (ii) een einde te maken aan het ongewenste effect dat "het vrijgestelde 6-maands regime" had (waarop partijen in Opdrachtovereenkomst I doelen, zie 4.23), namelijk dat opdrachten nog voordat die waren voltooid, na zes maanden werden beëindigd vanwege het bezoldigingsmaximum dat met terugwerkende kracht over die eerste zes maanden zou gaan gelden in geval van een verlenging van de overeenkomst van opdracht. Daarom werden met ingang van 1 januari 2016 de eerste zes maanden van de functievervulling van de topfunctionaris zonder dienstbetrekking hoe dan ook gemaximeerd, dus ook indien de topfunctionaris niet langer dan zes maanden zijn of haar functie zou vervullen.

4.34. In de Nota van Toelichting bij het Besluit van 30 november 2015 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit WNT onder meer in verband met de normering van de bezoldiging van topfunctionarissen zonder dienstbetrekking voor de eerste twaalf maanden van de functievervulling en wijziging van bijlage 1 en 2 bij de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector³ (hierna: Uitvoeringsbesluit WNT 2016) staat hierover het volgende:

"(...) In het eerste jaar na de inwerkingtreding van de WNT [op 1 januari 2013, rechtbank] bleek dat het ontbreken van een norm voor de bezoldiging van topfunctionarissen zonder dienstbetrekking met een functievervulling van zes maanden of korter kan leiden tot inkomens met een dusdanige hoogte, dat die niet als overeenkomstig de bedoe-

3 Staatsblad 2015, 475, p. 7.

lingen van de WNT kunnen worden aangemerkt. *De WNT beoogt immers de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector naar een maatschappelijk aanvaardbaar, evenwichtig en verantwoord niveau te brengen.* Het ontbreken van een normering van de bezoldiging voor de topfunctievervulling zonder dienstbetrekking voor de duur van zes maanden kon dat doel ondermijnen. Ook heeft voormelde regeling tot veel uitvoeringsproblemen geleid, met name wat betreft de normering van de bezoldiging met terugwerkende kracht. *Het gevolg is dat opdrachten nog voordat die zijn voltooid, worden beëindigd en de functie van topfunctionaris, mede vanwege de hoogte van de norm, niet voor langere perioden anders dan op grond van een dienstbetrekking kan worden vervuld.*

Om deze onbedoelde en ongewenste effecten tegen te gaan, worden op grond van de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, van de WNT, zoals deze luiden na de inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT nadere regels gesteld voor de eerste twaalf maanden waarin een functie van topfunctionaris anders dan op grond van een dienstbetrekking wordt vervuld. Hiermee is beoogd een nieuw stelsel te creëren waarmee de bezoldiging bij een functievervulling zonder dienstbetrekking anders dan voorheen vanaf dag één wordt genormeerd. (...)” [onderstreping rechtbank (romein; red.)]

4.35. Het bezoldigingsmaximum voor de topfunctionaris zonder dienstbetrekking die zijn of haar functie in een periode van achttien maanden voor maximaal twaalf maanden heeft vervuld, werd per 1 januari 2016 geregeld in artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit WNT 2016:

Artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016
Indien de functie van topfunctionaris wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, komen partijen voor de duur van de functievervulling tot en met twaalf kalendermaanden geen bezoldiging overeen die hoger is dan de som van € 24.000 per kalendermaand voor de eerste zes kalendermaanden van de functievervulling en € 18.000 per kalendermaand voor de zevende tot en met de twaalfde kalendermaand van de functievervulling. [onderstreping rechtbank (romein; red.)]

Artikel 4 lid 2 Uitvoeringsbesluit WNT 2016
Onverminderd het eerste lid, komen partijen voor de duur van de functievervulling tot en met twaalf kalendermaanden geen bezoldiging overeen die

meer bedraagt dan € 175 per uur. [onderstreping rechtbank (romein; red.)]

4.36. Partijen verschillen van mening over de vraag of de bezoldiging van [gedaagde sub 1] in de periode van 1 januari tot 19 april 2016 (Opdrachtovereenkomst I) die viel binnen de twaalf maanden van zijn functievervulling als topfunctionaris zonder dienstbetrekking, wordt genormeerd door artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016. In dat kader moet de vraag worden beantwoord of op de situatie van [gedaagde sub 1] het in artikel 7.4a WNT bedoelde overgangsrecht van toepassing is.

4.37. Artikel 7.4a WNT luidde op 1 januari 2016 als volgt:

Artikel 7.4a lid 1 WNT

Zolang de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid [het Uitvoeringsbesluit WNT 2016, rechtbank], nog niet in werking is getreden, blijven deze wet en de daarop rustende bepalingen, zoals deze luiden op de dag voor de inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, van toepassing ten aanzien van topfunctionarissen die hun functie vervullen anders dan op grond van een dienstbetrekking.

Artikel 7.4a lid 2 WNT

Bij de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het eerste lid [het Uitvoeringsbesluit WNT 2016, rechtbank], worden regels gesteld over het overgangsrecht ten aanzien van voorafgaande aan de inwerkingtreding van de algemene maatregel van bestuur tussen partijen overeengekomen bezoldigingen.

4.38. Het Uitvoeringsbesluit WNT 2016 is in werking getreden op 1 januari 2016. Dat had tot gevolg dat de WNT zoals die tot dat moment gold, niet meer van toepassing was ten aanzien van topfunctionarissen die hun functie vervullen anders dan op grond van een dienstbetrekking (dit op grond van artikel 7.4a lid 1 WNT). Verder zijn de in artikel 7.4a lid 2 WNT bedoelde regels gesteld, betreffende het overgangsrecht ten aanzien van vóór 1 januari 2016 tussen partijen overeengekomen bezoldigingen. Dit overgangsrecht is neergelegd in artikel 7 van het Uitvoeringsbesluit WNT 2016. Dat artikel luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

artikel 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016

Een tussen partijen voor 1 januari 2016 overeengekomen bezoldiging die op enig moment na die datum meer bedraagt dan het op grond van of

krachtens de wet van toepassing zijnde bezoldigingsmaximum, is toegestaan voor ten hoogste vier jaar na de datum waarop het toepasselijke bezoldigingsmaximum eerst wordt overschreden, tenzij op grond van artikel 7.3 eerste tot en met derde lid of achtste lid, van de wet reeds eerder een periode van ten hoogste vier jaar is aangevangen. De bezoldiging, bedoeld in de vorige volzin, wordt slechts verhoogd, indien deze verhoging en de wijze waarop deze wordt berekend voorafgaand aan 1 januari 2016, tussen partijen zijn overeengekomen. De artikelen 5.4 tot en met 5.6 zijn van toepassing.

artikel 7 lid 3 Uitvoeringsbesluit WNT 2016

Indien een dienstverband waarop dit artikel van toepassing is, wordt verlengd, blijft dit artikel na de verlenging buiten verdere toepassing.

4.39. Nu Opdrachtovereenkomst I (het dienstverband⁴ waarop het overgangsrecht van artikel 7 Uitvoeringsbesluit WNT 2016 van toepassing is) per 19 april 2016 is verlengd, blijft het overgangsrecht na de verlenging buiten verdere toepassing. Dat betekent dat vanaf 19 april 2016 sowieso de nieuwe normering (van artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016, zie 4.35) van toepassing is op de bezoldiging van [gedaagde sub 1].

4.40. Ten aanzien van de vraag of het overgangsrecht van toepassing is op de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over de periode van 1 januari tot 19 april 2016, overweegt de rechtbank als volgt. Teneinde de vraag te kunnen beantwoorden of de door partijen vóór 1 januari 2016 gemaakte afspraken over [gedaagde sub 1] bezoldiging in 2016 gerespecteerd moeten worden op grond van het overgangsrecht, moet de rechtbank beoordelen of die overeengekomen bezoldiging op enig moment na 1 januari 2016 meer bedraagt dan het op grond van artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016 (zie 4.35) geldende bezoldigingsmaximum.

4.41. Op 19 oktober 2015 zijn partijen een dagtarief van € 1.500 exclusief BTW overeengekomen en een maximale vergoeding over de gehele contract periode (van 19 oktober 2015 tot 19 april 2016) van € 124.800. Vaststaat dat ECN aan [gedaagde sub 1] over de gehele contract periode een hoger bedrag, van € 173.500, aan bezoldiging

heeft betaald, vanwege door [gedaagde sub 1] gedaan meerwerk. De rechtbank leidt hieruit af dat partijen na 19 oktober 2015 hebben afgesproken de aanvankelijk overeengekomen maximumvergoeding van € 124.800 los te laten. Echter, gesteld noch gebleken is dat zij dit vóór 1 januari 2016 hebben gedaan. Uit het feit dat de op 19 oktober 2015 afgesproken maximumvergoeding van € 124.800 pas werd overschreden met de betaling van de factuur van februari 2016 ten bedrage van € 33.000 (in 2015 had [gedaagde sub 1] al € 72.000 ontvangen, in januari 2016 € 24.000), leidt de rechtbank af dat pas vanaf dat moment daadwerkelijk meerwerk werd vergoed. De rechtbank kan gelet op het voorgaande dan ook niet vaststellen dat partijen vóór 1 januari 2016 zijn overeengekomen dat meerwerk – de maximumvergoeding van € 124.800 overschrijdend – zou worden vergoed. De rechtbank dient daarom bij de beantwoording van de vraag of [gedaagde sub 1] werd benadeeld door de nieuwe – per 1 januari 2016 ingegane – regeling, uit te gaan van de tussen partijen vóór 1 januari 2016 gemaakte afspraak dat de maximumvergoeding voor Opdrachtovereenkomst I € 124.800 bedroeg.

4.42. In de periode van 19 oktober tot en met 31 december 2015 heeft [gedaagde sub 1] al een bedrag van € 72.000 van ECN ontvangen. [gedaagde sub 1] mocht daarom op basis van de tussen partijen vóór 1 januari 2016 gemaakte afspraken voor de periode van 1 januari tot 19 april 2016 nog slechts € 52.800 (€ 124.800 -/- € 72.000) declareren. Op basis van de nieuwe, per 1 januari 2016 bestaande normering (artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016, zie 4.35) zou [gedaagde sub 1] van januari tot en met april 2016 maximaal € 90.000 (€ 24.000 voor de maanden januari tot en met maart – zijnde de vierde tot en met de zesde kalendermaand van de functievervulling – en € 18.000 voor de maand april – zijnde de zevende kalendermaand van de functievervulling) mogen ontvangen. De op basis van de door partijen vóór 1 januari 2016 gemaakte afspraken bestaande maximumbezoldiging voor de periode van 1 januari tot 19 april 2016 (€ 52.800) bedraagt dus niet meer dan het op grond van of krachtens de (met ingang van 1 januari 2016 gewijzigde) wet van toepassing zijnde bezoldigingsmaximum voor die periode (€ 90.000). Met andere woorden: [gedaagde sub 1] wordt niet door de nieuwe normering benadeeld. Aan het vereiste van artikel 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016 is daarom niet

4 In de WNT gedefinieerd als “aanstelling, arbeidsovereenkomst of andere titel op grond waarvan de topfunctionaris tegen betaling zijn opgedragen taken vervult”.

voldaan, zodat het daarin opgenomen overgangsrecht niet in werking treedt en met ingang van 1 januari 2016 de nieuwe regeling op de bezoldiging van [gedaagde sub 1] van toepassing is.

4.43. De rechtbank zal in het hiernavolgende beoordelen of de door [gedaagde sub 1] in 2016 voor zijn werkzaamheden als topfunctionaris zonder dienstbetrekking ontvangen bezoldiging het in artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016 neergelegde bezoldigingsmaximum overschrijdt. Deze beoordeling ziet op de periode van 1 januari tot 1 oktober 2016.

4.44. Op grond van artikel 4 lid 1 Uitvoeringsbesluit WNT 2016 (zie 4.35) bedroeg het bezoldigingsmaximum van [gedaagde sub 1] voor de periode 1 januari tot 1 oktober 2016 € 180.000 (€ 24.000 per maand voor de maanden januari tot en met maart 2016 – zijnde de vierde tot en met de zesde kalendermaand van de functievervulling – en € 18.000 per maand voor de maanden april tot en met september 2016 – zijnde de zevende tot en met de twaalfde kalendermaand van de functievervulling).

4.45. Als door [gedaagde sub 1 c.s.] onweersproken stelt de rechtbank vast dat [gedaagde sub 1] over de periode van 1 januari tot 1 oktober 2016 een bezoldiging in ieder geval € 207.234 heeft ontvangen. Dit bedrag bestaat voor € 198.450 uit een beloning voor verrichte werkzaamheden en voor € 8.784 uit een onbelaste kilometervergoeding. Partijen twisten over de vraag of hierbij nog een bedrag van € 688,12 moet worden opgeteld voor een aan [gedaagde sub 1] toe te rekenen premiedeel van een door ECN afgesloten en betaalde bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, hetgeen ECN blijkens onderdelen 14 en 15 van haar akte vermeerdering van eis heeft gedaan. [gedaagde sub 1 c.s.] stelt zich op het standpunt dat ECN ten onrechte een gedeelte van door haar betaalde premies voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft meegeteld in [gedaagde sub 1] bezoldiging, omdat de premie die ECN betaalt voor deze collectieve verzekering (waaronder meerdere bestuurders en toezichthouders vallen), volgens hem niet valt toe te rekenen aan een individu zoals hij.

4.46. In het definitieve oordeel van BZK over 2016 staat over de toerekening van een deel van de premie van deze bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering aan [gedaagde sub 1] op p. 14-15 het volgende:

“(...) Mijn reactie hierop is dat het gedeelte van de premie voor de Bestuurders- en Toezichthoudersaansprakelijkheidsverzekering dat kan worden toegerekend aan de heer [gedaagde sub 1] en door ECN is betaald, als bezoldiging dient te worden toegerekend aan de heer [gedaagde sub 1] op grond van artikel 2, eerste lid, sub o Uitvoeringsregeling WNT in samenhang met artikel 2a, eerste lid, sub d Uitvoeringsregeling WNT.

(...)

Voor de periode 1 januari 2016 t/m 30 september 2016 moet de bezoldiging in verband met deze premie verhoogd worden met Euro 688,12. De totale bezoldiging over deze periode komt daarmee op Euro 200.034 plus Euro 688,12 = Euro 200.722,12. (...)

Voor de periode 1 oktober 2016 t/m 31 december 2016 moet de bezoldiging in verband met deze premie verhoogd worden met Euro 229,38. De totale bezoldiging over deze periode komt daarmee op Euro 55.102,25 plus Euro 229,38 = Euro 55.332,33. (...)

4.47. Artikel 2 van de Uitvoeringsregeling WNT⁵ regelt de componenten van de bezoldiging van de functionaris in dienstbetrekking. In de periode van 1 januari tot 19 oktober 2016 was [gedaagde sub 1] echter topfunctionaris *zonder* dienstbetrekking. De Uitvoeringsregeling WNT is derhalve niet van toepassing op de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over die periode. Het bedrag van de volgens BZK en ECN aan [gedaagde sub 1] toe te rekenen premie van € 688,12, is dan ook ten onrechte meegenomen in de bezoldiging van [gedaagde sub 1] over de periode waarin hij topfunctionaris zonder dienstbetrekking was. De rechtbank zal bij de vaststelling van de overschrijding van de bezoldigingsnorm in de periode van 1 januari tot 1 oktober 2016 dan ook uitgaan van een totaal over die periode door [gedaagde sub 1] van ECN ontvangen bezoldiging van (het reeds eerder genoemde bedrag van) € 207.234.

4.48. Geconcludeerd kan dan worden dat de geldende bezoldigingsnorm van € 180.000 in de periode van 1 januari tot 1 oktober 2016 is over-

5 Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 11 december 2014, nr. 2014-0000 104920, houdende regels over de bezoldiging en de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband in de zin van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Uitvoeringsregeling WNT), Stcrt. 2014, 36379.

schreden met € 27.234 (€ 207.234 -/- € 180.000). Op grond van artikel 1.6 lid 1 WNT geldt dat ECN dit bedrag onverschuldigd aan [gedaagde sub 1 c.s.] heeft betaald. De vordering van ECN betreffende de periode van 1 januari tot 1 oktober 2016 is daarom in zoverre toewijsbaar.

4.49. Voor wat betreft de periode van 1 oktober tot en met 31 december 2016 – in welke periode [gedaagde sub 1] topfunctionaris in dienstbetrekking was – moet het individuele bezoldigingsmaximum van [gedaagde sub 1] op grond van artikel 7 lid 1 Beleidsregels WNT 2016 worden vastgesteld. Hierbij moet worden uitgegaan van een WNT-jaarmaximum van € 179.000. De periode van 1 oktober tot en met 31 december 2016 telt 92 kalenderdagen. Het individuele bezoldigingsmaximum voor deze periode bedraagt dan (afgerond) € 45.118 ((179.000 * 1,0 * 92): 365).

4.50. Als onweersproken stelt de rechtbank vast dat [gedaagde sub 1] in deze periode een bezoldiging heeft ontvangen van € 47.902 (bestaande uit een beloning van € 37.102 en het deel van de voorschotnota van € 10.800 dat als vergoeding moet worden toegerekend aan de periode van 1 tot 18 oktober 2016). Daarbij moet worden opgeteld het bedrag van € 229,38 voor het gedeelte van de premie voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dat kan worden toegerekend aan [gedaagde sub 1] en door ECN is betaald (zie 4.46-4.47). De totaal door [gedaagde sub 1] over deze periode ontvangen bezoldiging bedraagt dan (afgerond) € 48.131 (€ 47.902 + € 229). De overschrijding van de WNT-norm in de periode van 1 oktober tot en met 31 december 2016 kan dan worden vastgesteld op € 3.013 (€ 48.131 -/- € 45.118). Op grond van artikel 1.6 lid 1 WNT geldt dat ECN dit bedrag onverschuldigd aan [gedaagde sub 1] heeft betaald. De vordering van ECN betreffende de periode van 19 oktober tot en met 31 december 2016 is daarom in zoverre toewijsbaar.

Overschrijding 2017?

4.51. Tijdens de zitting heeft ECN haar vordering wat betreft de overschrijding in 2017 verminderd met het bedrag van € 2.676,32 (betreffende de fiscale bijtelling van [gedaagde sub 1] auto). Volgens ECN resteert dan een overschrijding (en een daarmee corresponderende vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling) van € 516,87. Daarbij moet nog worden opgeteld het bedrag van € 296,67 voor het gedeelte van de premie voor

de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dat kan worden toegerekend aan [gedaagde sub 1] en door ECN is betaald (zie 4.46-4.47). Het bedrag van de overschrijding van de WNT-norm in de periode van 1 januari tot 1 mei 2017 kan dan worden vastgesteld op € 813,54 (€ 516,87 + € 296,67). [gedaagde sub 1] heeft dit bedrag van de overschrijding in 2017 verder niet betwist. Dit bedrag moet daarom op grond van artikel 1.6 lid 1 WNT worden aangemerkt als onverschuldigd betaald. De vordering van ECN tot terugbetaling van het in 2017 onverschuldigd aan [gedaagde sub 1] betaalde bedrag is dan ook toewijsbaar tot een bedrag van € 813,54.

4.52. Het resterende gedeelte van de vordering betreffende het jaar 2017 wordt afgewezen, nu dit berust op een door een verschrijving (in onderdeel 26 van de akte vermeerdering van eis; € 3.913 in plaats van € 3.193) veroorzaakte misrekening van ECN.

Rente

4.53. Op grond van artikel 1.6 lid 3 WNT is [gedaagde sub 1] (c.s.) met ingang van 1 januari van het jaar volgend op het jaar waarin de respectievelijke onverschuldigde betalingen zijn gedaan, een rente van (minimaal) 4% verschuldigd. Nu [gedaagde sub 1 c.s.] de verschuldigdheid hiervan verder niet betwist, zal de rechtbank de rente als gevorderd toewijzen.

Hoofdelijkheid

4.54. Nu [gedaagde sub 1] met ingang van 19 oktober 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was voor ECN, heeft ECN vanaf die datum rechtstreeks aan [gedaagde sub 1] betaald. Voor zover de gevorderde hoofdelijke veroordeling van [gedaagde sub 1 c.s.] ziet op de periode vanaf 19 oktober 2016, zal die dan ook worden afgewezen.

Resumerend

4.55. Nu de rechtbank heeft vastgesteld dat de bezoldigingsmaxima in de jaren 2015, 2016 en 2017 zijn overschreden en voor welke bedragen, slaagt het beroep van ECN op onverschuldigde betaling. De rechtbank zal de vorderingen van ECN in conventie tot terugbetaling van die onverschuldigd betaalde bedragen en de subsidiaire vordering van [gedaagde sub 1 c.s.] in reconventie onder I daarom toewijzen door:

- hoofdelijke veroordeling van [gedaagde sub 1 c.s.] tot betaling van een bedrag van € 31.963 (zie 4.32), te vermeerderen met 4% rente met ingang van 1 januari 2016,
- hoofdelijke veroordeling van [gedaagde sub 1 c.s.] tot betaling van een bedrag van € 27.234 (zie 4.48), te vermeerderen met 4% rente met ingang van 1 januari 2017,
- veroordeling van [gedaagde sub 1] tot betaling van een bedrag van € 3.013 (zie 4.50), te vermeerderen met 4% rente met ingang van 1 januari 2017,
- veroordeling van [gedaagde sub 1] tot betaling van een bedrag van € 813,54 (zie 4.51), te vermeerderen met 4% rente met ingang van 1 januari 2018.

Proceskosten

In de hoofdzaak in conventie

4.56. [gedaagde sub 1 c.s.] zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van ECN als volgt vastgesteld:

- kosten van de dagvaarding € 80,42
 - griffierecht € 1.924,00
 - salaris advocaat € 1.774,50 (1,5 punten × € 1.183,00)
- Totaal € 3.778,92

4.57. Voor afzonderlijke veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237). De rechtbank zal de nakosten wel, zoals gevorderd, begroten conform het daarop toepasselijke liquidatietarief.

4.58. De over de proceskosten gevorderde wettelijke rente zal als onbetwist worden toegewezen.

In de hoofdzaak in reconventie

4.59. [gedaagde sub 1 c.s.] zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van ECN begroot op € 1.774,50 (1,5 punten x € 1.183).

In het incident tot verwijzing

4.60. [gedaagde sub 1 c.s.] zal, als de in het incident tot verwijzing in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroor-

deeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van ECN begroot op € 598 aan salaris advocaat (1 punt x tarief II à € 598).

In het incident tot exhibitie

4.61. [gedaagde sub 1 c.s.] zal, als de in het incident tot exhibitie in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van ECN begroot op € 598 aan salaris advocaat (1 punt x tarief II à € 598).

5. De beslissing

De rechtbank

in het incident tot verwijzing

5.1. veroordeelt [gedaagde sub 1 c.s.] hoofdelijk – aldus dat indien en voor zover de één betaalt, ook de ander zal zijn bevrijd – in de proceskosten, aan de zijde van ECN tot dit vonnis vastgesteld op € 598,

in het incident tot exhibitie

5.2. veroordeelt [gedaagde sub 1 c.s.] hoofdelijk – aldus dat indien en voor zover de één betaalt, ook de ander zal zijn bevrijd – in de proceskosten, aan de zijde van ECN tot dit vonnis vastgesteld op € 598,

in de hoofdzaak in conventie

5.3. veroordeelt [gedaagde sub 1 c.s.] hoofdelijk – aldus dat indien en voor zover de één betaalt, ook de ander zal zijn bevrijd – om aan ECN te betalen:

- een bedrag van € 31.963, te vermeerderen met 4% rente vanaf 1 januari 2016 tot de dag van volledige betaling,

- een bedrag van € 27.234, te vermeerderen met 4% rente vanaf 1 januari 2017 tot de dag van volledige betaling,

5.4. veroordeelt [gedaagde sub 1] om aan ECN te betalen:

- een bedrag van € 3.013, te vermeerderen met 4% rente vanaf 1 januari 2017 tot de dag van volledige betaling,

- een bedrag van € 813,54, te vermeerderen met 4% rente vanaf 1 januari 2018 tot de dag van volledige betaling,

5.5. veroordeelt [gedaagde sub 1 c.s.] hoofdelijk – aldus dat indien en voor zover de één betaalt, ook de ander zal zijn bevrijd – in de proceskosten, aan de zijde van ECN tot op heden begroot op € 3.778,92, en op € 173 aan nog te maken nakosten, te vermeerderen met € 90 in geval van betekening, telkens te vermeerderen

met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.6. verklaart de veroordelingen in conventie uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af, *in de hoofdzaak in reconventie*

5.8. wijst de vorderingen af,

5.9. veroordeelt [gedaagde sub 1 c.s.] hoofdelijk – aldus dat indien en voor zover de één betaalt, ook de ander zal zijn bevrijd – in de proceskosten, aan de zijde van ECN tot dit vonnis vastgesteld op € 1.774,50,

5.10. verklaart de proceskostenveroordeling in reconventie uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Deze zaak laat goed zien hoeveel detailregels de WNT en bijbehorende ministeriële regels kent. Er zijn meerdere interessante aspecten aan deze uitspraak, maar ik concentreer me in deze noot voornamelijk op het aspect van een topfunctionaris zonder dienstbetrekking. De bestuurder is namelijk gestart op basis van een overeenkomst van opdracht van zes maanden (tussen 19 oktober 2015 en 19 april 2016) die eenmaal is verlengd met zes maanden (van 19 april 2016 tot 18 oktober 2016), waarna hij een arbeidsovereenkomst heeft gekregen (van 18 oktober 2016 tot 1 mei 2017).

In 2015 gold op grond van art. 2.1 lid 4 WNT in combinatie met art. 5 lid 2 Beleidsregels WNT 2015 dat wanneer binnen een periode van achtien maanden voor een periode van meer dan zes maanden als topfunctionaris zonder dienstbetrekking werd gewerkt, de hele werkzame periode met terugwerkende was genormeerd door het toepasselijke WNT-maximum. Zou het werk beperkt zijn gebleven tot de eerste zes maanden, dan was er voor die eerste zes maanden geen sprake geweest van normering van de bezoldiging.

Bij het aangaan van de eerste overeenkomst van opdracht is in de tekst daarvan verwezen naar deze vrijstelling van normering. Dat ging nog goed. Het ging echter mis toen tussentijds, namelijk per 1 januari 2016, de regels veranderden en partijen zich niet realiseerden dat de in 2015 geldende regels nog doorwerkten, omdat het overgangsrecht van de Beleidsregels WNT 2016

(als opvolger van de Beleidsregels WNT 2015) in art. 17 bepaalt dat de regels van het jaar 2015 van toepassing blijven voor dat jaar. Daarmee was, naar achteraf bleek, alsnog sprake van normering van de bezoldiging over 2015.

In 2016 waren de regels omtrent topfunctionarissen zonder dienstbetrekking niet opgenomen in de Beleidsregels WNT 2016 maar in het Uitvoeringsbesluit WNT 2016. Sindsdien is het bezoldigingsmaximum voor een topfunctionaris zonder dienstbetrekking vanaf de eerste dag genormeerd waarbij voor de eerste twaalf maanden het bezoldigingsmaximum is bepaald op een relatief hoog bedrag. Daarbij is zowel een maandbedrag vastgesteld, waarbij onderscheid is gemaakt tussen de eerste en de tweede zes maanden, als een bedrag per uur is bepaald waaraan gedurende de hele twaalf maanden moet worden voldaan. Vanaf de 13e maand (dus zonder terugwerkende kracht) geldt het reguliere toepasselijke WNT-maximum.

Partijen hadden die nieuwe regels bij verlenging van de overeenkomst van opdracht (in april 2016), blijkens de tekst van de overeenkomst, in beeld. De eerste paar maanden van het jaar 2016 zijn echter bezoldigd op basis van de eerste overeenkomst van opdracht, die geen rekening hield met enige normering. Vraag is dan of die eerste periode in 2016 onder het op dit punt relevante overgangsrecht van de WNT (art. 7.4a WNT en art. 7 Uitvoeringsbesluit WNT 2016) viel. In dat verband stelt de rechtbank eerst vast wat de in die periode overeengekomen bezoldiging was. Daarbij wordt enkel gekeken naar het in de overeenkomst opgenomen maximum, en wordt geen rekening houden met kennelijk in de praktijk verricht meerwerk. Dit meerwerk is pas in februari 2016 gefactureerd en daarmee in de visie van de rechtbank waarschijnlijk niet vóór 1 januari 2016 (de datum van inwerkingtreding van het Uitvoeringsbesluit WNT 2016) overeengekomen. Vervolgens stelt de rechter vast dat dit overeengekomen maximum het in 2016 op grond van het Uitvoeringsbesluit WNT 2016 geldende maximum niet overschreed en daarom de feitelijke hogere bezoldiging (de overeengekomen bezoldiging plus het meerwerk) niet onder de respecterende werking van het overgangsrecht viel. Er zou, aldus de rechtbank, geen sprake zijn van benadeling door de nieuwe in 2016 geldende normering. Vanaf 1 januari 2016 tot oktober 2016 (de periode zonder dienstbetrekking) geldt dus het in

het Uitvoeringsbesluit WNT 2016 toepasselijke maximum.

Het ogenschijnlijk wrange voor deze oud-bestuurder is dat als er in 2015 al meteen een verhoogde normering van de bezoldiging voor topfunctionarissen zonder dienstbetrekking was geweest, zoals die in 2016 is gaan gelden, er over het jaar 2015 nauwelijks sprake zou hoeven zijn geweest van een overschrijding. Was de feitelijke bezoldiging in de eerste maanden van 2016 in overeenstemming geweest met de in 2015 overeengekomen bezoldiging, dan had hij mogelijk wel kunnen profiteren van het overgangsrecht in die periode. Vanaf april 2016, toen hij de tweede overeenkomst van opdracht aanging, hadden partijen zich sowieso moeten conformeren aan het maximum van het Uitvoeringsbesluit WNT 2016 omdat het overgangsrecht verloren gaat bij het verlengen van een overeenkomst. Een en ander is ook wrang omdat partijen duidelijk de intentie hebben gehad te bezoldigen in lijn met de WNT, maar zich allebei niet voldoende hebben gerealiseerd hoe die precies in hun geval werkte. Daar hadden ze zich beter in kunnen en moeten verdiepen.

Opmerkelijk is overigens dat deze zaak aan het rollen is gekomen door een 'burgermelding'. Dat heeft geleid tot een onderzoek over het jaar 2015 door de aangewezen toezichthouder, waardoor ECN werd gedwongen bij haar oud-bestuurder een onverschuldigde betaling op te gaan halen. De overschrijding over 2016 is door de accountant van ECN geconstateerd, waarna ECN dit zelf bij de toezichthouder heeft gemeld en teruggevorderd van de oud-bestuurder. Dit laatste is de gangbare weg van naleving en toezicht van de WNT.

In totaal gaat het om een bedrag van ongeveer € 60.000 (zonder renten en kosten). Dat is op zich niet niks, maar als je je bedenkt dat de toezichthouder onderzoek heeft gedaan, de accountant erbij betrokken is geweest, partijen hebben geprobeerd afspraken te maken maar het over de uitleg van die afspraken niet eens bleken te zijn, tussentijds een bestuurlijk rechtsoordeel is gevraagd en gegeven, geprocedeerd is over de vraag of dit een appellabel besluit opleverde, vervolgens partijen zijn gaan procederen over de onverschuldigde betalingen en een rechter uiteindelijk – nadat alle vorige stappen inmiddels ruim vijf jaar in beslag hadden genomen – hierover een knoop heeft moeten doorhakken, is het

bedrag dat aan (semi)publieke middelen is onttrokken naar mijn inschatting vele malen hoger. Daarmee kun je je afvragen of de mate van detail van de WNT, mede door de vele wijzigingen van de WNT en de onderliggende ministeriële regels, niet juist soms in de weg staat aan wat die wet beoogt, namelijk het prudent omgaan met (semi)publieke middelen. De les voor de WNT-werkgever en bestuurder is in elk geval: lees je goed in en ga eventueel aan de voorzichtige kant van een maximum zitten.

mr. J. Stolk LL.M.
advocaat bij Houthoff

78

Payrollovereenkomst na faillissement geen schijnconstructie

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Utrecht

11 november 2022, nr. 9992330 UE VERZ
22-210 SGK/44740,
ECLI:NL:RBMNE:2022:4889
(mr. Van Steenbeek)

Prepack. Overgang van onderneming. Opvolgend werkgeverschap.

[BW art. 7:662, 7:663, 7:666 aanhef en sub a,
7:668a lid 1 en 2]

De arbeidsovereenkomst van de werknemster wordt in 2020 opgezegd door de curator nadat de werkgever, een horecaonderneming, failliet is verklaard. Een maand na het faillissement is een activatransactie tot stand gekomen tussen de curator en een onderneming die negen van de elf vestigingen van de werkgever heeft overgenomen. Een jaar later wordt de werknemster op basis van een payrollovereenkomst voor bepaalde tijd tewerkgesteld bij de onderneming die de activiteiten van de gefailleerde onderneming heeft voortgezet. De payrollovereenkomst wordt niet verlengd. De werknemster komt op tegen het einde van haar arbeidsovereenkomst. Zij bevoogt dat haar arbeidsovereenkomst door overgang van onderneming van rechtswege is overgegaan op de onderneming waar zij na faillissement