

ARBEIDSRECHT

Welke bonus betrek ik bij de berekening van de transitie-vergoeding?

2018-0001

De berekening van de transitievergoeding is vervat in de wet. De basis voor de berekening is 'het loon'. De vraag is dan vervolgens wat er allemaal onder het loon moet worden verstaan. Dit wordt uiteengezet in het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (hierna 'het Besluit').¹

Het besluit vermeldt onder andere in artikel 3 dat bij het bepalen van het loon het vakantiegeld, de overeengekomen vaste looncomponenten en de overeengekomen variabele looncomponenten worden betrokken. Ten aanzien van de overeengekomen variabele looncomponenten – zoals bonussen – wordt het volgende vermeldt:

"Het loon (...) wordt voor de toepassing van artikel 673, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek vermeerderd met (...) de overeengekomen variabele looncomponenten verschuldigd in de drie kalenderjaren voorafgaande aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, gedeeld door zesendertig."

Wat betekent 'verschuldigd in de drie kalenderjaren'?

De vraag is vervolgens wat de frase 'verschuldigd in de drie kalenderjaren voorafgaande aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt' betekent. Slechts die bonussen moeten worden meegenomen.

In de praktijk ging men er van uit dat met verschuldigd werd bedoeld dat het ging om de bedragen die in die kalenderjaren opeisbaar (en daadwerkelijk betaald) waren. Die waren namelijk verschuldigd in die jaren.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

In een kwestie voor het Gerechtshof werd de uitleg van het voornoemde ter discussie gesteld.

Werknemer is statutair directeur. Op 28 juni 2017 wordt hij door de enig aandeelhouder in en buitengewone aandeelhoudersvergadering ontslagen. Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad eindigt zijn arbeidsovereenkomst op grond van dat besluit eveneens. De einddatum betrof 31 december 2017.

Partijen verschilden onder andere van mening over de hoogte van de te betalen transitievergoeding. Na akkoord van de werkgever, heeft werknemer zich direct tot het Gerechtshof Den Bosch gericht en hem verzocht om onder andere een transitievergoeding toe te wijzen ter hoogte van € 409.910 bruto. De werkgever had zich reeds verplicht om € 369.541 bruto te betalen, waardoor de discussie zich toespitste op het verschil (€ 40.369 bruto).

Werknemer was namelijk van mening dat de berekening van de transitievergoeding onjuist was. Volgens de werknemer waren de bonussen die hij had gehad, onjuist betrokken bij de berekening. Volgens de werknemer dienden de variabele beloningen over de jaren 2013, 2014 en 2015 aan de berekening ten grondslag worden gelegd, nu die beloningen in de jaren 2014, 2015 en 2016 verschuldigd werden en waren betaald.

De werkgever was van mening dat de bonussen die betrekking hadden op de jaren 2014, 2015 en 2016 betrokken moesten worden bij de berekening.

Het gerechtshof bezag allereerst de tekst van de nota van toelichting bij het Besluit. Daar staat onder andere het volgende:

"Op grond van het eerste lid, onderdeel c, wordt het loon verder vermeerderd met 1/36 van de overeengekomen variabele looncomponenten, die verschuldigd waren in de drie kalenderjaren voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Dit sluit aan bij de praktijk waarin bijvoorbeeld een winstuitkering veelal per kalenderjaar wordt uitgekeerd en hierbij logischerwijs niet het lopende kalenderjaar kan worden betrokken. Omdat de hoogte van de daaraan toe te rekenen winstuitkering pas op een later moment bekend wordt."

Op basis van dit citaat was het gerechtshof van oordeel dat uitgegaan moest worden van het gemiddelde van de variabele looncomponenten die zijn toe te rekenen aan de drie jaren direct voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt. Slechts looncomponenten die zijn toe te rekenen aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, kunnen volgens het gerechtshof niet worden meegenomen.

Het gerechtshof was geen andere mening toegedaan door de verwijzing van de werknemer naar dezelfde toelichting waarin het volgende is opgenomen:

"Daarom is – in aansluiting op de bestaande praktijk – ervoor gekozen te bezien hoeveel de werknemer in de daaraan voorafgaande drie kalenderjaren aan dergelijke componenten heeft ontvangen en het gemiddelde hiervan mee te laten tellen voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding."

Volgens het gerechtshof bracht het eerste citaat met zich dat de uitleg van de werkgever het meest voor de hand lag waardoor de vordering van de werknemer werd afgewezen.

Opmerkelijke conclusie

De conclusie van het gerechtshof is ons inziens opmerkelijk. Zowel vanuit het perspectief van de uitleg van de bepaling als vanuit de praktische uitwerking daarvan.

De tekst van de nota van toelichting vermeldt dat het gaat om de variabele looncomponenten die verschuldigd waren in de drie kalenderjaren voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Verschuldigd betekent ons inziens opeisbaar. En dat is iets anders dan of een bonus kan worden 'toegerekend' aan een bepaald jaar. Een bonus die kan worden toegerekend aan een bepaald jaar, hoeft nog niet verschuldigd of opeisbaar te zijn in dat jaar. De uitleg van het gerechtshof is ons inziens dan ook onbegrijpelijk.

Ter illustratie: een bonus die betrekking heeft op prestaties in een bepaald jaar, is pas opeisbaar in het daarop volgende jaar. Dan staat immers pas vast of aan de doelstellingen van het jaar daarvoor is voldaan.

De lezing van het gerechtshof kan tot praktische problemen leiden, met name voor bonussen die mede afhankelijk zijn van het resultaat van de onderneming. Problemen die de wetgever heeft onderkend en adresseert in het tweede citaat dat hierboven is genoemd.

Stel bijvoorbeeld dat een werknemer een bonusregeling kent die mede afhankelijk is van het resultaat van de onderneming (dat met de vaststelling van de jaarrekening medio 2018 pas vast komt te staan). Als de kantonrechter per 1 maart 2018 de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van deze werknemer uitspreekt en een transitievergoeding

toekent, dan zou volgens het gerechtshof bij de berekening van de transitievergoeding gekeken moeten worden naar de bonussen die betrekking hebben op de jaren 2017, 2016 en 2015. De bonus over 2017 staat dan echter nog niet vast. Dat duurt nog een aantal maanden. Hoe gaat de kantonrechter dan de transitievergoeding berekenen? Gaat hij de bonus over 2017 schatten? Of stelt hij deze op nihil (wat mogelijk in strijd met de werkelijkheid is)?

Deze problematiek speelt niet als de tot op heden in de praktijk toegepaste – en ons inziens enige juiste – uitleg wordt gehanteerd, te weten dat de bonussen bij de berekening worden betrokken die opeisbaar zijn (geweest) in de drie kalenderjaren voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt. Wat er opeisbaar is geweest in een bepaald jaar, staat namelijk wel in dat daarop volgende jaar vast.

Ons inziens is de conclusie onjuist: cassatie?

Gelet op het voorgaande kan ons inziens art. 3 ten aanzien van de variabele looncomponenten niet anders worden uitgelegd dan dat het gaat om de variabele looncomponenten die opeisbaar waren in de drie kalenderjaren voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt. En dus niet om de variabele looncomponenten die 'betrekking hebben' op die drie jaren. Wij zijn het dan ook niet eens met het oordeel van het gerechtshof.

Wij zijn benieuwd of de werknemer cassatie overweegt en de Hoge Raad vraagt om zich over het uitlegvraagstuk te buigen.

mr. Lennaert de Jong, advocaat bij AKD

Noot:

1. Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Stb. 2014, 538.