

Een update over de componenten van de transitievergoeding

ArbeidsRecht 2024/29

Begin 2021 verscheen in dit tijdschrift een artikel van de auteurs over het loonbegrip dat geldt voor de bepaling van de hoogte van de transitievergoeding.² Inmiddels is alweer meer dan drie jaar verstreken. In die tijd is nieuwe rechtspraak verschenen en zijn de auteurs tot enkele nieuwe inzichten gekomen (die ook deels zijn gebaseerd op de rechtspraak van vóór 2021). Daarnaast neemt het belang van het loonbegrip voor de transitievergoeding toe: in het nieuwe Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding wordt voor de definitie van de 50% vergoeding die is verschuldigd als een werkgever het concurrentiebeding wil handhaven, aangesloten bij dit loonbegrip.³ Kortom, hoog tijd voor een update.⁴

1. Het juridisch kader (beknopt)

In ons vorige artikel over de looncomponenten van de transitievergoeding is het juridisch kader uitgebreid uiteengezet. Het juridisch kader is opgenomen in het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding⁵ (hierna: het Besluit) en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur⁶ (hierna: de Regeling).

Kort gezegd moet rekening worden gehouden met het maandloon (inclusief 1/12^e deel van het vakantiegeld en 1/12^e deel van de vaste eindejaarsuitkering), vermeerderd met de overeengekomen vaste looncomponenten en de overeengekomen variabele looncomponenten. Als vaste looncomponenten zijn in de Regeling limitatief aangewezen: (i) overwerkvergoedingen; en (ii) ploegentoeslagen. Als variabele looncomponenten zijn in de Regeling aangewezen: (i) bonussen; (ii) winstuitkeringen; en (iii) eindejaarsuitkeringen. Verder bepaalt de Regeling limitatief welke looncomponenten als vast en variabel gelden. Ook is niet de benaming van de looncomponent bepalend, maar of de looncomponent zich materieel kenmerkt als een van de

componenten zoals opgenomen in het Besluit of de Regeling.⁷

2. Het maandloon

2.1 Provisie of bonus?

In augustus 2023 oordeelde de kantonrechter Amersfoort over het onderscheid tussen een provisie (of: commissie) en een bonus bij de berekening van de transitievergoeding.⁸ Is sprake van provisie, dan moet worden gekeken naar het gemiddelde over de twaalf maanden voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst (art. 2 lid 3 Besluit). De provisie maakt dan deel uit van het bruto maandloon. Is sprake van een bonus, dan moet worden gekeken naar het gemiddelde in de 36 maanden voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt (art. 3 lid 1 sub c Besluit). Uit de nota van toelichting op het Besluit blijkt dat provisie bewust niet als variabele looncomponent wordt gezien, omdat de provisie anders alleen zou worden meegevoerd bij de berekening van de transitievergoeding en niet (ook) bij die van de aanzegtermijn (zie art. 3 Besluit).⁹

Het onderscheid tussen een provisie en een bonus zal niet altijd even scherp zijn. Wat precies moet worden gezien als provisie wordt ook niet expliciet toegelicht bij het Besluit of de Regeling. Ook kan een provisie net als een bonus maandelijks, ieder kwartaal of jaarlijks worden uitbetaald. Uit (de toelichting bij) het Besluit kan overigens wel worden afgeleid dat het verschil is dat een provisie is gebaseerd op (een gedeelte van) de uitkomsten van de arbeid en een bonus is gebaseerd op het functioneren van de werknemer of de resultaten van de onderneming. Alhoewel de uitkomsten van de arbeid en het functioneren van de werknemer veelal als communicerende vaten werken, hoeft dat niet altijd het geval te zijn.

Volgens de kantonrechter Amersfoort kwalificeerde een 'sales bonus plan', anders dan de naam doet vermoeden, als provisie en niet als bonus.¹⁰ Dit omdat de uitkeringen uit hoofde van dat plan een percentage waren van de omzet die werd gegenereerd door de werknemer op basis van gesloten overeenkomsten. Dit lijkt ons – mede gelet op het onderscheid dat lijkt te kunnen worden afgeleid uit (de toelichting bij) het Besluit – een heldere en goed hanteerbare definitie, al geldt wel dat een dergelijke uitkering veelal ook zal voldoen aan de definitie van een bonus. Geconcludeerd kan worden dat als een bonus valt onder de bredere definitie daarvan, maar ook valt onder de engere definitie van provisie, moet worden gekeken naar het gemiddelde over

1 Mr. N.M. (Noor) Cuppen is werkzaam als advocaat bij Palthe Oberman Advocaten te Amsterdam. Mr. Y.E. (Yente) Bijloo is werkzaam als advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten te Rotterdam.

2 N.M. Cuppen & Y.E. Bijloo, 'De componenten van de transitievergoeding', *ArbeidsRecht* 2021/14.

3 Op p. 17 van de memorie van toelichting bij de Wet modernisering concurrentiebeding wordt aangegeven dat de systematiek wordt gehanteerd zoals die ook geldt voor de transitievergoeding, waarna vervolgens enkel wordt verwezen naar het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. De variabele looncomponenten worden daarbij dus niet genoemd, maar dit lijkt ons een vergissing.

4 Wij bespreken in deze update overigens niet alle nieuwe rechtspraak sinds 2021, enkel de rechtspraak die het meest in het oog springt.

5 *Stb.* 2014, 538.

6 *Stcrt.* 2014, 36823.

7 *Stcrt.* 2014, 36823, p. 4.

8 *Rb.* Midden-Nederland 23 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4385.

9 *Stb.* 2014, 538, p. 7.

10 *Rb.* Midden-Nederland 23 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4385.

twalf maanden voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst.

2.2 Pensioencompensatie verkapt loon?

Sinds 2021 zijn drie noemenswaardige uitspraken verschenen over de vraag of pensioencompensatie moet worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Sinds 2015 kunnen werknemers die meer dan het maximaal pensioengevend salaris (thans € 137.800 bruto per jaar) verdienen over dat deel daarboven niet langer pensioen opbouwen. Werknemers krijgen hier soms een bruto vergoeding voor van hun werkgever. Anders dan het werkgeversaandeel in de pensioenpremie – dat expliciet is uitgesloten als looncomponent¹¹ – gaat het veelal om een bruto vergoeding die vrij besteedbaar is door de werknemer en fiscaal wordt gezien als loon. Om die reden namen de kantonrechter Amsterdam en de kantonrechter Amersfoort de pensioencompensatie mee in de berekening van de transitievergoeding als (verkapt) loon.¹² Volgens de kantonrechter Amsterdam is feitelijk sprake van een salarisverhoging en maakt het feit dat de vergoeding geheel of gedeeltelijk vanwege de wijzigingen omtrent de pensioenopbouw heeft plaatsgevonden, dat niet anders.

Opvallend is dat een andere kantonrechter van de rechtbank Amsterdam de pensioencompensatie een jaar later niet meenam in de berekening van de transitievergoeding.¹³ Die kantonrechter oordeelde juist dat de vergoeding werd betaald aan de werknemer omdat deze niet langer als premie aan het pensioenfonds kon worden afgedragen en om het daardoor ontstane gemis aan pensioenopbouw te compenseren. De betalingen waren daarmee zodanig gerelateerd aan het werkgeversaandeel pensioenpremie dat ze niet als loon konden worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding, aldus de kantonrechter.

Ons spreekt de laatste benadering het meest aan. Bij de berekening van de transitievergoeding wordt enkel uitgegaan van loon dat een *directe vergoeding vormt voor de op basis van de arbeidsovereenkomst te verrichten arbeid*.¹⁴ Dit is de reden dat onder meer het werkgeversaandeel pensioenpremie is uitgesloten als looncomponent. De pensioencompensatie vormt onzes inziens evenmin een directe vergoeding voor de te verrichten arbeid, nu het gaat om een compensatie voor een verlies aan pensioenopbouw. Dat de compensatie vaak vrij besteedbaar zal zijn, maakt dat onzes inziens niet anders. Een vergelijking kan worden gemaakt met onkostenvergoedingen. Een onkostenvergoeding zal net als een pensioencompensatie soms vrij besteedbaar zijn door de werknemer. Dat betekent echter nog niet dat de onkostenvergoeding moet worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Er bestaat onzes inziens enkel

ruimte om onkostenvergoedingen en pensioencompensatie mee te nemen in de berekening als deze excessief zijn.

Omdat een duidelijke lijn in de rechtspraak echter ontbreekt, kan een werkgever er verstandig aan doen om voorwaarden te verbinden aan de besteding van de pensioencompensatie, bijvoorbeeld door af te spreken dat de pensioencompensatie enkel en alleen mag worden aangewend voor pensioen.¹⁵ Op die manier zal de pensioencompensatie op basis van voornoemde rechtspraak in ieder geval niet mee worden genomen in de berekening van de transitievergoeding.

2.3 Persoonlijke toeslag, arbeidsmarkttoeslag en harmonisatietoeslag als verkapt loon?

In de praktijk zien wij regelmatig dat werknemers een persoonlijke of functietoeslag krijgen die direct is gerelateerd aan de door de werknemer te verrichten arbeid. Zo komt het voor dat werkgevers functies en de daaraan gekoppelde salarisschalen opnieuw laten wegen. Als het huidige salaris zich dan boven het maximum van de schaal bevindt, wordt het basissalaris van de werknemer beperkt tot het maximum van de salarisschaal en ontvangt de werknemer daarnaast een bruto toeslag gelijk aan het meerdere. Een ander voorbeeld is een toeslag die een werknemer ontvangt omdat hij wordt herplaatst in een functie met een lager salaris. Werknemers bouwen over zulke toeslagen gewoon pensioen en vakantiegeld op. Dergelijke persoonlijke toeslagen gelden onzes inziens als (verkapt) loon en moeten worden meegenomen in de berekening.

Een door een werkgever in het leven geroepen *Market Orientated Retention Expenditure Programme* (MORE-toeslag) – bedoeld om werknemers aan de onderneming te binden door toekenning van een bindingsvergoeding in de vorm van een procentuele arbeidsmarkttoeslag van 15% op het functie-loon – moest volgens het hof Den Haag¹⁶ ook in aanmerking worden genomen bij de berekening van de transitievergoeding. De toeslag werd soms jarenlang toegekend maar kon worden verlaagd en afgeschaft als de arbeidsmarkt afkoelde. Het hof verwees naar artikel 3 van het Besluit waaruit volgt dat het loon moet worden vermeerderd met vaste en variabele looncomponenten. Het hof gaf niet aan of de arbeidsmarkttoeslag moest worden gezien als (verkapt) loon, vaste looncomponent of variabele looncomponent. Wat ons betreft kwalificeert deze toeslag, die maandelijks en gedurende langere perioden werd betaald, in ieder geval niet als vaste looncomponent (zie paragraaf 3). De toeslag doet eerder aan als een (tijdelijke) verhoging van het salaris die tot doel heeft dat een werknemer niet overstapt naar een andere werkgever met gunstigere arbeidsvoorwaarden. Wij zien dit dus als (verkapt) loon dat moet worden meegenomen in de berekening.

11 Stb. 2014, 538, p. 6.

12 Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6196 en Rb. Midden-Nederland 23 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4385.

13 Rb. Amsterdam 14 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4526.

14 Stb. 2014, 538, p. 6.

15 Voor zover dergelijke afspraken onder art. 7:631 BW zouden zijn toegestaan.

16 Hof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2193.

In een kwestie die voorlag aan de kantonrechter Alkmaar¹⁷ moest (onder meer) de vraag worden beantwoord of een harmonisatietoeslag meetelt voor de transitievergoeding. De werknemer ontving twee verschillende harmonisatietoeslagen; één als compensatie voor het verval van een toelage voor zorg- en compensatiesparen en één als compensatie voor het wegvallen van de aanspraak op een veertiende maand. Volgens de kantonrechter konden de toeslagen niet worden aangemerkt als vaste of variabele looncomponenten en werden deze daarom niet meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. De toeslagen zouden bovendien geen vaste eindejaarsuitkering zijn, omdat ze elke maand werden betaald en niet aan het einde van het jaar. Wat ons betreft is de harmonisatietoeslag voor het verlies van de veertiende maand (verkapt) loon. De veertiende maand zou immers ook zijn meegenomen als deze niet zou zijn omgezet in een toeslag.

3. Vaste looncomponenten

3.1 Onderscheid vaste looncomponenten en verkapt loon

Als een toeslag zich materieel kwalificeert als een overwerkvergoeding of een ploegentoeslag, moet deze worden meegenomen als vaste looncomponent in de berekening van de transitievergoeding. Van Loon en Westland leiden hieruit af dat het gaat om toeslagen waarvan de hoogte afhankelijk is van het aantal gewerkte uren of het tijdstip waarop de uren zijn gewerkt.¹⁸ De in ons vorige artikel besproken rechtspraak sluit aan bij deze ruime benadering, nu ook bijzondere vormen van overwerkvergoedingen (zoals een feestdagencompensatie,¹⁹ een vliegreunvergoeding²⁰ of een onregelmatigheidstoeslag²¹) in de berekening moeten worden meegenomen. Ook een frequentietoeslag en een intensiteitstoeslag moesten volgens de rechtbank Overijssel worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding.²² Waarom dat het geval was, legde de rechtbank niet uit. Wellicht omdat, zoals de naam doet vermoeden, het een toeslag was voor het (onregelmatige) aantal uren dat werd gewerkt. Overigens nam het hof Den Haag een toeslag in verband met onregelmatige werktijden níet mee in de berekening.²³ Het is de vraag of dat juist is, gelet op het feit dat het karakter van een ploegentoeslag daarmee vergelijkbaar is.

Als een toeslag geen verband houdt met het aantal gewerkte uren of het tijdstip waarop de uren zijn gewerkt, zal deze niet als vaste looncomponent kwalificeren. Soms moet een zodanige toeslag echter wel worden meegenomen als (verkapt) loon. Worden toeslagen die direct verband houden met de te verrichten arbeid te snel niet meegenomen, dan

kunnen werkgevers onzes inziens te gemakkelijk bewerkstelligen dat looncomponenten niet behoeven te worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding door het salaris op te splitsen in allerlei verschillende toeslagen. In dat verband verwijzen we naar een uitspraak van het hof Den Haag uit 2018.²⁴ Het hof oordeelde daarin dat (onder meer) de BWW-vergoeding (bijslag bezwarende omstandigheden) niet moest worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Uit de toepasselijke cao viel af te leiden dat bepaalde functies werden aangemerkt als (extra) bezwarend, waardoor werknemers werkzaam in die functies een extra maandelijke toeslag ontvingen.²⁵ Onzes inziens dient een dergelijke toeslag wel te worden meegenomen in de berekening. De betrokken werknemer had immers net zo goed een hoger salaris kunnen ontvangen voor de bezwarende omstandigheden van de functie. Hetzelfde geldt voor de hiervoor besproken harmonisatietoeslag ter compensatie van een verlies aan veertiende maand en persoonlijke toeslagen als gevolg van een herwaardering van het functie- en salarisschalensysteem.

Ten aanzien van toeslagen is tot slot relevant dat het regelmatig voorkomt dat rechters toeslagen enkel meenemen in de berekening van de transitievergoeding omdat hierover tussen partijen geen discussie bestond.²⁶ Een gemiste kans voor werkgevers.

3.2 Individueel keuzebudget, vergoeding voor vakantiedagen, all-in uurloon

In ons vorige artikel zijn wij kort ingegaan op de rol van het individueel keuzebudget (hierna: het IKB) bij de berekening van de transitievergoeding. Destijds hebben wij aangegeven dat het IKB doorgaans moet worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding, aangezien dit budget veelal bestaat uit vakantiegeld en een vaste eindejaarsuitkering of een dertiende maand. Of de werknemer het budget laat uitkeren in geld of er vakantiedagen van koopt, maakt onzes inziens nog altijd geen verschil voor de vraag of het IKB moet worden meegenomen in de berekening, nu uit (de toelichting op) het Besluit en de Regeling niet blijkt dat is vereist dat looncomponenten in geld worden uitgekeerd.

Aan de kantonrechter Rotterdam lag de vraag voor of de werkgeversbijdrage levensloop en de bijdrage (bovenwettelijk) verlof – onderdeel van het IKB van werknemer – moesten worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding.²⁷ Volgens de kantonrechter was dat niet het geval, nu de werkgeversbijdrage levensloop en de bijdrage (bovenwettelijk) verlof niet zijn aangewezen als vaste of variabele looncomponent in artikel 4 of 5 van de Regeling. De toets of

17 Rb. Noord-Holland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2114.

18 T. van Loon & L. Westland, 'Transitievergoeding verschuldigd, en nu?', TvO 2021/2, p. 72.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5383.

20 Hof Amsterdam 12 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:406.

21 Rb. Noord-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5581.

22 Rb. Overijssel 13 oktober 2020, ECLI:NL:ROBOE:2020:3452.

23 Hof Den Haag 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1908.

24 Hof Den Haag 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1908.

25 CAO DB Cargo 2016-2018, art. 6.3.7.a.

26 Dit was bijvoorbeeld ook aan de orde in Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316 ten aanzien van een persoonlijke toeslag. Omdat beide partijen deze toeslag in de berekening hadden meegenomen, kwalificeerde deze component 'kennelijk' als een vaste looncomponent. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3407 en Rb. Limburg 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7762.

27 Rb. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4859.

de looncomponenten zich materieel kenmerken als een van de looncomponenten uit het Besluit of de Regeling, werd door de kantonrechter niet aangelegd.²⁸ Wat ons betreft is in ieder geval juist dat de bijdrage bovenwettelijk verlot niet is meegenomen in de berekening van de transitievergoeding. Uit de toepasselijke cao blijkt immers dat het hier gaat om een aantal bovenwettelijke vakantie-uren die zijn omgezet in een jaarlijkse toelage van 0,8% van het salaris, wat onderdeel is van het IKB.²⁹ Vakantiedagen worden niet betrokken bij de berekening van de transitievergoeding. Daarom moet bij werknemers die een all-in uurloon ontvangen onzes inziens ook altijd uit worden gegaan van het salaris minus de vergoeding voor de afkoop van de vakantiedagen.

4. Variabele looncomponenten

4.1 Bonus over of in de drie voorafgaande kalenderjaren?

In ons vorige artikel zijn wij uitgebreid ingegaan op de vraag of bij de berekening van de transitievergoeding rekening moet worden gehouden met de bonus verschuldigd over de drie kalenderjaren voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, of de bonussen die in die kalenderjaren zijn uitgekeerd. Wij hebben toegelicht waarom wij menen dat moet worden uitgegaan van de bonussen die zijn uitgekeerd in die jaren. Dit kort gezegd omdat dit uit het Besluit en de toelichting daarop blijkt. In het Besluit staat dat de overeengekomen variabele looncomponenten verschuldigd in de drie kalenderjaren moeten worden meegenomen (art. 3 sub c Besluit). Ook staat in de toelichting op het Besluit:

“Daarom is (...) ervoor gekozen te bezien hoeveel de werknemer in de daaraan voorafgaande drie kalenderjaren aan dergelijke componenten heeft ontvangen (...).”
(cursivering auteurs)

Daarbij gaven wij aan dat deze benadering praktischer is, omdat de bonussen aan het begin van het jaar vaak nog niet zullen zijn vastgesteld, waardoor de transitievergoeding bij een ontslag in dat geval nog niet kan worden berekend.

Wij hebben daarbij ook uitgelegd waarom wij het niet eens waren met een uitspraak van het hof Den Bosch uit 2019, waarin het koos voor de ‘over-benadering’. In 2022 liet het hof Den Bosch zich wederom uit over deze vraag en ging het daarbij ook expliciet in op de argumenten die wij aanhaalden in ons vorige artikel.³⁰ Het hof Den Bosch bleef bij zijn eerdere benadering, waarvan wij op onze beurt – weinig verrassend – nog altijd menen dat deze niet juist is. Het hof overwoog kort gezegd dat de tekst van de nota van toelichting bij het Besluit aanleiding geeft om uit te gaan 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 de looncomponenten toe te rekenen aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, worden niet meegenomen.

Volgens het hof zou de rechtszekerheid – gelet op het uitgangspunt van vereenvoudiging van het ontslagrecht bij de introductie van de transitievergoeding – zijn gediend met aansluiting zoeken bij hetgeen over de jaren voorafgaand aan het jaar van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is opgebouwd aan variabele bonussen. Daarmee wordt volgens het hof voorkomen dat het toevallige moment van uitbetaling een te grote rol krijgt. Zo wordt volgens het hof aangesloten bij de voorheen bestaande praktijk op basis van de kantonrechtformule (waarop de transitievergoeding is gebaseerd).

Wij vinden nog altijd dat uit de nota van toelichting bij het Besluit moet worden afgeleid dat moet worden gekeken naar de bedragen die waren verschuldigd in de drie voorafgaande kalenderjaren. Volgens de toelichting is het feit dat de hoogte van deze looncomponenten kan variëren, reden om uit te gaan van een gemiddelde berekend over 36 maanden voorafgaand aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Dat gemiddelde is niet te berekenen op het moment dat de bonus over het jaar voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt nog niet bekend is (bijvoorbeeld doordat de bedrijfsresultaten nog niet (officieel) zijn vastgesteld). Daarmee gaat wat ons betreft ook direct het argument van rechtszekerheid onderuit. De Amsterdamse kantonrechter volgde deze benadering overigens en wees daarbij op de toelichting op het Besluit, waarin tweemaal wordt gesproken over in en niet over.³¹ De overwegingen van het hof dat: (i) met de benadering van het hof dichtbij de meest actuele jaren wordt gebleven qua meetellen van de variabele bonus; en (ii) in de zaak die voorlag geen keten van eerder ontvangen bonusuitkeringen bestond en er wel drie jaren voorafgaand aan het jaar van beëindiging waren waarover een bonus was verschuldigd, leggen wat ons betreft (gezien het casuïstische karakter daarvan) onvoldoende gewicht in de schaal.

4.2 Participatieregelingen

Werknemers worden regelmatig niet alleen beloond met het bruto maandloon, maar ook met voordelen uit een participatieregeling. Een participatieregeling kan veel verschillende vormen aannemen. Het gaat, zoals El Harchaoui en IJkhout mooi uiteenzetten,³² in algemene zin om een belang in (of gekoppeld aan) het (aandelen)kapitaal van de werkgever of een daaraan gelieerde entiteit, welk belang in het kader van het dienstverband aan de werknemer is toegekend en op grond waarvan een werknemer een financieel voordeel kan verkrijgen naast het bruto maandloon. Daarbij is vaak sprake van een uitkering in geld of een uitkering in

28 Het komt vaker voor dat die toets niet wordt aangelegd, zie ook Rb. Amsterdam 13 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4526 en Hof Den Haag 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1908.

29 CAO Gemeenten 2023, art. 1.1.

30 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1299.

31 Rb. Amsterdam 13 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4526.

32 Y. el Harchaoui & M. IJkhout, ‘Arbeidsrechtelijke aspecten van participatieregelingen bij ontslag’, *TvO* 2024/1, p. 18.

vermogensrechten of een combinatie daarvan. Volgens El Harchaoui en Ijkhout moet – kort samengevat – een uitkering in vermogensrechten in ieder geval niet worden betrokken bij de berekening van de transitievergoeding. Bij een uitkering in geld moet van geval tot geval worden beoordeeld of sprake is van een variabele looncomponent, met andere woorden: is de uitkering afhankelijk van de resultaten van de onderneming en/of de prestaties van de werknemer? Als daarvan sprake is, dan moet de uitkering worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding (mits de uitkeringen in het juiste tijdvak voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vallen).³³

In een andere zaak speelde (onder meer) de vraag of een *long term incentive* (hierna: LTI), in de vorm van een voorwaardelijke toekenning van een geldbedrag gebaseerd op de marktwaarde van de toegekende aandelen (*Phantom Performance Shares*, hierna: PPS), op het moment van verkoop moest worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding.³⁴ De PPS werden toegekend als de werknemer persoonlijke targets behaalde en waren feitelijk fictieve aandelen waarbij de werknemer mocht kiezen op welk moment deze werden verkocht. Voor de rechtbank Amsterdam was dat reden om aan te nemen dat deze constructie feitelijk neerkwam op een bonusregeling en niet op een aandelenregeling en dus mee moest worden genomen in de berekening van de transitievergoeding. Hier wordt wat ons betreft de toets of de looncomponent zich materieel kenmerkt als een bonus, winstuitkering of eindejaarsuitkering, juist toegepast.

Een *deferred* bonus, die eruit lijkt te bestaan dat de werknemer bepaalde rechten krijgt toegekend die hij op een toekomstig moment kan omzetten in aandelen, moest volgens een uitspraak van de rechtbank Amsterdam niet worden meegenomen bij de berekening, omdat aandelen niet zijn aangewezen als looncomponent.³⁵ Hetzelfde gold volgens die uitspraak voor (de waarde van) toegekende aandelen op basis van de LTI-regeling en toegekende opties. Ook de kantonrechter Rotterdam nam de opbrengst uit de verkoop van aandelen niet mee bij de berekening van de transitievergoeding.³⁶

Willen werknemersparticipaties worden betrokken bij de berekening van de transitievergoeding, dan dient in eerste instantie, bij toekenning, al sprake te zijn van een uitkering in geld en niet van een uitkering in vermogensrechten. Als een werkgever bijvoorbeeld een bonus toekent en van (een deel van) deze bonus werknemersparticipaties kunnen worden gekocht, dient deze bonus onzes inziens gewoon te worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding. In (de toelichting op) het Besluit en de Regeling

wordt immers niet het vereiste gesteld dat looncomponenten ook daadwerkelijk in geld worden uitgekeerd.

5. Berekening van de transitievergoeding tijdens ziekte

Uit de nota van toelichting op het Besluit volgt dat ziekte geen invloed heeft op het bruto uurloon en de overeengekomen arbeidsduur per maand bij berekening van de transitievergoeding (art. 2 lid 1 Besluit). Ook als geen loondoorbetalingsplicht meer bestaat of enkel een loondoorbetalingsverplichting van 70%, moet worden uitgegaan van 100% van het salaris.³⁷ In de nota van toelichting wordt echter niet ingegaan op de vraag of ziekte wel invloed heeft op de toepassing van overige looncomponenten (art. 3 Besluit). De bedoeling van de wetgever lijkt te zijn dat zieke werknemers geen nadeel mogen ondervinden van hun ziekte bij de berekening van de transitievergoeding.³⁸

Vraag is bijvoorbeeld hoe de transitievergoeding moet worden berekend als een werknemer tijdens ziekte een bonus heeft ontvangen op basis van 70% van zijn salaris. Wij vinden het in dat geval te ver gaan om bij berekening van de transitievergoeding die bonus terug te rekenen naar 100%. Het Besluit biedt hier ook aanleiding voor, nu daarin voor de vaste en variabele looncomponenten is bepaald dat de bedragen die *verschuldigd waren* moeten worden meegenomen (art. 3 sub b en c Besluit). Voor het vakantiegeld en de vaste eindejaarsuitkering ligt dit echter anders. Daarvoor is bepaald dat moet worden meegenomen het gemiddelde bedrag in de twaalf maanden waarop de werknemer aanspraak zou hebben bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst (art. 3 sub a Besluit). Bij ziekte moeten het vakantiegeld en de eindejaarsuitkering onzes inziens dus worden meegenomen op basis van 100% van het salaris, maar de vaste en variabele looncomponenten op basis van het eventuele lagere percentage aan loondoorbetaling tijdens ziekte (slechts datgene wat verschuldigd is).

Overigens komt het in de praktijk regelmatig voor dat werkgevers bepaalde looncomponenten (bijvoorbeeld eindejaarsuitkeringen, bonussen en overwerktoeslagen) niet uitbetalen tijdens ziekte.³⁹ Dat heeft tot gevolg dat deze door de werkgever ook niet zullen worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding. In een zaak bij de kantonrechter Amersfoort bewerkstelligde de werknemer dat alsnog 70% van de vaste eindejaarsuitkering moest worden betaald en een nabetaling op de transitievergoeding moest worden gedaan.⁴⁰ De kantonrechter nam daarbij slechts 70% van de eindejaarsuitkering mee in de berekening. Gelet op het voorgaande had dit onzes inziens 100% moeten zijn. Voor de eindejaarsuitkering wordt immers niet gekeken

33 Y. el Harchaoui & M. Ijkhout, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van participatieregelingen bij ontslag', *TvO* 2024/1, p. 27.

34 Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6169.

35 Rb. Amsterdam 13 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4526.

36 Rb. Rotterdam 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7074.

37 Rb. Gelderland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511.

38 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 96 en *Stcrt.* 2014, 36823, p. 3.

39 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4413.

40 Rb. Midden-Nederland 27 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:759 en Rb. Midden-Nederland 26 september 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:5038 (eindbeschikking).

naar de looncomponenten die waren verschuldigd in de periode voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst, maar naar wat de werknemer zou hebben ontvangen bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst.

6. Schematisch overzicht

Hieronder is het overzicht uit ons vorige artikel aangevuld met onze nieuwe bevindingen uit dit artikel.

(Loon)component	Wel of niet meenemen bij berekening transitievergoeding?
(Verkoopopbrengst van) aandelen	Niet (kwalificeert niet als variabele looncomponent)
Arbeidsmarkttoeslag	Wel (kwalificeert als verkapt loon)
Bedrijfsauto	Niet (want uitgesloten)
Bijslag bezwarende omstandigheden	Wel (kwalificeert als verkapt loon)
Bonus	Wel, mits: (i) overeengekomen; en (ii) de hoogte afhankelijk is van het functioneren van de werknemer en/of de resultaten van de onderneming (aangewezen als variabele looncomponent)
Eindejaarsuitkering	Wel (aangewezen als vaste of variabele looncomponent)
Feestdagencompensatie	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Frequentietoeslag	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Harmonisatietoeslag ter compensatie verlies aan veertiende maand	Wel (kwalificeert als verkapt loon)
Individueel keuzebudget	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Inleg (gedeelte) bonus voor aandelen	Wel (kwalificeert als variabele looncomponent)
Intensiteitstoeslag	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Job bonus	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Loon	Wel

Onkostenvergoeding	Niet (want uitgesloten)
Onregelmatigheidstoeslag	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Opties	Niet (kwalificeert niet als variabele looncomponent)
Overwerkvergoeding	Wel (aangewezen als vaste looncomponent)
Pensioencompensatie	Niet (want uitgesloten)
Persoonlijke toeslag na herwaardering functie- en salarisschalensysteem	Wel (kwalificeert als verkapt loon)
Phantom Performance Shares	Wel (kwalificeert als variabele looncomponent)
Ploegentoeslag	Wel (aangewezen als vaste looncomponent)
Provisie	Wel (aangewezen als looncomponent)
Stay-on bonus	Niet (kwalificeert niet als variabele looncomponent)
Vakantiegeld	Wel (aangewezen als looncomponent)
Verkapt loon	Wel (kwalificeert als loon)
Vaste vergoeding voor vakantiedagen (onderdeel IKB of all-in uurloon)	Niet (kwalificeert niet als loon of vaste looncomponent)
Verworven recht	Niet (kwalificeert niet als vaste of variabele looncomponent want niet overeengekomen)
Vliegreunvergoeding	Wel (kwalificeert als vaste looncomponent)
Werkgeversaandeel pensioenpremie	Niet (want uitgesloten)
Werkgeversbijdrage zorgverzekeringspremie	Niet (want uitgesloten)
Winstuitkering	Wel (aangewezen als variabele looncomponent)