

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 9949683 CV VERZ 22-8212

vonnis van: 4 augustus 2022

fno.: 33494

vonnis van de kantonrechter

I n z a k e

Verzoeker

wonende te Woonplaats

verzoeker

nader te noemen: Verzoeker

gemachtigde: mrs. K. Wiersma en Y. el Harchaoui

e n

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

gevestigd te Amstelveen

verzoeker

nader te noemen: KLM

gemachtigde: mrs. J.M. van Slooten en P. van Lingen

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Verzoeker en KLM hebben op respectievelijk 27 en 28 juni 2022 een verzoekschrift en verweerschrift ingediend in een verzoek als bedoeld in artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), waarin zij hun standpunten hebben verwoord. Vervolgens is een mondelinge behandeling bepaald.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 7 juli 2022 te 13.30 uur. Verzoeker is bij die mondelinge behandeling in persoon verschenen, vergezeld door zijn gemachtigden. Voor KLM is dhr. Naam 1 (voorzitter RvC) verschenen, eveneens vergezeld door de gemachtigden. Partijen hebben, mede aan de hand van een pleitnota, hun standpunten toegelicht, en vragen van de kantonrechter beantwoord.

Daarna is vonnis bepaald op heden.

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast.
 - 1.1. KLM is een niet-beursgenoteerde naamloze vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Zij voert circa 50% van de passagiersvluchten en 35% van de vrachtluchten uit die vanaf Schiphol worden uitgevoerd.
 - 1.2. KLM is in 2004 gefuseerd met Air France en sindsdien is sprake van de Air France KLM-groep. De aandelenstructuur van KLM (per 31 december 2020) is als volgt:
 - AirFrance-KLM houdt 49% van de stemrechten in KLM;
 - Stichting Administratiekantoor KLM (STAK I) heeft 33,59% van het stemrecht in KLM;
 - Stichting Administratiekantoor Cumulatief Preferente Aandelen C (STAK II) heeft 11,25% van het stemrecht in KLM;
 - De Nederlandse Staat houdt 5,92% van het stemrecht in KLM;
 - De overige aandeelhouders vertegenwoordigen 0,24% van het stemrecht in KLM.
 - 1.3. KLM heeft een raad van bestuur (Management Board, verder MB) en een Raad van Commissarissen (de RvC). De RvC bestaat uit drie commissies, namelijk Audit, Remuneration en Nomination.
 - 1.4. Verzoeker, geboren op geboortedatum, is op 1 november 1992 in dienst getreden bij KLM. In 2011 is hij toegetreden tot de MB als COO en met ingang 15 oktober 2014 benoemd tot President & Chief Executive Officer (CEO). Vanwege deze laatste wijziging is een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overeengekomen op 15 januari 2015. Naast zijn rol als CEO is Verzoeker Deputy CEO op het niveau van AirFrance-KLM.
 - 1.5. Het laatstverdiende salaris van Verzoeker bedraagt € 50.000,- bruto per maand inclusief vakantiegeld. Aanvullend op dat salaris ontvangt Verzoeker een bedrag van € 14.044,48 bruto per maand onder de noemer 'pensioenpremietoelage'.
 - 1.6. In de arbeidsovereenkomst staat in artikel 4.2 de volgende contractuele beëindigingsvergoeding:

If this Employment Agreement is terminated by or at the initiative of KLM, whilst such termination is not solely attributable to acts or omissions of Mr. Verzoeker, he shall be entitled to a Compensation, to be determined by the Supervisory Board, taking into account all relevant circumstances, including but not limited to: the years of service of Mr. Verzoeker, the circumstances of the Company and the tax consequences. In deviation from the C&B Regulations, Mr. Verzoeker shall be entitled to a compensation with a maximum of two times the Base Salary.
 - 1.7. Verzoeker neemt deel aan het Short Term Incentive plan (STI) en een Long Term Incentive plan (LTI). Daarnaast neemt hij vanuit zijn rol als Deputy CEO AirFrance-KLM deel aan het LTI-pogamma AirFrance-KLM Long Term Specific LTI (AFKL Specific LTI).
 - 1.8. De rechten en plichten omtrent de LTI staan in de 'LTI-Regulations'. Daarin staat, voor zover hier relevant, het volgende:

Performance Criteria: *The performance criteria in each KLM financial year 1,*

year 2 and year 3 based on the performance of KLM and Air France-KLM measured by (i) the KLM Group Return on Capital Employed (relative weight 40%); (ii) Air France-KLM Total Shareholder Return (relative weight 30%); and (iii) the Air France-KLM position in the Dow Jones Sustainability Index (relative weights 30%).

Performance Period: 1 year for each Increment

Phantom Performance Shares (PPS): The conditional award of an amount in cash, which is based on the market value of the Shares at the time of sale of the Phantom Performance Shares.

(...)

The granting of the Phantom Performance Shares will be based on the following criteria:

1. The Managing Directors' Remuneration Scheme applies to the Entitled Party; and

2. The personal targets as set for the Entitled Party have been achieved (at least "at target").

(...)

3.2 Subject to article 3.3 below, the Phantom Performance Shares shall vest in 3 (three) equal Increments as from the Granting Date. (...)

3.3 An Increment shall only vest in a relevant financial year if and to the extent that the Performance Criteria for the relevant financial year have been met.

(...)

8.1 Subject to article 10 of these Regulations, the vested Phantom Performance Shares cannot be sold prior to the third anniversary of the Granting Date and cannot be sold at a date later than the Expiry Date.

(...)

8.6 After the vested Phantom Performance Shares have been sold in accordance with this article 8, the corresponding value which follows from the determination of the price of the Shares on the Sale Date pursuant to article 9 of these regulations, after withholding of taxes, will be transferred to the bank account of the Recipient, on the date of the next possible payment of salary.

1.9. De PPS moeten uiterlijk na 5 jaar worden uitgeoefend (de LTI van 2015 hadden zodoende een uiterlijke datum van 1 april 2021).

1.10. Door het uitbreken van het coronavirus en de (financiële) gevolgen daarvan had KLM behoefte aan financiering. De Nederlandse Staat is vervolgens onder voorwaarden een staatssteunpakket overeengekomen met KLM, in de vorm van een lening en garanties op kredietfaciliteiten van 3,4 miljard Euro. De Europese voorwaarden van die steun zijn uitgewerkt in The State Aid Temporary Framework (Temporary Framework), het Commissiebesluit en de aanvullende Framework Agreement tussen de Nederlandse Staat en KLM van augustus 2020 (de Framework Agreement).

1.11. In de Framework Agreement van augustus 2020 zijn de voorwaarden van de staat voor de staatssteun opgenomen. Relevant voor onderhavig geschil is daarin artikel 6.1:

6.1 Employment conditions

6.1.1 KLM shall procure that the profit-sharing scheme (winstdelingsregeling) of the KLM employees shall be suspended for as long as the Dutch Support Package has not been repaid and terminated. The profit-sharing awarded over the financial year 2019 shall only be paid out if the

quarterly reporting shows that the profit-sharing scheme can be paid for out of the positive operating cashflow of KLM.

6.1.2 *KLM shall procure that the employees of the KLM Group shall contribute to the recovery and efficiency improvement of the KLM group. This can be accomplished by way of arrangements regarding the employment conditions (arbeidsvoorwaarden). The KLM Group may determine how to effect such arrangements, but the proposal (based on a linearly increasing scale) is a reduction of the employment conditions (arbeidsvoorwaarden) as follows:*

- (a) employees of the KLM Group earning up to one time (1x) Nominal Wage by zero per cent (0%);*
- (b) employees of the KLM Group earning at two times (2x) Nominal Wage by at least ten per cent (10%); and*
- (c) employees of the KLM Group earning three times (3x) Nominal Wage or more by at least twenty per cent (20%),*

compared to a benchmark to be agreed between the Dutch State and KLM. These reductions can be implemented gradually, but shall remain in place for as long as the Dutch Support Package has not been fully repaid and terminated.

6.1.3 *KLM shall procure that the employment conditions of the Management Board and Top Management shall be reduced by at least twenty per cent (20%) compared to the remuneration which they received in the financial year of 2019 and shall remain at this reduced level for as long as the Dutch Support Package has not been fully repaid and terminated. Part of this reduction shall be that there shall be no variable income (variabel inkomen) for the Management Board and Top Management for as long as the Dutch Support Package has not been fully repaid and terminated. These reductions can be implemented gradually.*

1.12. Verzoeker heeft in de jaren 2020 en 2021 respectievelijk 45% en 47% inkomen ingeleverd ten opzichte van 2019, zijnde een salarisreductie van 20% en het afzien van de STI 2020 en STI 2021.

1.13. In het Temporary Framework, par. 78, staat verder het volgende:
As long as at least 75% of the COVID-19 recapitalisation measures has not been redeemed, the remuneration of each member of the beneficiaries' management must not go beyond the fixed part of his/her remuneration on 31 December 2019. (...) Under no circumstances, shall bonuses or other variable or comparable remuneration elements be paid.

1.14. In het 'Afwegingskader bij steunverzoeken individuele bedrijven' is een onderdeel opgenomen genaamd 'Welke bedrijfsspecifieke voorwaarden kunnen er verbonden worden aan overheidssteun?'. Dit afwegingskader schetst de uitgangspunten en afwegingen bij de handeling van steunverzoeken en biedt het kabinet een handvat voor de te maken keuzes. In dat afwegingskader staat, voor zover relevant, het volgende:
Deze bijzondere steunverlening verdraagt zich in de regel niet met het uitkeren van dividenden, het betalen van bonussen, het inkopen van eigen aandelen en/of ruime ontslagvergoedingen voor leden van de Raad van Bestuur tot 1 vast jaarsalaris. In enkele gevallen kan hier echter van worden afgeweken. (...) Bovendien wordt van bedrijven expliciet verwacht zich te houden aan het kabinetsbeleid, de normen en wetgeving zoals op fiscaal, milieu en

arbeidsrechtelijk terrein te respecteren en zich te voegen naar het in Nederland gangbare Rijnlandse model, waarin langetermijnwaardecreatie centraal staat en belangen van betrokkenen bij de onderneming worden meegewogen (...).

- 1.15. In verband met de door KLM ontvangen staatssteun heeft de Nederlandse Staat een vertegenwoordiger aangewezen om de naleving van de aan de staatssteun geleverde voorwaarden te monitoren. Deze kan deelnemen aan vergaderingen van RvC en Audit.

- 1.16. Verzoeker is akkoord gegaan met het later betalen van zijn STI over 2019. Vervolgens heeft KLM op 9 juli 2020 het volgende gecommuniceerd over de STI:

Due to the COVID-9 outbreak, it was earlier agreed (as per your request) to postpone the actual pay-out of your STI of an amount of EUR 342,000 to October 2020. Meanwhile, and in light of the State financial support package, the pay-out of the 2019 STI will be further postponed.

This letter serves to confirm to you that you remain entitled to the payment of your 2019 STI. It shall be paid out if the quarterly reporting shows that the STI can be paid for out of the positive operating cash flow. In case of resignation before this pay-out has been executed, you will be entitled to the payment upon your departure.

- 1.17. Van een 'positive operating cash flow' is sinds het derde kwartaal van 2021 sprake. De STI 2019 is nog niet uitbetaald.

- 1.18. Op 23 maart 2021 heeft KLM over de LTI het volgende met Verzoeker gecommuniceerd:

Due to the COVID-19 outbreak, it was earlier agreed to postpone the actual pay-out of your STI reflecting financial year 2019 to the first moment the quarterly reporting shows that the STI can be paid for out of the positive operating cash flow, or upon your departure from the company.

The phantom Performance Shares series relating to financial year 2015, expire per 1 April 2021. Your current number of outstanding shares (10.000) will be sold against the closing price of the shares on 31 March 2021. The corresponding value, being the future pay-out, will be confirmed in writing.

Similar to the 2019 STI, this pay-out, however, will be postponed to the first moment the quarterly reporting shows that the amount can be paid for out of the positive operating cash flow. In case of resignation before this pay-out has been executed, you will be entitled to the payment upon your departure.

The same applies to the exercise and sale of the PPS series relating to financial year 2016 and 2017, as from the moment such exercise and sale are allowed under the existing LTI regulation.

- 1.19. Op 1 april 2021 is aan Verzoeker bevestigd dat de PPS van 2015 verkocht zijn en gewaardeerd zijn op € 51.000,00, welk bedrag zal worden uitbetaald als sprake is van een positieve operationele cash flow of als Verzoeker vertrekt bij KLM.

- 1.20. De PPS van 2016 zijn verkocht tegen een waarde van € 40.900,00. Dat is op 12 april 2022 aan Verzoeker bevestigd.

- 1.21. Op 13 januari 2022 heeft de RvC, nadat gesprekken en onderhandelingen op niets waren uitgelopen, aangekondigd dat Verzoeker in juli 2023 niet voor een nieuwe termijn zal worden voorgedragen.
- 1.22. Partijen zijn eind maart 2022 overeengekomen dat KLM de arbeidsovereenkomst van Verzoeker zou opzeggen zonder inachtneming van alle formaliteiten, zijnde een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders. Op 31 maart 2022 heeft de RvC het dienstverband met Verzoeker opgezegd per 1 oktober 2022, met inachtneming van de opzegtermijn van 6 maanden. De reden voor beëindiging is dat voor de functie van CEO een opvolger is gevonden.
- 1.23. Kort voor de mondelinge behandeling heeft KLM het gehele staatssteunpakket terugbetaald. De staatssteunfaciliteit is echter nog niet beëindigd. Zo kan KLM, indien nodig, relatief eenvoudig opnieuw krediet krijgen.

Verzoek

2. Partijen doen in deze procedure een gezamenlijk verzoek als bedoeld in artikel 96 Rv. In dat kader leggen zij de kantonrechter de volgende vragen voor ter beantwoording:
 - I. Wat is de hoogte van de Transitievergoeding waartoe Verzoeker gerechtigd is en op welk moment dient de Transitievergoeding door KLM aan Verzoeker te worden betaald, met dien verstande dat het recht op Transitievergoeding tussen Partijen niet ter discussie staat?
 - II. Op welk moment dient/diende de STI 2019, al dan niet met toepassing van de wettelijke verhoging en/of wettelijke rente, door KLM aan Verzoeker te worden betaald, met dien verstande dat het recht op de STI 2019 tussen partijen niet ter discussie staat?
 - III. Vanaf welk moment is Verzoeker gerechtigd tot uitoefening/betaling van de LTI 2015-2019 (bekeken per serie/jaar), al dan niet met toepassing van de wettelijke verhoging en/of wettelijke rente, met dien verstande dat tussen Partijen het recht op (uitoefening/betaling van) de LTI 2015-2019 niet ter discussie staat?
 - IV. Vanaf welk moment is Verzoeker gerechtigd tot uitoefening/betaling van de AFKL Specific LTI, met dien verstande dat tussen Partijen het recht op (uitoefening/betaling van) de AFKL Specific LTI niet ter discussie staat?

Partijen zijn hierbij overeengekomen dat KLM de kosten van de procedure draagt. Partijen hebben zich hierbij niet de mogelijkheid van hoger beroep voorbehouden.

Standpunten

Verzoeker

3. Verzoeker stelt zich op het standpunt dat niet uit de aan de staatssteun verbonden voorwaarden blijkt dat betaling van de transitievergoeding niet zou zijn toegestaan. Er zijn geen expliciete afspraken gemaakt tussen de Staat en KLM over de contractuele beëindigingsvergoeding dan wel transitievergoeding. Zelfs als die er wel zouden zijn geldt dat KLM gehouden is te voldoen aan haar contractuele en wettelijke verplichtingen. Uit het afwegingskader volgt voorts dat de Staat verwacht dat KLM zich aan de arbeidsrechtelijke wetgeving houdt, zodat zij zich ook moet houden aan het

(tijdig) betalen van de wettelijk verplicht gestelde Transitievergoeding, en wel binnen een maand na het einde van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:686a lid 1 BW).

4. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding dient vervolgens rekening te worden gehouden met niet alleen zijn basissalaris van € 50.000,- per maand en de STI van 2018 (partijen zijn het hier over eens), maar daarnaast, en dat is wel in discussie, de STI 2019 van € 342.000,00, de LTI 2015 van € 51.000,00 bruto, de LTI 2016 van € 40.900,00 bruto en de Pensioenpremietoelage van € 14.044,48 bruto per maand. Deze vergoedingen, behalve de pensioenpremietoelage, zijn nog niet uitbetaald. Voor het begrip loon in de zin van artikel 7:673 lid 10 BW dient te worden gekeken naar het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur. Daarmee komt de transitievergoeding volgens Verzoeker uit op een bedrag van € 865.118,33 bruto.
5. Verzoeker stelt dat hij recht heeft op betaling van zijn variabele beloning ten aanzien van het jaar 2019 (de STI 2019) en betaling van de (lange termijn) variabele beloningen van 2015 en 2016, welke mee moeten worden genomen bij de berekening van de transitievergoeding. Daarnaast dient betaling/uitoefening van de variabele beloning over de jaren/series 2017-2019 en de AFKL Specific LTI plaats te vinden. Al deze variabele beloningen zien op de periode vóór de uitbraak van COVID-19.
6. Verzoeker is voor wat betreft de STI 2019 akkoord gegaan met uitstel van betaling tot (25) oktober 2020. Betaling had op dat moment moeten plaatsvinden, en anders in ieder geval op het toegezegde moment, namelijk toen sprake was van een positieve operationele cashflow, en dat was per oktober 2021. Betaling op een van die momenten zou ook tot gevolg hebben dat de STI 2019 betrokken moet worden in de berekening van de transitievergoeding, dit op grond van artikel 3 lid 1 onder c Besluit Loonbegrip.
7. Dat geldt ook voor de PPS van 2015 (LTI-2015) waarvan de uitoefening op 31 maart 2021 heeft plaatsgevonden en betaling dus had moeten plaatsvinden in april 2021, en anders uiterlijk in oktober 2021, maar waarvan uitbetaling is uitgebleven. Dit gaat immers om toegekende PPS, hetgeen afhankelijk is van het functioneren van Verzoeker, en de vesting daarvan is afhankelijk van de bedrijfsresultaten van KLM. Dat maakt het een looncomponent als bedoeld in artikel 1 onder c Besluit Loonbegrip. Dat de hoogte van de betaling gekoppeld is aan de koersstand op het moment van uitoefening van de PPS maakt dat niet anders. Het maakt het niet tot een aandelen(optie)regeling. Nu betaling op oneigenlijke gronden niet heeft plaatsgevonden dienen deze alsnog te worden betrokken in de berekening van de transitievergoeding.
8. Daarnaast dient de LTI 2016 eveneens te worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding. Deze zijn op 31 maart 2022 uitgeoefend. Het gaat weliswaar om de 3 kalenderjaren voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst maar dat is gelegen in het feit dat de hoogte van de variabele uitkering in het lopende jaar veelal nog niet bekend is. Dat is anders met de LTI, zodat niets in de weg staat aan het meerekenen van de LTI 2016 bij de berekening van de transitievergoeding. Door de handelwijze van KLM werd Verzoeker geen andere keuze gelaten de LTI 2016 uit te oefenen per 31 maart 2022 terwijl dit op basis van de LTI regels ook eerder mogelijk was, namelijk al na 3 jaar. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ligt het in de rede dat rekening wordt gehouden met de LTI 2016.

9. Voorts ontvangt Verzoeker een pensioenpremietoelage, die eveneens moet worden meegenomen bij de begroting van de transitievergoeding. Deze toelage maakt onderdeel uit van het loon als bedoeld in artikel 2 lid 1 Besluit Loonbegrip. Het is een vergoeding aan Verzoeker voor de verrichte arbeid en verschilt daarmee van het werkgeversaandeel in de pensioenpremie, welke geen deel uitmaakt van het uurloon. Deze toelage, betaald vanwege het fiscaal plafond, om al dan niet te voorzien in aanvullend pensioen wordt daarvan niet uitgezonderd. Daarbij komt dat zelfs uitgezonderde betalingen onder uitzonderlijke omstandigheden toch betrokken kunnen worden bij de begroting van de Transitievergoeding, zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Verzoeker hoeft dit bedrag ook niet aan te wenden voor pensioen, en daarmee is de facto sprake van (verkapt) loon. Het wordt door de belastingdienst ook gezien als loon en als zodanig belast.
10. Voor wat betreft de geveste LTI (2017 en 2018 en een deel van 2019) geldt dat deze moeten worden uitgeoefend en betaald, uiterlijk per de einddatum. Daarnaast dient KLM de aandelen die aan Verzoeker zijn toegekend vanwege het AFKL Specific LTI plan aan hem te leveren.

KLM

11. KLM erkent het recht van Verzoeker op de betaling/uitoefening van de transitievergoeding, de STI 2019 en de LTI-rechten. KLM stelt zich daarbij echter op het standpunt dat uitbetaling daarvan pas kan plaatsvinden nadat de staatssteun is beëindigd. De lening is weliswaar volledig terugbetaald maar is niet opgezegd, zodat de staatssteun nog niet is geëindigd. Daarnaast betwist KLM de hoogte van de transitievergoeding.
12. Voor wat betreft de hoogte van de transitievergoeding stelt KLM dat deze neerkomt op een bedrag van € 604.870,68 bruto. Bij die berekening is rekening gehouden met het vaste salaris van € 50.000,00 bruto per maand en de STI van 2018 (uitbetaald in 2019). De STI 2019 is nog niet uitbetaald en kwalificeert daarom niet als verschuldigde looncomponent in de zin van artikel 3 lid 1 onder c Besluit loonbegrip, waardoor deze niet mag worden betrokken in de berekening van de transitievergoeding. Het moet immers gaan om de variabele beloning verschuldigd *in* de drie voorgaande jaren, niet over die jaren. Nu sprake is van een variabele beloning mag deze op grond van de Framework Agreement niet worden uitgekeerd. Ook de STI van 2019 valt onder dit verbod. Betaling kan dan ook pas plaatsvinden na beëindiging van de staatssteun.
13. De LTI 2015 en 2016 behoren evenmin bij de berekening van de transitievergoeding te worden betrokken, nu deze niet als variabele looncomponent in de zin van artikel 1 onder c Besluit Loonbegrip aangemerkt kunnen worden. Aandelenregelingen vielen volgens de jurisprudentie buiten de kantonrechttersformule en bij de bepaling van de looncomponenten voor de transitievergoeding is aansluiting gezocht bij de kantonrechttersformule. Het LTI-plan is een Phantom-Shares-regeling waarbij een aantal fictieve aandelen voorwaardelijk worden toegekend. Na 3 jaar zijn die onvoorwaardelijk geworden en kunnen ze worden aangeboden tegen de op het moment van verkoop geldende aandelenkoers. Het uit te keren bedrag is dus afhankelijk van het voortduren van het dienstverband, het bereiken van de prestatiecriteria door het bedrijf, het moment dat de werknemer kiest om de aandelen aan te bieden en de verkoopwaarde

waarop de waarde van de fictieve aandelen is gebaseerd. Daarmee valt de LTI niet onder de genoemde variabele of vaste looncomponenten, zodat deze niet mee mag worden genomen in de berekening van de transitievergoeding.

14. Dat geldt ook voor de pensioenpremietolage. Deze ontvangt Verzoeker als gevolg van de beperking sinds 2015 met betrekking tot de mogelijkheid om pensioen op te bouwen boven het maximaal pensioengevend salaris. Deze toelage wordt betaald voor het niet langer fiscaal gefaciliteerde deel van de pensioenpremie en maakt geen onderdeel uit van het loon zoals bedoeld in artikel 2 lid 1 besluit Loonbegrip. In de toelichting daarop is ook expliciet benoemd dat de pensioenpremie geen onderdeel uitmaakt van het uurloon, en dat volgt ook uit de jurisprudentie.
15. Voor wat betreft het recht op uitoefening van de LTI-rechten geldt dat door KLM reeds is erkend dat het Verzoeker vrij staat zijn LTI rechten uit te laten oefenen. Enkel het moment van uitbetaling daarvan staat ter discussie, evenals het moment van uitbetaling van de STI 2019. Deze kunnen niet worden uitbetaald zolang de staatssteun niet is terugbetaald en beëindigd. Een van de voorwaarden aan het staatssteunpakket is namelijk dat geen dividend en bonussen mogen worden uitgekeerd. Daaronder valt ook de transitievergoeding.
16. Hetgeen overigens door partijen is aangevoerd komt, voor zover relevant, bij de beoordeling aan de orde.

Beoordeling

17. Verzoeker heeft afgezien van het vorderen van de contractuele beëindigingsvergoeding zoals is opgenomen in zijn arbeidsovereenkomst en maakt thans – voor wat betreft de beëindiging van zijn dienstverband – enkel aanspraak op de wettelijke transitievergoeding. Kern van het geschil is de hoogte van de transitievergoeding, het moment van uitbetaling daarvan, en het moment van uitbetaling van de STI 2019, de LTI 2015-2019 en de AFKL Specific LTI. Nu enkele van de variabele beloningen en het moment van uitbetaling daarvan relevant zijn voor de hoogte van de transitievergoeding zal de beoordeling daarvan eerst aan de orde komen.

STI 2019

18. Partijen twisten voor wat betreft de STI 2019 enkel over het moment dat deze moet worden uitbetaald, of had moeten worden uitbetaald. Verzoeker is akkoord gegaan met een uitstel van deze betaling tot (25) oktober 2020. KLM heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat betaling van de STI 2019 pas kon plaatsvinden bij een positieve operationele cashflow, dan wel bij het einde van het dienstverband. Met dit uitstel is Verzoeker niet akkoord gegaan. Later heeft KLM dit standpunt nader gewijzigd in die zin dat zij meent pas tot betaling over te kunnen gaan als de staatssteun niet alleen is terugbetaald maar ook is beëindigd.
19. De Framework Agreement waarin de voorwaarden voor de staatssteun zijn opgenomen dateert van augustus 2020. In de Framework Agreement, evenals in het Temporary Framework, staat onder meer expliciet dat variabel inkomen niet mag worden uitbetaald zolang de staatssteun nog niet is terugbetaald en beëindigd. KLM stelt dan ook terecht dat zij met de Staat is overeengekomen geen variabel inkomen te betalen zolang de

staatssteun nog niet is beëindigd.

20. Bij deze overeenkomst is Verzoeker evenwel geen partij. Daarbij komt dat KLM, ook nádat zij afspraken met de Staat heeft gemaakt over staatssteun, in maart 2021 nog aan Verzoeker heeft toegezegd dat betaling van de STI 2019 zal plaatsvinden zodra sprake is van een positieve operationele cashflow, of aan het einde van het dienstverband van Verzoeker. Niet ter discussie staat dat dit in het derde kwartaal van 2021 het geval was. Uitbetaling had dan ook (uiterlijk) op dat moment moeten plaatsvinden. De vraag is evenwel of betaling nog eerder, namelijk in oktober 2020, had moeten worden gedaan, of dat KLM de uitbetaling later mocht doen.
21. Voor wat betreft het moment van betaling is de kantonrechter van oordeel dat van Verzoeker, ook na het eerste overeengekomen uitstel tot oktober 2020, redelijkerwijze gevergd kon worden een (nog) latere uitbetaling te accepteren. In haar brieven van 9 juli 2020, 23 maart 2021 en 1 april 2021, waarvan de laatste 2 dateren van ruimschoots ná de Framework Agreement over de staatssteun van augustus 2020, heeft KLM evenwel onvoorwaardelijk toegezegd dat uitbetaling zal plaatsvinden zodra sprake is van een positieve operationele cashflow, of bij einde dienstverband. Daar is KLM dan ook aan gebonden.
22. Gezien het voorgaande had betaling derhalve moeten plaatsvinden in oktober 2021, zodat vanaf 1 november 2021 ook de wettelijke rente verschuldigd is, evenals de wettelijke verhoging. De kantonrechter ziet in alle omstandigheden evenwel aanleiding de wettelijke verhoging hier te beperken tot 10%.

LTI 2015-2016

23. KLM erkent dat het Verzoeker vrij staat zijn geveste LTI rechten uit te laten oefenen, zodat dit niet ter discussie staat. Partijen twisten evenwel over het moment van uitbetaling van de uitgeoefende LTI rechten. KLM voert aan dat zij niet tot uitbetaling mag overgaan gezien het feit dat de staatssteun nog niet is beëindigd. Ook hier geldt evenwel dat KLM voor wat betreft de LTI 2015 en 2016 ná het aangaan van de overeenkomst omtrent de staatssteun nog schriftelijk aan Verzoeker heeft bevestigd dat bij een positieve operationele cashflow of uitdiensttreding tot uitbetaling zou worden overgegaan. Daarvan is thans sprake. De LTI 2015 en 2016 zijn reeds uitgeoefend zodat betaling daarvan thans ook verschuldigd is – er is immer sprake van een positieve operationele cashflow. Uitbetaling had dan ook respectievelijk in oktober 2021 (de LTI 2015) en in april 2022 (de LTI 2016) plaats moeten vinden. Betaling dient dan ook alsnog plaats te vinden, vermeerderd met de wettelijke rente.

LTI 2017-2019 en AFKL Specific LTI

24. Wat resteert zijn de LTI 2017-2019 en de AFKL Specific LTI. KLM erkent dat het Verzoeker vrijstaat zijn LTI rechten 2017 – 2019 (voor zover die van 2019 zijn gevest) uit te oefenen, zodat Verzoeker die gelegenheid heeft en dient te krijgen voor het einde van zijn dienstverband, conform de daarvoor geldende LTI Regulations. De AFKL Specific LTI die aan Verzoeker zijn toegekend in 2019 zijn voorts volledig gevest. Aan Verzoeker zijn 14.990 Air France-KLM aandelen toegekend, waarvan is bevestigd aan Verzoeker dat deze aan hem zullen worden geleverd. Die levering heeft evenwel nog niet plaatsgevonden.

25. Het geschil spitst zich ook hier toe op het moment van uitbetaling c.q. levering. Voor zover Verzoeker niet reeds op basis van de schriftelijke toezeggingen over de LTI 2015 en 2016 en de STI 2019 ook voor wat betreft de LTI 2017-2019 en de AFKL Specific LTI erop mocht vertrouwen dat deze ook bij het einde van het dienstverband zouden worden uitgekeerd, geldt dat KLM ook de contractuele verplichting heeft om Verzoeker in de gelegenheid te stellen de LTI uit te oefenen en tot uitbetaling daarvan over te gaan, evenals tot de levering van de aandelen. De afspraken dat geen uitbetaling van variabel loon mag plaatsvinden is gemaakt tussen KLM en de Staat, daarbij is Verzoeker geen partij en KLM komt in de relatie tot Verzoeker dan ook geen beroep toe op de overeenkomst tussen haar en de Staat. Dat betekent dat uitbetaling/levering plaats dient te vinden conform de LTI Regulations, en uiterlijk bij het einde van het dienstverband. Daarover is thans dan ook nog geen wettelijke rente of verhoging verschuldigd.
26. Ten overvloede merkt de kantonrechter op dat het uitbetalen van alle voorgaande variabele looncomponenten, voor zover dus relevant in de relatie tussen KLM en Verzoeker, ook niet in strijd is met de Framework Agreement, nu het in deze naar het oordeel van de kantonrechter niet gaat om variabel loon gedurende de looptijd van de staatssteun. Alle in deze procedure gevorderde looncomponenten zijn immers componenten die verschuldigd zijn over de periode van vóór corona en dus ook ruimschoots voor de daarna ontvangen staatssteun, namelijk over 2019 en eerder. Van de variabele looncomponenten gedurende de corona periode heeft Verzoeker immers afstand gedaan.

Hoogte van de transitievergoeding

27. Voor wat betreft de hoogte van de transitievergoeding, waarvan de verschuldigdheid niet ter discussie staat, geldt dat moet worden beoordeeld of de STI 2019, de LTI 2015, de LTI 2016 en de pensioenpremietoelage moeten worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding.

STI 2019

28. Dat de STI 2019 kwalificeert als een variabele beloning is niet in geschil. Immers neemt KLM ook de STI 2018 mee in haar berekening van de transitievergoeding. De vraag is enkel of het (nog) niet uitbetalen van de STI 2019 tot gevolg heeft dat deze buiten beschouwing moet blijven bij de berekening van de transitievergoeding. Deze beloning zou dan niet worden betrokken in de berekening van de transitievergoeding, waardoor deze lager uitpakt. Daarmee zou een werkgever door niet over te gaan tot betaling van een variabele beloning invloed uit kunnen oefenen op de hoogte van de transitievergoeding en daar haar voordeel mee doen. Dat zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Daarbij komt dat de STI 2019 een variabele beloning over 2019 betrof, welke derhalve in 2020 bekend was en – normaal gesproken – ook in 2020 betaald had moeten worden. Ook uitgaande van een overeengekomen latere betaling geldt dat betaling had moeten plaatsvinden vóór 2022. De STI 2019 was derhalve voor 2022 reeds verschuldigd, en daarmee valt de bonus onder de definitie van variabele beloning als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c van het Besluit Loonbegrip.

LTI 2015 en 2016

-
29. Een variabele beloning moet onder artikel 3 lid 1 onder c Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (verder: Besluit loonbegrip), jo. artikel 5 Regeling looncomponenten en arbeidsduur (verder: Regeling looncomponenten) vallen om meegenomen te mogen worden bij de transitievergoeding. In de toelichting op het Besluit loonbegrip is immers opgenomen dat looncomponenten die niet in de ministeriele regeling zijn aangewezen, niet worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Het kan daarbij, zo volgt uit artikel 5 Regeling looncomponenten, gaan om een bonus, winstuitkering of eindejaarsuitkering. Deze opsomming is limitatief, zodat beoordeeld moet worden of de LTI kwalificeert als één van deze variabele looncomponenten. Daarbij is niet de benaming relevant, zoals ook uit de toelichting van de Regeling looncomponenten blijkt, maar is bepalend of een looncomponent zich materieel als zodanig kenmerkt.
30. Volgens de definitie van de PPS is dat een voorwaardelijke toekenning van een geldbedrag, gebaseerd op de marktwaarde van de aandelen op het moment van verkoop van de PPS. De PPS kunnen worden toegekend als de persoonlijke targets door de werknemer zijn behaald, waarna de werknemer er tussen de 3 en 5 jaar na toekenning van de PPS voor kan kiezen om de fictieve aandelen uit te oefenen. Het toekennen van de fictieve aandelen hangt af van de prestaties van de werknemer, de hoogte van het aan de werknemer toekomende bedrag is vervolgens afhankelijk van de waarde van de fictieve aandelen op het moment van uitoefening.
31. Gezien de toekenning vanwege het behalen van persoonlijke targets, het feit dat de PPS gedefinieerd wordt als voorwaardelijke toekenning van een geldbedrag en het gegeven dat het feitelijk gaat om het toekennen van *fictieve* aandelen die een werknemer op een door hem te kiezen moment mag ‘verkopen’, is de kantonrechter van oordeel dat de LTI feitelijk neerkomt op een bonusregeling. De constructie vertoont ook meer overeenkomsten met een bonusregeling dan met hetgeen KLM voorstaat, namelijk een aandelenregeling. De toekenning van fictieve aandelen die de werknemer mag (én moet) verkopen is in essentie enkel een manier om tot het uiteindelijke bedrag van deze variabele beloning te komen, welke beloning aan Verzoeker toekomt vanwege zijn prestaties. Dat betekent dat deze wel moeten worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding, nu deze op 31 maart 2021 zijn uitgeoefend. De betaling van de LTI 2015 had vervolgens, net als de STI 2019, in oktober 2021 moeten plaatsvinden.
32. Voor de LTI 2016 geldt dat deze niet in de 3 jaren voor het jaar waarin de arbeidsovereenkomst is beëindigd verschuldigd is geworden. Ook is deze, in tegenstelling tot hetgeen Verzoeker stelt, niet verschuldigd óver 2021. De LTI PPS zijn immers pas uitgeoefend in 2022 en zouden, gezien die datum van uitoefening, ook niet eerder kunnen worden uitbetaald dan in 2022. Het gaat dus zowel niet om een bonus in als om een bonus óver 2021. Derhalve geldt dat, ook als wordt uitgegaan van de door Verzoeker aangehaalde uitspraak van het Hof ’s-Hertogenbosch, waarin is geoordeeld over de variabele looncomponent (ECLI:NL:GHSHE:2022:1299) dat de rechtszekerheid gediend is met het aansluiting zoeken bij hetgeen *over* de jaren voorafgaand aan het jaar van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is opgebouwd aan variabele bonussen (r.o. 3.14.2.4), de LTI 2016 niet kan worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Pas na de uitoefening van de PPS in 2022 werd immers bekend welke waarde deze PPS vertegenwoordigden en dus welk bedrag moet worden uitgekeerd. Daarmee was het derhalve ook geen bonus ‘over’ 2021. Dat

de hoogte van deze variabele beloning desondanks al in de loop van 2022 bekend was maakt dat niet anders.

Pensioenpremietoelage

33. Wat dan nog resteert is de pensioenpremietoelage. Deze ontvangt Verzoeker sinds een wijziging in 2015 waardoor de mogelijkheid om pensioen op te bouwen beperkt is tot een maximaal pensioengevend salaris. De pensioenpremietoelage wordt niet expliciet genoemd als vaste of variabele looncomponent die moet worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Wel wordt het werkgeversaandeel in de pensioenpremie in de toelichting uitgezonderd van het bruto loon dat relevant is voor de berekening van de transitievergoeding. Echter dient ook voor deze component beoordeeld te worden of de pensioenpremietoelage zich kenmerkt als een van de genoemde looncomponenten, in dit geval het vaste maandloon. Daarvoor dient het te gaan om een directe vergoeding voor de op basis van de arbeidsovereenkomst te verrichten arbeid.
34. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarvan in dit geval sprake. Vaststaat dat hier geen sprake is van het werkgeversgedeelte van de pensioenpremie. Dat is immers een premie die wordt afgedragen aan het pensioenfonds. Deze toelage betreft een vaste maandelijks bruto vergoeding, die door Verzoeker ook vrij te besteden is. Het bedrag is weliswaar bestempeld als pensioenpremietoelage, maar Verzoeker is geenszins gehouden dit aan de opbouw van zijn pensioen te besteden. Daar komt bij dat de toelage ook fiscaal wordt gezien als loon. Feitelijk is dan ook sprake van een salarisverhoging. Dat maakt dat sprake is van loon in de zin van het Besluit loonbegrip. Dat deze salarisverhoging geheel of gedeeltelijk vanwege de wijziging omtrent de pensioenopbouw heeft plaatsgevonden maakt dat niet anders.

Conclusie componenten transitievergoeding

35. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat bij de berekening van de transitievergoeding rekening moet worden gehouden met de volgende componenten:
- Het vaste salaris van € 50.000,00 bruto per maand, inclusief vakantiegeld;
 - De STI 2018 van € 383.600,00 bruto;
 - De STI 2019 van € 342.000,00 bruto;
 - De LTI 2015 € 51.000,00 bruto;
 - De pensioenpremietoelage van € 14.044,48 bruto per maand.
36. Dat betekent voor de hoogte van de transitievergoeding dat uitgegaan moet worden van een maandsalaris van € 85.616,70 (bestaande uit € 50.000,00 en € 14.044,48 vast, en variabel € 21.572,22 (zijnde de STI 2018, STI 2019 en de LTI 2015, gedeeld door 36)). Daarmee komt de door KLM verschuldigde transitievergoeding uit op een bedrag van € 853.788,76 bruto.

Moment uitbetaling transitievergoeding

37. Voor wat betreft het moment van uitbetaling van de transitievergoeding geldt het volgende. Uit de door partijen overgelegde stukken volgt naar het oordeel van de kantonrechter niet dat tussen de Staat en KLM de specifieke afspraak is gemaakt dat de

wettelijke transitievergoeding van artikel 7:673 BW niet mag worden betaald aan een vertrekkende werknemer. De transitievergoeding kwalificeert niet als een bonus of andere door de Staat van betaling uitgesloten beloning. Daarbij komt dat de kantonrechter van oordeel is dat (zelfs) de Staat het KLM niet kan verbieden om de wettelijke transitievergoeding uit te keren (zie ook: ECLI:NL:RBAMS:2020:7240). Uit het Afwegingskader bij steunverzoeken individuele bedrijven volgt ook dat verwacht wordt dat bedrijven die steun ontvangen zich aan de (arbeidsrechtelijke) wetgeving houden. Dat betekent dat KLM gehouden is om tot betaling van de transitievergoeding over te gaan en daarmee niet mag wachten tot de staatssteun is beëindigd – dat zou ook niet redelijk zijn nu KLM zelf invloed heeft op dat moment, te meer nu de lening al volledig is terugbetaald en thans enkel de kredietmogelijkheid nog bestaat. Betaling dient ingevolge artikel 7:686a lid 1 BW plaats te vinden binnen een maand na het einde van het dienstverband, bij gebreke waarvan wettelijke rente verschuldigd is vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Conclusie

38. Gezien al het voorgaande moeten de vragen (samenvattend) aldus worden beantwoord dat de variabele looncomponenten moeten worden uitbetaald, of reeds uitbetaald hadden moeten worden, en dat van de aan hem voorgelegde componenten, enkel de LTI 2016 niet bij de berekening van de transitievergoeding meegenomen kan worden.
39. Partijen zijn overeengekomen dat KLM de proceskosten draagt. In deze procedure hebben zij niet verzocht om een beslissing op de proceskosten, zodat een beslissing daarop achterwege blijft.

BESLISSING

De kantonrechter:

beantwoordt de aan hem voorgelegde vragen als volgt:

- I. de hoogte van de transitievergoeding waartoe Verzoeker gerechtigd is bedraagt € 853.788,76 bruto. Betaling daarvan dient binnen een maand nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd plaats te vinden;
- II. de STI 2019 diende in oktober 2021 aan Verzoeker te worden uitbetaald, zodat KLM daarover de tot 10% beperkte wettelijke verhoging verschuldigd is, en vanaf 1 november 2021 ook de wettelijke rente over de STI 2019 en de wettelijke verhoging verschuldigd is;
- III. Verzoeker is gerechtigd tot uitoefening/betaling van de LTI 2015-2016 op de wijze zoals verwoord onder r.o. 23, vermeerderd met de wettelijke verhoging van 10% en vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vervaldata;

Verzoeker is gerechtigd tot uitoefening/betaling van de LTI 2017-2019 op de wijze zoals verwoord onder r.o. 24 en 25;

- IV. Verzoeker is gerechtigd tot uitoefening/betaling van de AFKL Specific LTI op de wijze zoals verwoord onder r.o. 24 en 25.

Aldus gegeven door mr. T.M.A. van Löben Sels, kantonrechter, bij diens afwezigheid ondertekend door mr. F.J. Lourens, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken in bijzijn van mr. J. Higler-Huisman, griffier, op 4 augustus 2022.