

# 128. Variabele beloning en de vermogensrechtelijke afwikkeling bij echtscheiding

MR. S.C. BRAUN

De echtscheidingsadvocaat/-mediator wordt vandaag de dag regelmatig geconfronteerd met vragen omtrent variabele beloningen en de wijze waarop deze in de vermogensrechtelijke afwikkeling bij echtscheiding moeten worden betrokken. Dienen deze beloningen in de verdeling dan wel de verrekening te worden betrokken, en zo ja, voor welk bedrag? Op welk moment dient er te worden afgerekend en met welke belastingdruk dient dan rekening te worden gehouden?

## Inleiding

De gedachte dat risico nemen alleen iets is voor ondernemers lijkt allang te zijn achterhaald. Ook werknemers nemen steeds vaker risico's bij de uitoefening van hun arbeidsovereenkomst. Denk bijvoorbeeld aan met de werkgever overeengekomen prestatieloon, winstdelings-, optieregelingen en bonussen. Deze beloningsvormen zal ik hierna samenvatten onder de titel 'variabel(e) beloning/loon'.

Variabel loon is een veel besproken thema in de media. De constatering dat het uitoefenen van aandelenoptierechten en toekennen van bonussen (top)managers financieel gewin oplevert, heeft het nodige stof doen opwaaien. Ook in de echtscheidingspraktijk leiden variabele beloningen regelmatig tot vragen. De echtscheidingsadvocaat/-mediator ontkomt er dan ook niet aan zich in deze materie te verdiepen. De vragen die spelen zijn zowel fundamenteel als praktisch van aard. Cliënten willen bijvoorbeeld weten of, en zo ja, in hoeverre deze inkomensbestanddelen van invloed zijn op de vaststelling van alimentatie. Een onderwerp waar het in deze bijdrage niet over zal gaan.

In deze bijdrage zal ik zo veel mogelijk antwoord proberen te geven op vragen die spelen in het kader van de vermogensrechtelijke afwikkeling bij scheiding. Omdat er in de rechtswetenschappelijke literatuur en jurisprudentie weinig over dit onderwerp is gepubliceerd, zal ik mij daarbij met name baseren op mijn praktijkervaring en die van mijn naaste collega's.

Mijn centrale vraag is of, en zo ja, in hoeverre variabele beloningen in de vermogensrechtelijke afwikkeling (verdeling c.q. verrekening) na scheiding dienen te worden betrokken. Alvorens ik aan beantwoording van deze vraag

toe kom, zal ik eerst de bijzondere kenmerken van variabele beloningen inventariseren. Tevens zal ik ingaan op de vraag naar het moment waarop er dient te worden afgerekend (nu of in de toekomst) en zal ik kort stilstaan bij de hieraan verbonden fiscale aspecten.

## Bijzondere kenmerken variabele beloningen

Variabel loon kenmerkt zich doordat het afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis die verband houdt met het ondernemingsproces.<sup>1</sup> De toekenning en de hoogte van de variabele beloning kan bijvoorbeeld afhankelijk worden gesteld van de omzet en/of resultaten van de onderneming, maar ook van de persoonlijke prestaties van de werknemer en/of de prestaties van zijn team.

Het loonbegrip kent diverse vormen van variabele beloning, zoals prestatieloon, winstdelingen, aandelenopties en misschien wel de bekendste, bonussen. Van het begrip bonus, ook wel bekend als gratificatie, bestaat overigens geen eenduidige definitie. Het begrip wordt wel omschreven als een toelage bovenop het vastgestelde loon als bewijs van tevredenheid, maar ook als een uitkering in geld die afhankelijk is van het behalen van een bepaald resultaat.<sup>2</sup> Vrijwel altijd is sprake van een verstrekking die ter discretie van de werkgever staat. Bij prestatieloon doel ik op loon dat afhankelijk is van de prestatie van de individuele werknemer (bijvoorbeeld provisie of stukloon). Winstdeling is loon dat afhankelijk is van de winst van de onderneming. Aandelenoptierechten ten slotte zijn er in twee gedaanten:

<sup>1</sup> Asser/Heerma van Voss, 7-V *Arbeidsovereenkomst*, 2012/82.

<sup>2</sup> Zie S.C. Swinkels, 'De bonus, een zucht of een zegen?', *ArbeidsRecht* 1999/10 respectievelijk J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Kluwer 1999, p. 84.

de personeelsoptie als beloningsinstrument en de beursgenoteerde optie als beleggingsinstrument. Omdat deze bijdrage gaat over variabele beloning zullen de beursopties hierna onbesproken blijven.

Personeelsopties hebben de vorm van een contract tussen de optiegever (de werkgever) en de optienemer (de werknemer). De inhoud van de overeenkomst bestaat uit een recht van de optienemer om gedurende de looptijd van de optie tegen een vooraf vastgestelde prijs per aandeel (de uitoefenprijs van de optie) aandelen in een vennootschap te kopen. Een dergelijke optie kan de werknemer een economisch voordeel opleveren als de werkelijke waarde van het aandeel op enig moment gedurende de looptijd hoger is dan de uitoefenprijs. Oefent de werknemer de werknemersoptie gedurende de looptijd niet uit, bijvoorbeeld omdat de werkelijke waarde van het aandeel niet boven de uitoefenprijs is uitgekomen, dan vervalt de optie zonder dat zij de werknemer enig voordeel heeft opgeleverd.

Werkgevers hebben een belang bij het in het vooruitzicht stellen van variabele beloning zoals het uitgeven van opties. In de eerste plaats stimuleert dit werknemers om hun beste beentje voor te zetten. Hoe beter de resultaten van de onderneming, hoe beter de waardeontwikkeling van de aandelen en hoe meer de opties te zijner tijd zullen brengen. Een tweede argument is het bewerkstelligen van binding met de werknemer aan het bedrijf van de werkgever. In de praktijk is aan de bonus- of optieregeling dan ook veelal een vervalbeding gekoppeld, inhoudende dat tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst de aanspraak op bonussen dan wel de mogelijkheid van uitoefening van opties doet vervallen. Een dergelijk vervalbeding wordt vaak gecombineerd met een regeling die ertoe strekt dat werknemers pas na verloop van tijd (de zogenaamde vestigingsperiode) en/of het leveren van een adequate arbeidsprestatie hun bonus krijgen toegekend/opties mogen uitoefenen. Dat leidt noodzakelijkerwijs tot het opnemen van beperkingen – in de vorm van een opschortende of ontbindende voorwaarde – ten aanzien van de toekenning van bonussen/uitoefenbaarheid van de opties.

#### *Discretionaire bevoegdheid, arbeidsvoorwaarde of verworven recht?*

Keus en Bouma wijzen in hun recent gepubliceerde artikel over de discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij weigering van bonussen of andere variabele beloningen in *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* op het ook voor deze bijdrage relevante onderscheid tussen variabele beloning in de vorm van een discretionaire bevoegdheid van de werkgever, een arbeidsvoorwaarde of een verworven recht van de werknemer.<sup>3</sup> Hierna zal ik toelichten dat de kwalificatie van de variabele beloning grote gevolgen kan hebben voor de mogelijkheden van de werknemer om

uitkering van de beloning af te kunnen dwingen. Er is sprake van een volledige discretionaire beloning als de werkgever steeds achteraf bepaalt of een werknemer een recht heeft op de beloning zonder dat daaraan een duidelijk systeem aan ten grondslag ligt. Wanneer de werkgever daarentegen voorwaarden heeft gesteld aan de toekenning

### In de echtscheidingspraktijk leiden variabele beloningen regelmatig tot vragen.

van de beloning en daarbij tevens een discretionaire bevoegdheid heeft bedongen, is sprake van een voorwaardelijke discretionaire beloning.

Ingeval van een discretionaire beloning kan er discussie bestaan over de vraag of de werkgever hier in de gegeven omstandigheden wel een beroep op kan doen met name als deze discretionaire bevoegdheid niet schriftelijk of onvoldoende duidelijk is vastgelegd. Als de werkgever zijn discretionaire bevoegdheid niet heeft vastgelegd dan zal hij het bestaan hiervan moeten bewijzen om er een beroep op te kunnen doen. Een beroep op algemene bekendheid binnen het bedrijf lijkt in dat geval onvoldoende.<sup>4</sup> Als een beloningsregeling daarentegen wel is vastgelegd, maar onvoldoende duidelijk is, komt het aan op de uitleg van de regeling, waarbij van belang is dat wordt vastgesteld of men van doen heeft met een discretionaire bevoegdheid of met een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:613 BW.<sup>5</sup> Indien de variabele beloning moet worden gekwalificeerd als een arbeidsvoorwaarde staat het de werkgever immers niet vrij deze zomaar te weigeren. Dit kan alleen als voldaan is aan de strenge criteria die gelden voor het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden. Dit betekent dat de werknemer de betaling daarvan eenvoudig kan afdwingen. Echter, ook wanneer een werkgever kan aantonen dat hij een duidelijk voorbehoud heeft gemaakt bij het al dan niet toekennen van een variabele beloning kan onder omstandigheden toch geen sprake meer zijn van een discretionaire bevoegdheid. Een werkgever kan zijn discretionaire bevoegdheid namelijk verliezen wanneer de werknemer er op basis van de historie op mag vertrouwen dat hij ook in de toekomst aanspraak maakt op een bepaalde voorwaarde. In dat geval kan sprake zijn van een zogenaamd verworven recht.

Helaas is het onderscheid tussen een discretionaire bevoegdheid enerzijds en arbeidsvoorwaarde/verworven recht anderzijds niet altijd eenvoudig te maken, omdat laatstgenoemde begrippen geen duidelijke definitie kennen en het onduidelijk is waar het omslagpunt ligt tussen deze begrippen.

3 M.J. Keus en E.I. Bouma, 'De discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij de weigering van bonussen of andere variabele beloningen', *TAP* 2014/8.

4 Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9536.

5 Zie ook M.J. Keus en E.I. Bouma, 'De discretionaire bevoegdheid van de werkgever bij de weigering van bonussen of andere variabele beloningen', *TAP* 2014/8.

Als moet worden geconcludeerd dat de werkgever (nog steeds) een discretionaire bevoegdheid heeft om de werknemer een bonus of andere variabele beloning al dan niet toe te kennen, rijst de vraag of en in hoeverre de werkgever van die bevoegdheid gebruik kan maken. Beantwoording van deze vraag is sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. De beginselen van

## De kwalificatie van de variabele beloning kan grote gevolgen hebben voor de mogelijkheden van de werknemer om de uitkering van de beloning af te kunnen dwingen.

goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) en de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) spelen daarbij een doorslaggevende rol. Als u hier meer over wilt lezen dan kan ik u het eerder aangehaalde artikel van Keus en Bouma van harte aanbevelen.

### Wanneer valt een variabele beloning onder het te verdelen/te verrekenen vermogen?

#### *Ingeval van een wettelijke gemeenschap van goederen*

Volgens de hoofdregel van het thans geldende recht omvat de gemeenschap, wat haar baten betreft, alle goederen der echtgenoten, bij aanvang van de gemeenschap aanwezig of nadien, zolang de gemeenschap niet is ontbonden, verkregen (artikel 1:94 lid 2 BW). Onder een goed worden alle zaken en alle vermogensrechten verstaan (artikel 3:1 BW). Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (artikel 3:2 BW). Een niet uitputtende omschrijving van het begrip ‘vermogensrechten’ is te vinden in artikel 3:6 BW: “*Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.*”

Of een variabele beloning tot de gemeenschap van goederen behoort, is dus afhankelijk van de vraag of al dan niet (reeds) sprake is van een vermogensrecht. Daarbij is niet zo zeer bepalend het moment waarop de beloning tot uitkering komt, maar wel het moment waarop het recht op het in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel of wel de aanspraak op deze beloning is ontstaan en de eventuele hieraan gekoppelde prestatieperiode waarop deze betrekking heeft. Men dient daarbij voor ogen te houden dat op grond van vaste jurisprudentie niet kan worden afgeweken van de peildatum voor de vaststelling van de samenstelling van de gemeenschap (artikel 1:100 BW) ook niet op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>6</sup> Variabel loon valt dus alleen in de gemeenschap als de

aanspraak hierop is ontstaan, voordat het echtscheidingsverzoekschrift is ingediend (het moment van ontbinding van de gemeenschap (artikel 1:99 BW)) en de prestatieperiode betrekking heeft op een periode die is gelegen vóór dat moment.

Het moge duidelijk zijn dat als de uitoefenbaarheid van een aandelenoptie (of andere variabele beloning) is gekoppeld aan een vestigingsperiode die nog niet is verstreken, het recht of de aanspraak op deze beloning reeds bestaat. Alleen de hoogte van deze aanspraak kan pas achteraf – op het moment van daadwerkelijke uitoefening van de opties (of uitkering) – worden vastgesteld. Ingewikkelder wordt het als de werkgever (tevens) een discretionaire bevoegdheid heeft bedongen. In dat geval zal eerst moeten worden vastgesteld of sprake is van een volledige of voorwaardelijke discretionaire bevoegdheid van de werkgever en vervolgens of de werkgever in de gegeven omstandigheden een beroep mag doen op de discretionaire bevoegdheid en, wanneer ook sprake is van een voorwaardelijke beloning, of de werkgever een beroep mag doen op de gestelde voorwaarden.

Als bijvoorbeeld sprake is van een voorwaardelijke discretionaire beloning en aan de uitkering van de beloning een ontbindende voorwaarde is verbonden, kan de werkgever beslissen dat er geen uitkering zal plaatsvinden, waarmee de aanspraak achteraf komt te vervallen. Bij een opschortende voorwaarde daarentegen blijft de aanspraak in tact, maar kan de hoogte daarvan eerst worden vastgesteld nadat de werkgever daartoe heeft beslist.

#### *Moment van afrekening*

Als vaststaat dat een variabele beloning in de gemeenschap is gevallen, moet worden vastgesteld voor welke waarde deze in de verdeling moet worden betrokken en komt de vraag naar het moment waarop dient te worden afgerekend aan de orde (nu of in de toekomst). Voor de vaststelling van de peildatum voor de waardering van een gemeenschapsgoed geldt als hoofdregel de datum van feitelijke verdeling. Van deze peildatum kan – anders dan de peildatum voor de vaststelling van de samenstelling van de gemeenschap – wel in onderling overleg, dan wel op grond van de redelijkheid en billijkheid worden afgeweken. Dat kan ingeval van een variabele beloning, met name bij optierechten, wenselijk zijn als de aanspraak weliswaar bestaat, maar de hoogte van de beloning nog niet kan worden vastgesteld. De hoogte van de beloning is dan immers afhankelijk van de waarde van het hieraan gekoppelde aandeel op het moment dat deze wordt uitgeoefend, waarbij niet ondenkbaar is dat de aanspraak achteraf op grond van het vervalbeding komt te vervallen, doordat de werkgever de werknemer bijvoorbeeld zijn ontslag aanzegt.

Ook komt het voor dat de werknemer ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap op grond van de geldende bonusregeling recht heeft op een bonus, maar dat de hoogte daarvan wordt overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de werkgever. Veel zekerheid geeft dat de

<sup>6</sup> Zie onder meer Hoge Raad 20 december 2013, *RFR* 2014, 31.

werknemer niet, doordat de werkgever de hoogte van de bonus dan achteraf op nihil zal kunnen stellen.

Ten slotte dient men bij de waardering rekening te houden met de fiscale aspecten die verbonden zijn aan variabele beloning. Als variabel loon op het moment van verdeling nog niet is uitgekeerd, zal hierover bij de werkgever nog loonbelasting worden geheven en bij de werknemer inkomstenbelasting. Voor personeelsopties geldt in het bijzonder dat deze pas bij uitoefening worden belast en dat als loon/inkomen enkel wordt belast het positieve verschil tussen de economische waarde van het onderliggende aandeel op het moment van uitoefening en de prijs die de werknemer voor het aandeel moet betalen.

#### *Ingeval van een verrekenbeding*

Hetgeen hiervoor uiteengezet is omtrent de kwalificatie/afdwingbaarheid van variabele beloning, het moment waarop de aanspraak hierop is ontstaan, geldt mutatis mutandis voor de vraag of een variabele beloning tot het te verrekenen vermogen behoort, met dien verstande dat rekening dient te worden gehouden met de bijzondere kenmerken van het verrekenbeding.

Verrekenbedingen kunnen zien op inkomsten of vermogen of op beide. De wetgever heeft ervan afgezien om deze begrippen in de wet te regelen en heeft de invulling daarvan aan partijen overgelaten in samenspraak met de notaris. Of een variabele beloning tot het te verrekenen inkomen/vermogen moet worden gerekend, is afhankelijk van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden en de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over een weer redelijkerwijs aan het betreffende beding mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Als een variabele beloning in het algemeen tot het te verrekenen inkomen en/of vermogen moet worden gerekend dan geldt dat voor de omvang én waardering van het te verrekenen vermogen uit moet worden gegaan van het tijdstip waarop het verzoekschrift tot echtscheiding is ingediend, zijnde de peildatum voor zowel de vaststelling van de omvang als de samenstelling van het te verrekenen vermogen (artikel 1:142 lid 1), tenzij partijen in de huwelijkse voorwaarden of in onderling overleg een hiervan afwijkende peildatum zijn overeengekomen.

## Conclusie

Variabele beloning kan in het kader van de vermogensrechtelijke afwikkeling bij scheiding tot complexe vraagstukken leiden. Uit voorgaande blijkt dat beantwoording van de vraag of en in hoeverre deze in de verdeling of verrekening moeten worden betrokken in twee stappen dient te worden

**De beantwoording van de vraag of een werkgever van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik kan maken, is sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.**

beantwoord. Eerst moet de kwalificatie van de beloning, als zijnde een discretionaire bevoegdheid, arbeidsvoorwaarde of verworven recht, worden vastgesteld. Als sprake is van een voorwaardelijke discretionaire bevoegdheid (in de vorm van bijvoorbeeld een vervalbeding of ontbindende/opschortende voorwaarde) rijst de vraag of en in hoeverre de werkgever van die bevoegdheid gebruik mag maken. Het antwoord op deze vraag is sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval en dient te worden beantwoord aan de hand van beginselen van goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid.

Indien is vastgesteld dat uitkering van de variabele beloning kan worden afgedwongen, komt men toe aan de vraag naar het moment waarop de aanspraak op dit loon is ontstaan (vóór of na de peildatum voor de vaststelling van de samenstelling van de gemeenschap/het te verrekenen vermogen). Ingeval het moment van daadwerkelijke uitkering en het moment waarop de aanspraak is ontstaan niet samen vallen, zal het in veel gevallen praktisch onmogelijk zijn om de waarde van de bonussen/opties die in de verdeling/verrekening dienen te worden betrokken, vast te stellen voordat deze feitelijk worden uitgekeerd/uitgeoefend. Ingeval de verdeling/verrekening wel voor die tijd wordt vastgesteld/overeengekomen, dient men bedacht te zijn op onzekere factoren als de mogelijkheid van het komen te vervallen van de opties, waardefluctuaties van de aandelen en uiteraard ook met een latente belastingclaim.

#### **Over de auteur**

Mr. Saskia Braun is advocaat en scheidingsmediator bij Smeets Gijbels B.V.