

53. Optieschade na de WWZ: cash me if you can?

MR. C.L.C. REYNAERS

Het komt regelmatig voor dat werknemers opties krijgen toegekend als onderdeel van de beloning. Vaak vervallen de optierechten wanneer de werknemer niet langer in dienst is. Dit kan tot aanzienlijke schade leiden en is niet altijd billijk. Buiten het ontslagrecht om is er echter beperkt ruimte voor schadevergoedingen: het vergoedingstelsel is immers exclusief. Na invoering van de WWZ lijkt dit stelsel nog exclusiever. Dit roept de vraag op in hoeverre vertrekkende werknemers in het huidige vergoedingenlandschap hun optieschade nog succesvol buiten het arbeidsrecht om kunnen claimen. In dit artikel maak ik de balans op en bekijk ik welke mogelijkheden er zijn.

1. Introductie

Vergoeding van optieschade, en meer in het algemeen schadevergoeding na of in verband met ontslag buiten het ontslagrecht om, is na invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) onderbelicht gebleven. De wetgever heeft hierover geen duidelijk standpunt ingenomen. Het is de vraag of dit bewust of onbewust is gebeurd. Het antwoord op deze vraag valt helaas niet eenduidig uit de parlementaire geschiedenis van de WWZ op te maken, maar het lijkt erop dat de wetgever heeft gekozen voor een exclusief stelsel met alleen een forfaitaire transitievergoeding en een billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen. Dit roept de vraag op of er binnen dit exclusieve stelsel nog wel ruimte is voor (optieschade)vergoedingen buiten het ontslagrecht om indien geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Om tot het antwoord op deze vraag te komen leg ik eerst in § 2 kort het optievervalbeding uit. Vervolgens ga ik in § 3 in op enkele praktische procesmoelijkheden wanneer de werkgever en de vennootschap die de opties¹ heeft toegekend niet dezelfde zijn. Daarna bewandel ik in § 4 de route naar optieschadevergoeding pre-WWZ. In § 5 bespreek ik het huidige vergoedingenlandschap waarbij ik ook optieschade binnen dit stelsel behandel. Ik vervolg in § 6 de route naar vergoeding post-WWZ buiten het ontslagrecht om. Tot slot sluit ik in § 7 af met een conclusie en wenk voor de praktijk.

2. Het optievervalbeding

Kort gezegd, krijgt de werknemer, wanneer opties worden toegekend, het recht om in de toekomst aandelen te kopen tegen een bepaalde prijs. De werknemer profiteert op die manier van de waardeverhoging van de aandelen in de onder-

neming. Opties maken op die wijze dus onderdeel uit van het remuneratiepakket, ook al vertegenwoordigen zij vaak een toekomstige onzekere waarde. De toekenning van de opties wordt doorgaans geregeld in een aparte optieovereenkomst (los van de arbeidsovereenkomst). De optieverlener en de werkgever zijn echter vaak niet dezelfde: de werknemer is dan in dienst van de werkgever en de optieverlener is dan de groot- of moedermaatschappij die de opties uitdeelt en ook de contractuele relatie en voorwaarden in dat verband met de werknemer aangaat.

Vaak worden optierechten voorwaardelijk toegekend waarbij de voorwaarde is dat de werknemer na datum van toekenning van de opties nog gedurende een bepaalde periode in dienst moet zijn voordat de opties kunnen worden uitgeoefend (zogenoemde *vesting period*). Deze voorwaardelijke toekenning gaat in de regel gepaard met een optievervalbeding. Dit is een contractueel beding op grond waarvan (een deel van) de opties vervallen indien het dienstverband van een werknemer voortijdig (dus voor het einde van de *vesting period*) wordt beëindigd. Het optievervalbeding maakt daarbij meestal onderscheid tussen neutrale en verwijtbare redenen voor ontslag en/of welke partij het initiatief tot beëindiging neemt (*Good Leaver of Bad Leaver*).

Opties kunnen als onderdeel van het remuneratiepakket een behoorlijke waarde vertegenwoordigen. In dat opzicht kan de vraag opkomen of de werknemer bij een voortijdige beëindiging van het dienstverband aanspraak heeft op een vergoeding voor gemist voordeel vanwege het mislopen van nog niet uitoefenbare maar wel verleende opties. Een deel van de aan werknemer voorgehouden beloning gaat dan immers in rook op. Is een optievervalbeding dan wel geldig?

¹ In het vervolg aangeduid als optieverlener.

De Hoge Raad kwam hierover (in zekere zin) te spreken in het Cicurel-arrest², waarover later meer.

3. Praktische procesmoeilijkheden op de weg naar vergoeding

Zoals gezegd, komt het in de praktijk geregeld voor dat niet de werkgever maar een andere partij de opties toekent aan de werknemer. Het kan dan ook nog zo zijn dat deze (groeps) vennootschap een buitenlandse vennootschap is. In de optieovereenkomst is dan in de regel een forum- en rechtskeuze gemaakt voor buitenlands recht. Dat is een procedurele hobbel als de werknemer de opties wil betrekken bij een in Nederland naar Nederlands recht te voeren (ontbindings) procedure en een daarin te vorderen (ontbindings)vergoeding. Dit probleem speelt vooral wanneer de werknemer nakoming van de optieovereenkomst of vernietiging van het optievervalbeding wenst te bewerkstelligen. Dan zal in principe de optieverlener moeten worden aangesproken.³ Naast deze procedurele hobbel is er in het geval van een buitenlandse vennootschap als optieverlener vaak ook een keuze gemaakt voor buitenlands recht waardoor de optieovereenkomst – en dus het optievervalbeding – worden beheerst. Om deze rechts- en forumkeuze⁴ te omzeilen zal de verhouding met de rechtspersoon die de opties heeft toegekend, moeten worden gelinkt aan de arbeidsovereenkomst.

Een mogelijkheid om die hobbel te nemen is vereenzelving waardoor als het ware door de vennootschapsgrenzen heen wordt geprikt en optieverlener en werkgever als één moeten worden gezien. Voor vereenzelving bestaat echter nauwelijks ruimte.⁵ De Hoge Raad heeft vereenzelving zelfs maar één keer aangenomen in een geval waarin sprake was van misbruik van identiteitsverschil tussen twee vennootschappen.⁶ In de zaak Exact/Schipperus oordeelde de kantonrechter Delft echter dat vereenzelving wel degelijk mogelijk is, namelijk op basis van de bewoording van het optieplan.⁷ Meer specifiek leidt de kantonrechter uit *'Should the employment agreement of the Employee with Exact Holding or one of its subsidiaries (...)'* af dat de holding in het optievervalbeding wordt vereenzelvigd met de werkmaatschappijen en daarmee de werkgever. Een beroep op het optievervalbeding achtte de kantonrechter onredelijk en dit kon dus via de vereenzelving aan optieverlener en werkgever worden tegengeworpen. Ik vraag me af of deze uitspraak juist is. Alleen de bewoording van een overeenkomst, zonder dat wordt gekeken naar de overige omstandigheden, is naar mijn idee niet voldoende voor vereenzelving. Praktisch is de

benadering van de kantonrechter overigens wel maar ik denk dat, wil ruimte zijn voor vereenzelving, vereist is dat er in de arbeidsovereenkomst specifiek naar de optierechten moet worden verwezen en bijvoorbeeld de optieovereenkomst als addendum moet worden aangehecht.

Het Europeesrechtelijke beloningsbegrip uit de zaak Defrenne I biedt wellicht nog een extra aanknopingspunt om de begrenzing tussen optieverlener⁸ en werkgever te omzeilen.⁹ Dit begrip ziet op alle huidige en toekomstige voordelen in geld of in natura, mits deze – direct of indirect – door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden betaald. Door het gebruik van het woord 'indirect' is verdedigbaar dat het niet uitmaakt of de werkgever of dus de optieverlener (vaak de moeder of grootmoeder) de opties heeft toegekend, waardoor dit zou kunnen worden betrokken bij de hoogte van de (ontbindings)vergoeding. Alhoewel de Hoge Raad geen volledige duidelijkheid geeft over de juridische grondslag van zijn oordeel, is het denkbaar dat hij zich in *Seminis*¹⁰ – waarover later meer – door de zaak Defrenne I heeft laten inspireren. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat het er om gaat of de optieovereenkomst samenhangt met het ontstaan, uitvoeren en beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Via die route maakt het onderscheid tussen optieverlener en werkgever dus niet langer uit. Dit lijkt mij overigens een gegeven wanneer de werkgever de opties in de moedermaatschappij heeft verstrekt¹¹ en de optieovereenkomst in de arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd dan wel daarnaar wordt verwezen.¹² Dat is hetzelfde argument wat tot vereenzelving kan leiden.

4. De route naar vergoeding pre-WWZ

Wanneer de hiervoor genoemde (procedurele) hobbels zijn genomen, dient te worden bepaald op welke grond de werknemer vergoeding van de geleden schade wenst te verkrijgen. Pre-WWZ waren hiervoor twee routes: de Cicurel-route en de *Seminis*-route. Voor ik inhoudelijk inga op beide routes, bespreek ik eerst het Baijings-arrest waarin de grenzen van de ontslagvergoeding (naar oud recht) zijn vastgesteld.

4.1 Baijings-leer

In het Baijings-arrest werd, kort gezegd, de vordering van Baijings tot schadevergoeding wegens kennelijke onredelijke beëindiging afgewezen. Deze vordering werd door Baijings

2 HR 12 juni 1998, «JAR» 1998/183 (*Cicurel/Alcatel*).

3 Rb. Arnhem 4 december 2006, «JAR» 2007/77.

4 Hier kunnen ook allerlei IPR-vraagstukken bij komen kijken. Ik ga daar in dit artikel niet op in en beperk mij tot de meer algemene mogelijkheden van vereenzelving/toerekening.

5 Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 15; L.G. Verburg, 'Het werkgeverschap in concernverband: transparantie gezocht', *ArbeidsRecht* 2001/5.

6 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996/213 (*Krijger/Citco*).

7 Ktr. Delft 25 januari 2001, «JAR» 2001/70 (*Exact/Schipperus*).

8 In dit artikel wordt met optieverlener de partij die de opties toekent aan de werknemer bedoeld.

9 HvJ EG 10 maart 1976, ECLI:EU:C:1976:39 (*Defrenne I*).

10 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896 (*Seminis*).

11 Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3952 (*QlikTech*).

12 Dit is geen hard vereiste. Zo overweegt de kantonrechter Arnhem dat de optieregeling deel uitmaakt van het arbeidsvoorwaardenpakket van de werknemer, alhoewel deze niet uitdrukkelijk is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Daarom geldt de optieregeling als een inkomenscomponent in de verhouding tussen werknemer en werkgever en kan dus worden betrokken bij de hoogte van de bepaling van de ontbindingsvergoeding. Zie Rb. Arnhem 4 december 2006, «JAR» 2007/77. Zie ook: R.P.J. ter Haseborg, 'De participerende manager: een investerende werknemer of een werkende investeerder?', *ArbeidsRecht* 2011/47.

ingesteld, nadat zijn arbeidsovereenkomst met Sarah Lee door de kantonrechter was ontbonden onder toekenning van een vergoeding. De kantonrechter had daarbij uitdrukkelijk geen rekening gehouden met de waarde van de door de beëindiging niet meer uit te oefenen rechten uit aandelenopties. Deze waarde werd door Baijings vervolgens in een aparte procedure op basis van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag gevorderd.¹³

Wanneer optieverlener en werkgever niet hetzelfde zijn, zal de werknemer de optieverlener alsnog als partij in het geding moeten betrekken of motiveren waarom de belangen van optieverlener en werkgever samenhangen en zij als eenzelfde partij moeten worden gezien

De Hoge Raad overwoog dat de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst, die zich kenmerkt door een stelsel van regels strekkende tot de bescherming van de positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever, meebrengt dat er voor een toetsing, buiten die regels om, aan de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts bij uitzondering en in beperkte mate ruimte bestaat. Voor de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW (oud) hield dat in dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op grond van lid 8 (oud) met het oog op de omstandigheden toekent, zodat voor een dergelijke toetsing naast de ontbindingsprocedure geen plaats is. Waarom kon de werknemer dan toch een aparte procedure voor optieschade beginnen? Het lijkt erop dat het zwaartepunt ligt in de vraag of de kantonrechter de optieschade al dan niet uitdrukkelijk heeft meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding. Indien dat niet het geval was, kon de optieschade in een aparte procedure worden gevorderd. Dit geldt, zo blijkt uit de jurisprudentie na Baijings, voor aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens het dienstverband, die betrekking hebben op de periode voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband houden met de (wijze) van beëindiging.¹⁴

4.2 Cicurel-route

De Cicurel-route is gebaseerd op een arrest van de Hoge Raad uit 1998.¹⁵ Volgt de werknemer deze route, dan opent de werknemer de aanval op het optievervalbeding. Het ging in het Cicurel-arrest om een werknemer (Cicurel) die in dienst was van het Franse Alcatel CIT en opties op aandelen

in Alcatel N.V., de Nederlandse topholding, toegekend had gekregen van Alcatel N.V. Op de arbeidsovereenkomst met Alcatel CIT is Frans recht van toepassing en Nederlands recht is van toepassing op de optieovereenkomst.

Alcatel CIT beëindigt op enig moment de arbeidsovereenkomst met Cicurel in Frankrijk. Eén van de gronden die Alcatel CIT voor de beëindiging aanvoert is kort gezegd dat Cicurel verwijtbaar zou hebben gehandeld. Cicurel vecht zijn ontslag aan. De Franse rechter oordeelt dat geen sprake is van een verwijt maar laat wel de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in stand onder toekenning van een ontslagvergoeding. De Franse rechter laat zich hierbij (terecht) niet uit over de opties en deze worden dan ook niet betrokken bij de hoogte van de ontslagvergoeding. Na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in Frankrijk vordert Cicurel voor de Nederlandse rechter van Alcatel N.V. (dus de optieverlener) primair nakoming van de optieovereenkomst en subsidiair op grond van art. 6:248 lid 2 BW vernietiging van het optievervalbeding en vervangende schadevergoeding.

In eerste aanleg wordt Cicurels vordering toegewezen. De rechtbank oordeelt dat Cicurel geen aanleiding tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft gegeven en inroeping van het optievervalbeding door Alcatel N.V. daarmee naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In appel ging het hof hier echter niet in mee. Het hof oordeelde dat de redelijkheid en billijkheid niet aan een beroep op het optievervalbeding in de weg staan. In cassatie klaagde Cicurel dat het hof niet is ingegaan op twee door hem aangevoerde gronden: (i) de nietigheid van het optievervalbeding en (ii) het niet vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde die het optievervalbeding is.

De Hoge Raad gaat (helaas) niet specifiek in op de geldigheid van het optievervalbeding en verwerpt het beroep van Cicurel, maar bevestigt in algemene zin dat contractuele afspraken onderworpen zijn aan de toets van art. 6:248 lid 2 BW.¹⁶ Dit geldt dus ook voor het optievervalbeding dat immers een contractuele afspraak is. A-G Spier gaat in zijn conclusie wél in op de vraag of een optievervalbeding geldig is. Spier concludeert voorzichtig dat *'zelfs waar het gaat om een beloning voor reeds verrichte prestaties niet zonder meer onaanvaardbaar is dat zij later (ten minste ten dele) komt te vervallen'*. Of de optieverlener een succesvol beroep op het optievervalbeding kan doen, is naar zijn idee echter een tweede en hangt af van de omstandigheden van het geval. Spier geeft hiervoor enkele handvatten:

- i. de prestaties waarvoor de opties zijn toegekend blijken later desastreuze gevolgen te hebben;
- ii. of sprake is van een wanverhouding tussen de werkzaamheden en de optierechten. Dit geldt voornamelijk wanneer de werknemer wordt ontslagen wegens een

¹³ HR 24 oktober 1997, «JAR» 1997/258 (Baijings/Mr. H.).

¹⁴ HR 1 maart 2002, «JAR» 2001/255 (TNO/Ter Meulen) en HR 1 maart 2002, «JAR» 2002/67 (Guérand/PTT).

¹⁵ HR 12 juni 1998, «JAR» 1998/183 (Cicurel/Alcatel).

¹⁶ Zie ook: F.B.J. Grapperhaus, 'Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?', *ArbeidsRecht* 2001/21.

- dringende reden, disfunctioneren of wanneer hij overstapt naar een concurrent;
- iii. of sprake is van een gunst;
- iv. of het ontslag op oneigenlijke gronden wordt verleend; en
- v. de wijze waarop het optievervalbeding is opgesteld.

In de beperkt beschikbare lagere rechtspraak en literatuur is daarna als volgt invulling aan *Cicurel* gegeven: (i) het optievervalbeding is in beginsel geldig, behoudens zware maatstaven ten aanzien van de onaanvaardbaarheid van een beroep daarop;¹⁷ (ii) hierbij kan een rol spelen of de werknemer aanleiding heeft gegeven tot het ontslag;¹⁸ en (iii) bij een niet aan de werknemer verwijtbaar ontslag kan het optievervalbeding niet zonder meer worden ingeroepen.¹⁹ Dit lijkt mij anno 2021 nog altijd een juiste zienswijze. Dit blijkt volgens mij uit de uitspraak in de zaak *Colliers*.²⁰ Hier ging het weliswaar om een bonusregeling waarin een vervalbeding was opgenomen, maar ook dat is een contractuele afspraak. De werknemer in de kwestie *Colliers* voerde aan dat hij geslachteerd zou zijn omdat een transactie voor hem een hoge bonus zou opleveren. Dat was volgens hem de werkelijke reden dat *Colliers* de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wilde verlenen zodat het vervalbeding in werking zou treden. Dit zou in strijd zijn geweest met de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW. Deze redenering wordt echter door het hof niet gevolgd omdat de werknemer kort gezegd van meet af aan wist waar hij voor tekende en er geen bijkomende omstandigheden waren die tot een andersluidend oordeel moesten leiden. Het is dus bepaald geen sinecure om een vervalbeding onderuit te halen.

Mocht de werknemer hier wel in slagen, dan kan de werknemer nakoming van de optieovereenkomst of schadevergoeding vorderen. Zoals hierboven is overwogen, is hiervoor vereist dat de begrenzing tussen optieverlener en werkgever (als deze verschillen) wordt doorbroken of dat optieverlener en werkgever beiden in de procedure worden betrokken: de werkgever kan immers de optieverlener niet dwingen tot nakoming.

4.3 *Seminis*-route

In plaats van het volgen van de *Cicurel*-route kon de werknemer er pre-WWZ ook voor kiezen om de optieschade bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de hoogte van de (ontbindings)vergoeding te betrekken. De Hoge Raad heeft deze mogelijkheid geboden in de kwestie *Seminis*.²¹ Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om een werknemer die sinds lange tijd in dienst is van SVS Holland B.V. Deze werknemer

wordt vervolgens gedetacheerd bij *Seminis Inc.*, de in de Verenigde Staten gevestigde moedermaatschappij van SVS Holland B.V. De werknemer krijgt zijn salaris van *Seminis Inc.* en krijgt daar ook opties toegekend. De voorwaarden van de opties zijn neergelegd in het *Seminis Stock Option Plan* dat losstaat van de arbeidsovereenkomst. Het optieplan kent een optievervalbeding: bij beëindiging 'without cause' zouden de opties die ten tijde van de beëindiging van het dienstverband al konden worden uitgeoefend 90 dagen na beëindiging vervallen. Opties die nog niet konden worden uitgeoefend zouden terstond bij beëindiging vervallen.

Wanneer *Seminis Inc.* de detachering beëindigt, verzoekt SVS Holland B.V. de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter honoreert dit verzoek en kent een ontbindingsvergoeding toe. Optieschade wordt buiten beschouwing gelaten. De kantonrechter overweegt daartoe dat de optieregeling expliciet met de moedermaatschappij is overeengekomen en niet met de Nederlandse werkgever. Om die reden ziet de kantonrechter onvoldoende aanleiding om SVS Holland B.V. als contractspartij aan te merken. De kantonrechter voegt daaraan wel toe dat het de werknemer vrijstaat *Seminis Inc.* zelf aan te spreken voor eventueel door hem te lijden optieschade.

Voor optieverleners en werkgevers is het dus van belang opties en arbeidsrelatie zoveel mogelijk gescheiden te houden

De werknemer is het niet eens met de kantonrechter en spreekt in een aparte procedure SVS Holland B.V. aan tot vergoeding van de optieschade. De werknemer vangt echter bot en wordt niet-ontvankelijk verklaard. Het Hof oordeelt in hoger beroep dat SVS Holland B.V. verplicht was met de aan de werknemer toegekende optierechten rekening te houden en nu de aanspraak niet is meegenomen in de ontbindingsprocedure²² deze naar redelijkheid en billijkheid dient te worden beoordeeld. De Hoge Raad acht dit juist en dat is goed te begrijpen: kijken we naar de feitelijke omstandigheden in *Seminis* (detachering naar de optieverlener, de optieverlener betaalde het salaris) dan rechtvaardigen die toerekening/vereniging. Ook acht de Hoge Raad, onder verwijzing naar het *Baijings*-arrest, de werknemer ontvankelijk in deze procedure die naast de ontbindingsprocedure werd gevoerd omdat de optieschade uitdrukkelijk buiten beschouwing was gelaten in de ontbindingsprocedure.

5. Vergoedingenlandschap post-WWZ

De invoering van de WWZ heeft het vergoedingenlandschap drastisch veranderd. De vergoedingssystematiek is beperkt tot twee soorten ontslagvergoedingen: de transitievergoe-

17 Ktr. Amsterdam 10 augustus 2009, «JAR» 2009/257 (*Brunel*).

18 Rb. Noord-Holland 17 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:3639 (*Global Collect*).

19 L.G. Verburg, 'Variabele beloning', in: J.M. van Slooten c.s., *Beloning in Beweging: congresbundel Nationaal Arbeidsrechtcongres 2010*, Den Haag: Sdu uitgevers, p. 53.

20 Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3759 (*Colliers International*).

21 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896 (*Seminis*).

22 Waarbij relevant is dat tegen de ontbindingsbeschikking destijds (voor de WWZ) geen hoger beroep open stond.

ding (art. 7:673-673d BW) en de billijke vergoeding (art. 7:681 en 7:683 BW).

Het doel van de transitievergoeding is: (i) financiële compensatie voor de gevolgen van het ontslag en (ii) budget om de overgang naar een nieuwe baan te vergemakkelijken. Een aanzienlijke versmalling ten opzichte van de oude ontbindingsvergoeding, waarin alle ook aan de beëindiging te relateren elementen waren vervat. De wetgever heeft ervoor gekozen opties niet mee te nemen in de begrotingsmaatstaf van de transitievergoeding. Wellicht dat de optieschade buiten beschouwing is gelaten door het onzekere karakter van opties. Opvallend is echter dat de winstuitkering wel onder de variabele looncomponenten valt, terwijl de hoogte toch ook onzeker is. Is het een gemiste kans dat optieschade buiten beschouwing is gelaten? Vanuit werknemersperspectief zeker niet. Wanneer de vergoeding voor optieschade expliciet onder de transitievergoeding zou vallen, dan dekt de maximale waarde van de transitievergoeding van (in 2021) €84.000 bruto of een jaarsalaris waarschijnlijk niet het verlies van de opties. Dit zou anders zijn als de optiewaarde mee moet worden genomen in het loon, zoals bij de gemiddelde bonus, maar ook dat is nu niet het geval. Verder verliest de werknemer dan ieder aanknopingspunt om te proberen de optieschade buiten het arbeidsrecht om te verkrijgen. Dat lijkt mij onwenselijk vanuit werknemersoogpunt.

De billijke vergoeding is alleen verschuldigd wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever tenzij het om een statutair bestuurder gaat.²³ Dit handelen of nalaten moet vervolgens hebben geleid tot totstandkoming van de redelijke ontslaggrond waarop het ontslag is gebaseerd. Uit eerder onderzoek bleek dat rechters het ernstig verwijtbaarheids criterium als ‘muizengaatje’ (en inmiddels als ‘konijnenhol’) hanteren.²⁴ Kortom, alleen in uitzonderlijke omstandigheden komt de werknemer een billijke vergoeding toe. In *New Hairstyle*²⁵ heeft de Hoge Raad bepaald dat de gevolgen van het ontslag, ondanks dat deze zijn verdisconteerd in de transitievergoeding, mogen meetellen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Uit de parlementaire geschiedenis²⁶ hierover kan volgens de Hoge Raad namelijk niet worden afgeleid dat het stelsel van de wet zich hiertegen verzet. Wél is dan vereist dat de gevolgen van het ontslag zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken ernstige verwijt. Voor wat betreft de begrotingsmethodiek geeft de Hoge Raad enkele handvatten, waarvan voor optieschade de inkomensderving het meest relevante handvat lijkt.²⁷

6. De route naar vergoeding post-WWZ

Wat is nu het effect van het hiervoor geschetste vergoedingenlandschap post-WWZ op de mogelijkheid tot het vorderen van optieschade buiten het ontslagrecht om? De gevolgen van het ontslag worden in principe geacht te zijn verdisconteerd in de transitievergoeding. De redelijkheid en billijkheid spelen alleen nog een rol wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.²⁸ Het probleem is dat wanneer geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, er een gat ontstaat ten opzichte van de pre-WWZ-verhouding. Daar speelde dit vereiste immers geen rol. Daar ga ik later in deze paragraaf op in.

Als de drempel van ernstige verwijtbaarheid wél wordt gehaald, is het meenemen van optieschade als inkomensderving bij de billijke vergoeding zeker mogelijk. Een interessante discussie is of de optieschade in voldoende causaal verband staat met de ernstige verwijtbare gedraging van de werkgever. Het optievervalbeding is immers een contractuele afspraak die in werking treedt los van het gedrag van de werkgever. Dit is denk ik toch vooral een semantische discussie wanneer de link tussen het ernstig verwijtbaar handelen en de ontslaggrond valt te maken. Het ontslag betekent intreden van het optievervalbeding. Dit lijkt mij voldoende causaal verband. Een relevante vraag daarbij is overigens wat de berekeningswijze bij de optieschade moet zijn. Op grond van art. 6:105 BW kan immers ook toekomstige schade worden meegenomen. Hierbij wordt dan gekeken naar goede en kwade kansen. In dat opzicht dient rekening te worden gehouden met het standpunt van de Hoge Raad dat de billijke vergoeding ex nunc dient te worden beoordeeld.²⁹ Dit betekent dat de schade na het ontslag ook moet worden meegenomen. Dat kan gevolgen hebben voor de vesting van de opties, de waarde hiervan en dus de mate waarin de schade wordt vergoed. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om hier dieper op in te gaan maar denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een werknemer niet goed functioneert maar er geen voldragen d- grond is en de werkgever de werknemer desalniettemin zonder verbeterkans ontslaat. Ik denk dat het dan verdedigbaar is dat voor de optieschade wordt gekeken naar hoe lang een verbetertraject zou hebben geduurd en of er dan meer opties zouden zijn gevest en tegen welke prijs.

Er is als gezegd geen duidelijke oplossing wanneer het handelen (of nalaten) van de werkgever niet als ernstig verwijtbaar kwalificeert maar hier wel tegenaan schurkt. Is dit hiaat de bedoeling van de wetgever of heeft de wetgever hier gewoonweg geen oog voor gehad? Ik denk dat laatste, nu er wel meer weeffouten bij toepassing van de Baijings-leer en de huidige systematiek zijn te ontdekken. Ik geef een voorbeeld dat ziet op het verschil in behandeling wanneer de

23 Art. 7:682 lid 3 BW.

24 J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulp, *Rapport Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de WWZ*, HSI 20 december 2017, p. 25.

25 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 61 en nr. 7, p. 81.

27 Uit lagere rechtspraak na *New Hairstyle* blijkt dat kantonrechters zich in het algemeen met name door dit gezichtspunt laten leiden. Zie o.a.: Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726; Rb. Noord-Nederland 17 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

28 Kortom: een nog exclusiever vergoedingenstelsel. Zie ook: Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, § 8.5.4, verwijzend naar de oratie van Sagel: *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie UL) 5 september 2014, p. 17.

29 HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/106, m.nt. N.T. Dempsey.

werknemer zelf ontslag neemt en wanneer de werknemer om ontbinding verzoekt. In dat laatste geval kan, wederom indien wordt voldaan aan de drempel van ernstig verwijtbaarheid, de werknemer aanspraak maken op een billijke vergoeding. In dat eerste geval niet en volgens de kantonrechter Eindhoven is er dan ook geen ruimte voor art. 7:611 BW, juist omdat om ontbinding had kunnen worden gevraagd. De kantonrechter ging hiermee voorbij aan de omstandigheid dat werknemers soms een ontbindingsprocedure helemaal niet kunnen afwachten.³⁰ Wat daar verder van zij, ook hier lijken dus toch wel duidelijk de weeffouten van de door de wetgever beoogde hard and fast rules naar boven te komen.

Ik kan mij dus niet voorstellen dat de wetgever er daadwerkelijk bij heeft stilgestaan dat de huidige systematiek tot onredelijke situaties kan leiden wanneer weliswaar geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid maar wel van handelen dat hier toch verdacht veel weg van heeft. In dat opzicht zouden er dus meer mogelijkheden moeten zijn voor een vordering buiten het ontslagrecht om op basis van de Cicurel-route waarbij dus wordt geprobeerd het optievervalbeding buiten werking te stellen. Maar zijn deze opties er in de praktijk ook? Ik bespreek hieronder de mogelijkheden.

6.1 Goed werkgeverschap (art. 7:611 BW)

Een vordering op grond van art. 7:611 BW is vanwege het exclusieve karakter van het vergoedingensysteem alleen mogelijk voor zover het slechte werkgeverschap: (i) niet heeft bijgedragen aan het ontstaan van de gehanteerde ontbindingsgrond en (ii) geen betrekking heeft op de gevolgen van het ontslag. Ondanks het initiële enthousiasme van Sagel en anderen³¹ dat het huidige recht meer ruimte zou bieden voor vorderingen buiten het arbeidsrecht om, blijken dit hoge drempels en lijkt de door betoogde *revival* van vorderingen op grond van art. 7:611 BW in de praktijk dan ook mee te vallen. Er lijkt immers sprake te moeten zijn van een ander feitencomplex dat niet betrekking heeft op gevolgen van het ontslag, wil een vordering op grond van art. 7:611 BW kunnen slagen. De wetgever heeft mogelijkheden voor een ontslagvergoeding immers beperkt tot de transitievergoeding en

de billijke vergoeding. Die regeling is in mijn visie toch echt uitputtend.³²

Als het ontslag op oneigenlijke gronden heeft plaatsgevonden, zou dit tot een succesvolle vernietiging van het optievervalbeding kunnen leiden

Ik denk dat de stelling van Loonstra³³ dat er juist ruimte voor vergoeding buiten het arbeidsrecht om kan zijn indien hetzelfde feitencomplex wordt gehanteerd maar een andere juridische kwalificatie aan de schade ten grondslag ligt, hier uitkomst kan bieden. Dit standpunt is weliswaar ontwikkeld om de reikwijdte van Baijings te duiden onder het oude recht maar is wellicht in de huidige discussie onterecht onderbelicht gebleven. In het huidige vergoedingenslandschap speelt de redelijkheid immers geen rol bij de juridische kwalificatie van de transitievergoeding en voor de billijke vergoeding slechts nadat aan het criterium van ernstige verwijtbaarheid is voldaan. Dat is anders bij een vordering op grond van art. 7:611 BW waar juist de redelijkheid de juridische kwalificatie is. Wanneer we de redenering van Loonstra doortrekken zou dat dus betekenen dat er in dat opzicht meer ruimte is voor art. 7:611 BW nu de huidige vergoedingensystematiek juist niet op redelijkheid is gestoeld.

In de rechtspraak sijpelen langzaam de eerste uitspraken binnen, met wisselend succes.³⁴ Vermeldenswaardig is Hamilton Bright³⁵ waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden toetsing van een onterecht gegeven ontslag op staande voet en het vervolgens intrekken hiervan aan art. 7:611 BW goedkeurt. Meer specifiek vindt het hof de grondslag in art. 7:611 BW in combinatie met art. 6:74 BW en art. 6:106 BW. Het hof kent een immateriële schadevergoeding van € 5.000 toe. Loesberg kan zich in zijn noot hierin vinden en ziet niet in waarom de vordering van de werknemer op grond van goed werkgeverschap niet (ook) de schade na of als gevolg van het feit dat Hamilton Bright de werknemer op staande voet heeft ontslagen zou kunnen betreffen. Uitgangspunt is immers volgens hem een cumulatie van vorderingen. Volgens Loesberg overweegt het hof ook terecht dat voor het antwoord op de vraag of Hamilton Bright zich als goed werkgever heeft gedragen bepalend is of zij een dringende reden had voor ontslag op

30 Ik doel hier op Ktr. Eindhoven 20 oktober 2020, «JAR» 2020/280, m.nt. T. Arntz. Piloten van Ryanair die naar mijn mening begrijpelijkerwijs zelf om opzegging vroegen omdat Ryanair verzocht de piloten mee te werken aan overplaatsing onder dreiging van ontslag. Piloten die met een vergelijkbaar feitencomplex om ontbinding vroegen, kregen wel een billijke vergoeding.

31 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie UL), 5 september 2014, p. 17. Zie onder meer ook A.G. Castermans & Y. Erkens, 'Uit de ban van Baijings: schadevergoeding' en de Wet Werk en Zekerheid, *NTBR* 2016/49. Zie verder ook R.A.A. Duk, 'Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat', *TRA* 2014/26. Overigens bestond er ook van meet af aan scepsis of er wel meer ruimte was voor een vergoeding op basis van goed werkgeverschap naast de transitievergoeding en billijke vergoeding. Zie: Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, § 8.5.4 en W.L. Roozendaal & W.H.A.C.M. Bouwens, *Hoofdlijnen Wet Werk en Zekerheid, inclusief geconsolideerde wettekst*, Deventer: Kluwer 2014, p. 37.

32 Zie ook K. Hakvoort & P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ; hoe goedkoop is verwijtbaar handelen voor de werkgever?', *TAP* 2015/5. De auteurs benadrukken dat het vooral zaak is voor de werknemer de feiten en omstandigheden waarop de 611-vordering wordt gebaseerd, te presenteren als feiten en omstandigheden die losstaan van de ontslaggrond. De wijze van het inkleden van de 611-vordering is derhalve van cruciaal belang voor de werknemer, aldus Hakvoort en Kruit.

33 C.J. Loonstra, 'De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van artikel 7:611 BW (het goed werkgeverschap)', *ARA* 2002/1.

34 Zie voor een afwijzing: Ktr. Alkmaar 2 mei 2018, «JAR» 2018/135 (*Stichting MagentaZorg*). Zie voor een toewijzing: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, «JAR» 2017/135 (*FHN*).

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 augustus 2020, «JAR» 2020/213, m.nt. E.M. Loesberg (*Hamilton Bright*).

staande voet. Gevoelsmatig kan ik mij vinden in deze variant op de Baijingsleer. Juridisch dogmatisch vraag ik mij echter af of de wetgever het zo heeft bedoeld nu hier immers het gebrek aan een geldige ontslaggrond leidt tot een beroep op art. 7:611 BW. Het hof komt hier de werknemer overigens daarbij aardig tegemoet nu er geen beroep meer openstond op de billijke vergoeding omdat hij al in het ontslag op staande voet had berust en de vervaltermijn was verstreken. Ik denk niet dat het omzeilen van de vervaltermijn het doel moet zijn, maar de toetsing aan art. 7:611 BW in combinatie met art. 6:74 BW biedt mijns inziens wél een opening.

Relevant is in dit opzicht ook nog altijd de conclusie van A-G Spier bij Cicurel en dan met name gezichtspunt IV waarmee wordt gekeken of het ontslag op oneigenlijke gronden heeft plaatsgevonden. Als dat zo is, zou dit tot een succesvolle vernietiging van het optievervalbeding kunnen leiden. Wat mij betreft zou dit gezichtspunt in samenhang met de stelling van Loonstra als uitgangspunt kunnen worden gehanteerd bij de vraag of een vordering op grond van art. 7:611 BW (in combinatie met art. 6:74 BW) buiten het ontslagrecht om mogelijk is.

6.2 Nakoming/redelijkheid en billijkheid (art. 6:23 BW/art. 6:248 lid 2 BW)

Een vordering op grond van nakoming ex art. 6:23 BW al dan niet in combinatie met art. 6:248 lid 2 BW is in feite de Cicurel-route. Art. 6:23 BW bepaalt, kort gezegd, dat wanneer de partij die bij de niet-ervulling van de voorwaarde belang had en vervolgens de vervulling heeft belet, de voorwaarde als niet vervuld geldt. Toegepast op het optievervalbeding betekent dit dat wanneer de optieverlener belang had bij de niet-ervulling van de voorwaarde (het in dienst zijn) en de inwerkingtreding van die voorwaarde belet, dan moet dus de voorwaarde ‘indien dienst zijn’ als vervuld gelden. Art. 6:23 BW lijkt een minder zware toets dan art. 6:248 BW: ‘indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen’ lijkt ruimer dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.³⁶ Interessant daarbij is dat goede trouw geen rol speelt. Ook in geval het doen intreden van het optievervalbeding te goeder trouw is gebeurd, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de werknemer daarvan niet het nadeel mag ondervinden. Een verwijt aan de kant van de werkgever lijkt dus, anders dan bij art. 6:248 BW, geen vereiste.

Art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:23 BW zijn echter geen goudmijn en kennen de eerder besproken (procedurele) hobbel van verschillende partijen, zo maakt het *Talpa*-arrest³⁷ van het Hof Arnhem-Leeuwarden duidelijk. Het ging hier om een werknemer die in eerste aanleg een billijke vergoeding kreeg toegewezen wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, Talpa. Hier werden de opties die de werknemer had verkregen in Talpa Holding betrokken. In hoger beroep kwam het Hof Arnhem-Leeuwarden echter tot het oordeel

dat geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid, met alle gevolgen van dien voor de billijke vergoeding en de optieschade. De werknemer stelde toen in incidenteel appel dat Talpa zou moeten nakomen op grond van art. 6:23 BW dan wel dat Talpa op grond van art. 6:248 lid 2 BW geen beroep op het optievervalbeding mocht doen. De werknemer koppelde hetzelfde feitencomplex aan zowel het verweer op de ontbindingsgronden als aan het beroep op art. 6:23 BW en art. 6:248 BW. Die vlieger gaat volgens het hof niet op. Het hof oordeelde, kort gezegd, dat het arbeidsrechtelijk kader voldoende ruimte biedt om de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid ten volle tot uitdrukking te laten komen in de hoogte van de transitie- en billijke vergoeding die de rechter kan toekennen. Nu art. 7:611 BW de arbeidsrechtelijke species van art. 6:248 BW is, zou deze argumentatie ook kunnen gelden voor vorderingen met als grondslag het goed werkgeverschap.

Vervolgens komt de procedurele hobbel eveneens tot uiting bij de vordering tot nakoming op grond van art. 6:23 BW en overigens ook art. 6:248 lid 2 BW. De optieverlener was in onderhavige zaak Talpa Holding terwijl slechts de werkgever, Talpa, werd aangesproken. De werknemer stelde vervolgens volgens het hof onvoldoende dat Talpa een belang had bij het optievervalbeding en deed ook geen beroep op vereenzelviging of op toerekening zoals in *Seminis* is geoordeeld. De werknemer krijgt dus het deksel op de neus. Het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt mij op dit punt goed te volgen. Wat in mijn visie klemt is het oordeel over hetzelfde feitencomplex. Dat lijkt een breuk met de Cicurel-route pre-WWZ. Ook hier zou echter mijns inziens de stelling van Loonstra kunnen worden gehanteerd, wederom in combinatie met de gezichtspuntencatalogus van A-G Spier. De juridische kwalificatie van art. 6:23 BW en art. 6:248 BW is immers anders dan die van het ontslagvergoedingenstelsel waardoor het dus niet zou hoeven uit te maken dat hetzelfde feitencomplex is gehanteerd. Indien deze lijn wordt gevolgd, is de Cicurelroute post-WWZ in wezen niet veranderd.

6.3 ‘Restvorderingen’: wanprestatie (art. 7:686 BW) en onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)

Biedt een vordering tot ontbinding op basis van art. 7:686 BW of op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW nog extra mogelijkheden? Eerst de ontbinding op grond van wanprestatie. Dit is altijd eigenlijk een beetje een ondergeschoven kindje.³⁸ Dat is wellicht niet geheel terecht zo laat het onder het oude recht gewezen arrest van de Hoge Raad in *Deuss/Motel* al zien.³⁹ In dit arrest introduceerde de nieuwe bedrijfsleiding van Motel Maatschappij Holland NV een dusdanig nieuw beleid dat geen ruimte bood aan langdurig aan de onderneming verbonden werknemers: deze vertrokken ‘vrijwillig’ of werden ziek. Werkneemster *Deuss*

38 Zie voor een uitgebreide beschouwing van art. 7:686 BW na de WWZ: C. van den Bor, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:686 BW’, *TRA* 2018/56, p. 3 t/m 8. Zie ook K. Hakvoort & P. Kruit, ‘(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ; hoe goedkoop is verwijtbaar handelen voor de werkgever’, *TAP* 2015/5.

39 HR 1 december 1989, *NJ* 1990/45 (*Deuss/Motel*).

36 *Idem*.

37 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9541 (*Talpa*).

was één van die werknemers en verzocht om ontbinding wegens wanprestatie op grond van art. 7:686 BW. De kantonrechter ging hiermee akkoord en Deuss startte een nieuwe procedure om schadevergoeding te vorderen. De Hoge Raad ging hierin ook mee en herstelde zo een weeffout in het oude recht. Die weeffout bestond eruit dat de kantonrechter geen billijkheidsvergoeding kon toekennen wanneer de werknemer zelf opzegde vanwege een dringende reden van de werkgever. Door te beslissen dat inderdaad de mogelijkheid moest bestaan om schade te kunnen vorderen wegens wanprestatie, ging de Hoge Raad zelf over tot reparatie. Hierin bestond met name aanleiding ingeval het gedrag van de werkgever erop is gericht de werknemer ertoe te brengen eigener beweging ontslag te nemen en waarin het voor de betrokken werknemer moeilijk is andere passende arbeid te vinden. In Dalle Vedove bevestigde de Hoge Raad deze leer nogmaals.⁴⁰

Kanttekening is dat de drempel van ernstige wanprestatie vergelijkbaar is met ernstige verwijtbaarheid en in dat opzicht dan ook de weg openstaat naar de billijke vergoeding. Dat art. 7:686 BW desalniettemin onder het huidige recht wel degelijk nog van belang is, bevestigt de uitspraak inzake Imtech.⁴¹ Hierin liet Imtech de werknemer niet meer toe tot de werkzaamheden omdat (na een doorstart bij faillissement) de nieuwe aandeelhouders van mening waren dat werknemer, kort gezegd, niet geschikt is als algemeen directeur van Imtech. Dit geeft Imtech geen recht de werknemer het werk waarvoor hij is geselecteerd en aangenomen te onthouden. De huidige aandeelhouders van Imtech hebben Imtech overgenomen met alle lopende verplichtingen waaronder de (net tot stand gekomen) arbeidsovereenkomst met werknemer. Het door Imtech aangehaalde feit dat de aandeelhouders voorafgaande aan de overname geen uitgebreid due-diligence-onderzoek naar de onderneming hebben kunnen uitvoeren, komt voor hun rekening en risico. Interessant is overigens ook dat de kantonrechter de link legt met schending van het goed werkgeverschap op grond van art. 7:611 BW. Het verzoek van de werknemer om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wordt toegekend op grond van art. 7:686 BW. De kantonrechter overweegt dat de overstap naar Imtech voor werknemer een salarisverbetering van € 50.000 per jaar zou betekenen. Vervolgens bepaalt de kantonrechter dat gelet op het vorige dienstverband een duur van acht jaar niet onrealistisch is. De kantonrechter begroot de schade van werknemer op € 400.000.

De vraag is overigens of de Victoria-beschikking⁴² roet in het eten heeft gegooid voor het belang van art. 7:686 BW. Hierin overweegt de Hoge Raad dat bij ontbinding op grond van art. 7:686 BW geen recht op transitievergoeding bestaat. Een werknemer die optieschade leidt, verkrijgt dan

mogelijk die optieschade en zou dan zijn aanspraak op de transitievergoeding verliezen. Dat maakt een vordering op basis van art. 7:686 BW dan minder interessant. Ik ben echter met Houweling⁴³ van mening dat het oordeel van de Hoge Raad niet goed is te begrijpen. Als de werkgever succesvol ontbindt met een beroep op art. 7:686 BW is er namelijk via de voet van art. 7:673 lid 1 sub a onder 2 BW wel gewoon sprake van een transitievergoeding. Daarbij komt volgens mij dat de regels van Boek 6 BW gelden voor het begroten van de schadevergoeding (waaronder dus de optieschade) en dat dit dus in feite los moet staan van de vraag of recht is op een transitievergoeding. Ik denk dat de zaak Imtech wel degelijk laat zien dat art. 7:686 BW kansen biedt voor de optieverliezer. Denk aan de situatie dat de werkgever bewust aanstuurt op een ontslag maar alvast te kennen geeft de opties die zijn gevestigd niet te zullen gaan uitbetalen. Of denk aan de situatie dat de leidinggevende een werknemer bewust dwarsboomt bij een promotie en de werkgever nog langer weigert het salaris uit te betalen. De werknemer zou wat mij betreft dan een beroep op art. 7:686 BW kunnen doen en schadevergoeding kunnen vorderen voor opties die hij misloopt doordat het optievervalbeding in werking treedt, alsmede de gemiste kans om opties verder te laten vesten als de werknemer wel promotie had gemaakt.

Tot slot een vergoeding op basis van onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft in het arrest *HAL/Van Werkhoven*⁴⁴ bepaald dat de enkele omstandigheid dat een bepaalde gedraging die wanprestatie in de contractuele relatie oplevert, niet verhindert dat tevens sprake is van een onrechtmatige daad. Denk hierbij ook aan misleiding zoals in de zaak *Pratt & Whitney*,⁴⁵ waar de werkgever bij de ontslagaanvraag bewust onjuiste informatie had verstrekt. De werknemers stelden de werkgever (onder meer) op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk en vorderden schadevergoeding. De werkgever stelde dat die vordering in strijd zou zijn met het gesloten stelsel van art. 1639s e.v. BW (oud) en wees hiervoor naar *HAL/Van Werkhoven*. De Hoge Raad oordeelde echter dat de in die artikelen genoemde regeling (alleen) uitputtend is wanneer het gaat om de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag en om de vraag of een daarop gebaseerde vordering toewijsbaar is. Kortom, het gesloten stelsel stond er niet aan in de weg dat in een geval van misleiding op grond van de onrechtmatige daad schadevergoeding werd gevorderd. Deze overweging kan mogelijk worden doorgetrokken naar het eveneens gesloten vergoedingensysteem onder de WWZ. Het blijft echter zo dat een onrechtmatige daad, denk ik, een zwaardere maatstaf is dan ernstig verwijtbaar handelen, voor zover dit al niet hetzelfde is. Hier is de wetgever heel duidelijk: is daarvan sprake, dan geldt aanspraak op een billijke vergoe-

40 HR 11 oktober 2002, «JAR» 2002/261 (*Van Maarschalkerwaard/Dalle Vedove*).

41 Rb. Rotterdam 9 december 2015, «JAR» 2016/29 (*Imtech*).

42 HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/73 (*Victoria*).

43 A.R. Houweling e.a. (red.), Loonstra & Zondag. *Arbeidsrechtelijke Thematika II*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 284.

44 HR 11 mei 1979, NJ 1979/441 (*Hal/Van Werkhoven*).

45 HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3818 (*Pratt/Whitney*).

ding. In dat opzicht hebben de arresten *Pratt & Whitney en HAL/Van Werkhoven* aan betekenis ingeboet.

7. Conclusie en wenk voor de praktijk

Een succesvolle vordering tot optieschadevergoeding is ook pre-WWZ nooit gemakkelijk geweest. Wanneer optieverlener en werkgever niet hetzelfde zijn, zal de werknemer de optieverlener alsnog als partij in het geding moeten betrekken dan wel motiveren waarom de belangen van optieverlener en werkgever samenhangen en zij op dit punt als eenzelfde partij moeten worden gezien.⁴⁶ Post-WWZ speelt *Seminis* hier nog altijd een rol waar de Hoge Raad overwoog dat de werkgever rekening moest houden bij het ontslag dat opties waren verleend door de optieverlener. Dit zou nog altijd als basis kunnen dienen om de grenzen tussen optieverlener en werkgever te doorbreken. Praktisch gezien moet de werknemer er dan wel aan denken dat voor een succesvolle vordering op basis van nakoming nog een extra stap nodig is: de beslissing in *Seminis* maakt volgens mij niet dat de werkgever de optieverlener tot nakoming kan dwingen.

**Ik zie een Cicurelroute 2.0 voor mij:
vernietiging van het optievervalbeding
gevolgd door een vordering op
grond van art. 7:611 BW al dan niet
in combinatie met art. 6:74 BW**

De kernvraag is echter wat de WWZ heeft betekend voor de exclusiviteit van het vergoedingstelsel. De wetgever zwijgt en de literatuur is niet eenduidig. Ik denk dat het vergoedingstelsel exclusiever is post-WWZ waarbij de wetgever tegelijkertijd hele duidelijke handvatten heeft meegegeven welke elementen de huidige vergoedingen omvatten en wat de vereisten zijn. Juridisch dogmatisch is dat het verschil pre- en post-WWZ. De crux zit hem dan volgens mij ook in de omstandigheid dat de exclusiviteit onder het oude recht beter te billijken viel omdat de oude vergoedingssystematiek heel duidelijk allesomvattend was. Dat is het huidige systeem niet, tenzij sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Die eis werd pre-WWZ niet gesteld. Dat sprake is van een lacune als niet wordt voldaan aan de vereisten voor een billijke vergoeding lijkt mij evident, maar dat is wel waar we het mee moeten doen en waar de wetgever nu eenmaal (al dan niet bewust) voor heeft gekozen. Ik vraag mij af of rechters in het geval van optieschade niet overgaan tot een doelredenering naar ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, maar de zaak *Talpa* laat vooralsnog zien dat dit niet het geval is. Dat betekent volgens mij echter niet dat er geen mogelijkheden zijn. Ik zie dan een Cicurelroute 2.0 voor mij: vernietiging van het optievervalbeding gevolgd

door een vordering op grond van art. 7:611 BW al dan niet in combinatie met art. 6:74 BW. De volgende stappen zouden dan naar mijn mening kunnen worden gezet:

1. Indien optieverlener en werkgever verschillen moet eerst deze drempel worden weggenomen met een beroep op vereenzelviging dan wel door de opties ‘toe te rekenen’ aan werkgever. Denk daarbij aan de volgende omstandigheden: wordt naar de opties verwezen in de arbeidsovereenkomst, keert de optieverlener salaris uit, is de werkgever betrokken bij het opstellen van het optieplan, communiceert alleen werkgever over het optieplan etc.
2. Vervolgens kan de aanval worden geopend op het optievervalbeding op grond van art. 6:248 lid 2 BW. Leidraad daarbij zijn de gezichtspunten van A-G Spier uit *Cicurel*.
3. Werknemers doen er voor de zekerheid goed aan de feitencomplexen zo veel mogelijk gescheiden te houden. Indien het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan het ontslag echter niet verschilt van de omstandigheden die zouden moeten leiden tot een vernietiging van het optievervalbeding, is dat volgens mij niet per se problematisch ondanks het gesloten vergoedingstelsel. Hier komt namelijk de stelling van Loonstra om de hoek kijken dat indien sprake is van een verschillende juridische grondslag een ander feitencomplex niet is vereist. Dat is mijns inziens het geval wanneer eerst vernietiging van het optievervalbeding wordt bewerkstelligd. Een vordering op basis van art. 7:611 BW al dan niet in combinatie met art. 6:74 BW zou mijns inziens dan moeten kunnen slagen.

Voor optieverleners en werkgevers is het dus van belang opties en arbeidsrelatie zo veel mogelijk gescheiden te houden. Dat zal in de praktijk lastig zijn, in ieder geval helpt het als de optieverlener alle correspondentie rondom de opties regelt en de arbeidsovereenkomst niet verwijst naar de opties. Desondanks liggen de kansen voor werkgever en optieverlener, denk ik, vooral bij het verweer tegen de vernietiging van het optievervalbeding. Het is daarbij zaak dat de werknemer goed weet waar hij voor tekent en dat hem dit bij aanvang door de optieverlener (en liever niet de werkgever in verband met mogelijke vereenzelviging) goed duidelijk wordt gemaakt. Strak vormgegeven optievervalbedingen die geen ruimte voor uitleg laten en duidelijk voorschrijven bij welk gedrag van de werknemer en in welke situaties het beding in werking treedt, zorgen ervoor dat de werknemer een flinke kluit aan de vernietiging heeft. Slaagt de werknemer niet in deze exercitie, dan gloort er denk ik weinig cash aan de horizon omdat er dan geen sprake meer is van verschillende juridische grondslagen. In dat geval rest slechts de fuik van het gesloten vergoedingstelsel.

Dit artikel is afgesloten op 20 januari 2021.

Over de auteur



Mr. C.L.C. (Claire) Reynaers
Advocaat Houthoff te Amsterdam

⁴⁶ Dat wil zeggen als de werknemer geen aparte procedure tegen de optieverlener wil starten. Met name als deze zich in het buitenland bevindt, zal dat ingewikkeld en kostbaar zijn wat de werknemer dan zal willen voorkomen.