

MR. J.A. GIMBRÈRE

# Opties

**P**ersoneelsopties staan in de belangstelling. De Hoge Raad heeft in de laatste jaren met betrekking tot personeelsopties een aantal interessante uitspraken gedaan. Die uitspraken hebben weer geleid tot commentaren in vaktijdschriften.<sup>1</sup> Zeer recent is ook de politiek geïnteresseerd geraakt in personeelsopties. De constatering in de pers dat het uitoefenen van personeelsopties (top)managers soms financieel gewin oplevert van honderdduizenden, tot zelfs meer dan een miljoen gulden op jaarbasis, deed vakbonden en bepaalde politieke stromingen in het geweer komen. Een Kamerlid opperde dat het wenselijk was om inkomsten op jaarbasis boven een bepaald bedrag voor 100% te belasten. De minister-president sprak van schaamteloze zelfverrijking. De vakbonden wezen erop dat van de gewone werknemer geen loonmatiging mag worden verwacht wanneer aan de top aan dergelijke verrijking wordt gedaan, waarbij als kennelijk belangrijk argument werd gegeven dat deze beloning in het afgelopen jaar gemiddeld veel sterker was gestegen dan het loon van de gewone werknemer.

Het onderwerp van mijn bijdrage aan dit nummer betreft de schade die de werknemer lijdt wanneer zijn opties vervallen, doordat zijn arbeidsovereenkomst door de rechter wordt ontbonden. De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat in de ontbindingsprocedure alle redelijkheidsgevolgen van de ontbinding moeten worden meegewogen en dus ook de gevolgen van het vervallen van opties. Mij dunkt dat op hierna aan te geven gronden de gevolgen van het mogelijk vervallen van opties buiten de ontbindingsprocedure dient te worden gehouden. Naar mijn mening dienen partijen, wanneer zij het gezamenlijk niet eens worden over die gevolgen, daarover een aparte procedure te voeren en wel een contentieuze procedure, dat wil zeggen een procedure met een volkomen andere inhoud en vorm dan de ontbindingsprocedure.

Alvorens daar nader op in te gaan, maak ik eerst enige algemene opmerkingen met betrekking tot

werknemersoptieregelingen, ontslag in het algemeen en de positie van de statutaire directeur terzake in het bijzonder.

## Werknemersoptieregelingen

Werkgevers zien een belang in het geven van aandelenopties aan werknemers, inclusief de directie, met een bepaalde looptijd. In de eerste plaats stimuleert dit de werknemers om hun beste beentje voor te zetten. Hoe beter de resultaten van een onderneming, hoe beter de koersontwikkeling van de aandelen op de beurs en hoe meer de opties te zijner tijd zullen opbrengen. Een belangrijk tweede argument is het bewerkstelligen van binding van de werknemer aan het bedrijf van de werkgever. Zeker in deze tijd van schaarste op de arbeidsmarkt hebben werkgevers behoefte aan uitgestelde beloningselementen om zodoende te voorkomen dat de werknemer (directeur) voor een kleine salarisverhoging naar een ander bedrijf vertrekt. In de praktijk zijn de optieregelingen dan ook zo opgesteld, dat tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid van het uitoefenen van opties doet vervallen. Dit geschiedt door in de regeling, die van toepassing wordt verklaard op het verlenen van de opties, een beding op te nemen inhoudende dat opties enkel kunnen worden uitgeoefend zolang de arbeidsovereenkomst tussen partijen nog bestaat. Vaak is een dergelijk 'optievervalbeding' gecombineerd met een regeling inhoudende dat de verstrekte opties pas kunnen worden uitgeoefend na verloop van een aantal jaren nadat zij zijn uitgegeven.

In dit artikel zie ik werknemersopties die onderhevig zijn aan een dergelijk optievervalbeding.

Hoe groot de waarde van de betreffende opties te zijner tijd zal zijn, is ten tijde van de beëindiging van het dienstverband nog onzeker. Als de beurskoers van de aandelen in de periode van de looptijd van de optie niet het niveau bereikt van de zogenaamde 'uitoefenprijs', dan zal achteraf vaststaan dat de betreffende optie nooit enige geldswaarde heeft vertegenwoordigd. (Dat kan op grond van een fiscale keuze van de werknemer voor hem schadelijke

## Opties

gevolgen hebben, maar de fiscale aspecten laat ik hier buiten beschouwing.)

Zelfs als de beurskoers in de looptijd van de optie wel boven de uitoefenprijs komt, is nog niet zeker welk voordeel de werknemer door het einde van de arbeidsovereenkomst is misgelopen. Dat hangt immers af van het later niet meer te bepalen moment dat de werknemer zijn optie had uitgeoefend en de daarmee verkregen aandelen te gelde had gemaakt (of het moment waarop hij een ter beurze verhandelbare optie had verkocht). De werknemer wiens dienstverband eindigt en die door het optievervalbeding zijn optierechten ziet vervallen, lijdt dus mogelijk schade.

### Ontslag

Werknemers die worden ontslagen, hebben de mogelijkheid de rechter om een billijke schadevergoeding te verzoeken. De werknemer, aan wie het dienstverband is opgezegd, kan op grond van artikel 7:681 BW op grond van kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding vorderen, terwijl de kantonrechter in een ontbindingsprocedure (artikel 7:685 BW) aan één van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding kan toekennen.

Wat de hoogte van deze vergoedingen betreft, geeft de wet geen ander aanknopingspunt dan dat deze billijk moet zijn. In de praktijk heeft de kring van kantonrechters een zogenaamde 'kantonrechtersformule' ontwikkeld, die in de ontbindingsprocedures wordt toegepast en die ook in de kennelijk onredelijke ontslagprocedures regelmatig wordt gevolgd. De aan de werknemer toe te kennen vergoeding is op grond van de formule afhankelijk van zijn leeftijd, van zijn beloning en van een zogenaamde 'correctiefactor', die ik verder onbesproken laat.

In de formule wordt rekening gehouden met het bruto maandsalaris van de werknemer, in ieder geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag en een vaste 13e maand. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen niet tot de beloning worden gerekend: het werkgeversaandeel pensioenpremie, tantième en een niet-structurele winstdeling.

Voor werknemers die in optieregelingen vallen is het de vraag of de optierechten beloning opleveren als bedoeld in de kantonrechtersformule. Daarvoor spreekt dat (afhankelijk van de koersen) de geldswaarde van de optieregeling een zeer substantieel van de totale arbeidsbeloning kan bedragen. Aan de andere kant kan worden tegengeworpen dat de toekomstige waarde van de opties door de koersschommelingen onzeker is, en daarmee niet 'vast' in de zin van de formule.

Ik zal hieronder bepleiten dat mogelijke optieschade niet in de ontbindingsvergoeding wordt verdisconteerd. Ik realiseer mij heel goed dat de schade voor een werknemer in geval van het verlies van opties heel groot kan zijn. Ik zie echter doorslaggevende argumenten om het inkomen uit opties anders te behandelen dan het inkomen op grond van het maandelijks salaris.

Het salaris betreft een vooraf – voordat de prestatie is geleverd – overeengekomen beloning voor het verrichten van de arbeid. Normaal gesproken gaat het om vaste maandelijks bedragen, op grond waarvan werknemers hun vaste maandelijks uitgaven doen en hun reguliere verplichtingen aangaan. Het ligt in de rede in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst enige compensatie te geven voor het wegvallen van dit vaste inkomen, om zodoende de werknemer in de gelegenheid te stellen gedurende enige tijd zijn vaste verplichtingen te kunnen en blijven nakomen, in afwachting van het genereren van nieuw inkomen.

Opties zijn normaal gesproken een beloning van de werkgever die achteraf wordt gegeven, wanneer de arbeidsprestatie die daartegenover staat al is geleverd. Op het moment dat de werkgever de opties verleende, was hij daartoe niet verplicht. De werknemer was ook niet verplicht de opties (met het daaraan verbonden optievervalbeding) te aanvaarden. De opties zijn een 'extraatje'. Het geven van een vergoeding voor het wegvallen van een extraatje gaat naar mijn gevoel aanzienlijk verder dan het geven van een vergoeding voor het wegvallen van het voor het dagelijks levensonderhoud noodzakelijke vaste inkomen.

Mijn belangrijkste argument om het loon en de opties in de ontbindingsprocedure niet over een kam te scheren is echter dat de ontbindingsprocedure naar zijn aard een spoedeisende procedure is met weinig juridische waarborgen en zonder de mogelijkheid van hoger beroep. Het lijkt mij niet profijtelijk om in die procedure kwesties bindend te doen beslissen, die ook middels een andere procedure zouden kunnen worden beslist. Omdat optierechten geen 'gewoon' loon zijn, kunnen partijen een normale contentieuze procedure voeren, met alle waarborgen van dien, met betrekking tot de vraag of de opties inderdaad zijn vervallen en eventueel wat daarvan de consequenties zouden moeten zijn.

### Intermezzo: positie statutair directeur

Ten deze verschilt de positie van de statutair directeur niet wezenlijk van die van andere werknemers: 1 als zijn arbeidsovereenkomst wordt opgezegd staat hem de procedure op grond van kennelijk onre-

## Opties

delijk ontslag ten dienste om een billijke vergoeding te vragen (artikel 7:681 BW);

- 2 als de werkgever of de directeur ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt, geeft dat de rechtbank de mogelijkheid ten gunste van de directeur een vergoeding naar billijkheid te bepalen (artikel 7:685 lid 8 BW).

Ik ga ervan uit dat de schadeloosstelling naar billijkheid grosso modo op grond van beide procedures dezelfde zal zijn. Het zou te ver voeren in het kader van dit artikel de mogelijke verschillen in beide grondslagen verder uit te diepen. De 'gewone' werknemer zal vaker te maken krijgen met procedure 2 dan met procedure 1, terwijl voor de statutair directeur vaker procedure 1 dan procedure 2 van toepassing zal zijn.

### Het Cicurel-arrest van de Hoge Raad<sup>2</sup>

Cicurel was in dienst van Alcatel in een directiefunctie bij een dochtervennootschap. Op een gegeven moment probeerde hij de indruk te wekken dat hij een drietal adjunct-directeuren had benoemd door middel van geantedateerde notities. Alcatel ontsloeg Cicurel op grond van *'fautes graves'*.

De Franse rechter oordeelde dat er van *'fautes graves'* geen sprake was, maar maakte het ontslag niet ongedaan vanwege de inmiddels ontstane vertrouwensbreuk. Cicurel kreeg ten laste van Alcatel een schadevergoeding. Vervolgens dagvaardde Cicurel Alcatel N.V. te Amsterdam, stellende dat het optievervalbeding als niet vervuld of nietig zou moeten worden beschouwd, dan wel dat hem schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad toekwam. Rechtbank en Hof oordeelden dat het tegenwerpen van het optievervalbeding aan Cicurel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (de toetsing ex artikel 6:248 lid 2 BW), maar kwamen tot de conclusie dat in dit geval het optievervalbeding weldegelijk aan Cicurel kon worden tegengeworpen, kort gezegd omdat ook Cicurel door zijn gedrag aan het ontslag had bijgedragen en wel omdat hij in strijd had gehandeld met de integriteit en loyaliteit die van een president-directeur van een dochteronderneming mocht worden verwacht.

Op deze procedurele gang van zaken heb ik niets aan te merken en in de door mij bekeken literatuur heb ik geen kritiek daarop gevonden. Los van de (in Frankrijk gevoerde) procedure met betrekking tot het einde van de arbeidsovereenkomst en de passende schadeloosstelling terzake voerden partijen een contentieuze procedure met betrekking tot de vraag of onder de betreffende omstandigheden het optiever-

valbeding wel of niet aan Cicurel kon worden tegengeworpen. (De kwestie met betrekking tot het onrechtmatige ontslag, en de eventuele gevolgen daarvan, laat ik korthedshalve buiten beschouwing.)

De rechter deed in een procedure, waarin de bewijsregels gelden en waarin hoger beroep en cassatie zijn toegelaten, een toetsing die in het kader van een dergelijke procedure thuishoort: was het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar het beding aan de andere partij tegen te werpen?

Ik merk in dit verband op dat het naar mijn mening geen gemis is als de Franse rechter bij de bepaling van de schadeloosstelling, die hij aan Cicurel toekende, de kwestie van de opties geheel buiten beschouwing zou hebben gelaten. Immers, ofwel in de Nederlandse procedure zou later worden vastgesteld dat het optievervalbeding niet aan Cicurel kon worden tegengeworpen, in welk geval er geen schade en dus ook geen reden voor vergoeding zou zijn, ofwel het beding zou naar redelijkheid wel aan Cicurel kunnen worden tegengeworpen, maar ook dan is er in redelijkheid geen aanleiding voor schadevergoeding.

Op basis van Cicurel is wellicht de mening gerechtvaardigd dat de eventuele consequenties voor de optieovereenkomsten (het optievervalbeding) van een ontbinding niet in de ontbindingsprocedure thuishoren, maar in een contentieuze procedure.

### De andere weg

In een aantal arresten koos de Hoge Raad voor een andere weg, waarschijnlijk op grond van overwegingen van proceseconomie.

Het begon met het arrest van de Hoge Raad inzake Bayings.<sup>3</sup> Het was de zaak Bayings, president-directeur van een Douwe Egberts-dochter, contra Sara Lee. Sara Lee vroeg ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bayings bepleitte dat de kantonrechter bij de bepaling van een billijke vergoeding rekening diende te houden met zijn optiesituatie. Bayings stelde zich ten overstaan van de kantonrechter op het standpunt dat Sara Lee in strijd met de goede trouw zou handelen indien zij zich zou beroepen op het optievervalbeding. De kantonrechter hield geen rekening met de optiesituatie, omdat de ontbindingsprocedure zich daarvoor niet zou lenen. Hij overwoog dat dit vanzelfsprekend onverlet liet dat Bayings hieromtrent een afzonderlijke procedure zou beginnen.

Mij dunkt dat de kantonrechter gelijk had. Hij had als extra argument in zijn beschikking kunnen hantieren dat de stelling van Bayings dat Sara Lee in strijd met de goede trouw zou handelen door hem aan het

## Opties

optievervalbeding te houden, in geval van juistheid juist meebracht dat Bayings geen schade zou lijden. Bayings zou dan in een contentieuze procedure kunnen laten vaststellen dat het optievervalbeding hem niet kon worden tegengeworpen, zodat hij de opties eenvoudigweg zou kunnen uitoefenen.

De Hoge Raad koos voor een geheel andere insteek. De Hoge Raad oordeelde:

*‘Voor wat betreft de – thans in artikel 7:685 BW neergelegde – regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, betekent dit 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 de voet van het achtste lid van het artikel, met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan één der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat er daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is.’*

Omdat Bayings door de kantonrechter ‘op het verkeerde been’ zou zijn geplaatst, werd hem echter de aparte procedure bij wijze van uitzondering toegestaan.

### Het arrest Tulkens/FNV<sup>4</sup>

De arbeidsovereenkomst van Tulkens was op zijn verzoek door de kantonrechter ontbonden en hem was een billijke vergoeding toegekend. Vervolgens startte Tulkens een contentieuze procedure tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, voorzover ten deze van belang wegens het onzorgvuldig handelen van het FNV (dus naar ik meen op grond van onrechtmatige daad). Kantonrechter en rechtbank lieten Tulkens toe tot het bewijs van het door hem gestelde onrechtmatig handelen van FNV. De rechtbank overwoog daarbij dat in beginsel geen verdere vergoeding aan de orde was ter zake van de feiten en omstandigheden waar de kantonrechter blijkens zijn beschikking rekening mee had gehouden. Tulkens vond dat niet terecht. Hij voerde aan dat de billijke vergoeding op grond van artikel 7:685 BW een geheel andere is dan de volledige schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank juist had beslist dat de door de kantonrechter gegeven billijke vergoeding een verdere vergoeding op basis van die feiten uitsluit.

### Tot slot het arrest van de Hoge Raad Intramco/Grotenhuis<sup>5</sup>

Ook hier gold een optievervalbeding tussen partijen en ook hier verzocht de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter te

Lelystad ontbond de arbeidsovereenkomst, kende een bruto vergoeding toe en kende Grotenhuis het recht toe om conform de optieovereenkomst gebruik te maken van de optieregeling. De werkgever vond, kort samengevat, dat hij ten onrechte werd afgetrokken van de terzake competente rechter (in een contentieuze procedure) en ging in hoger beroep en later cassatie, omdat hij meende dat fundamentele procesregels waren geschonden. De Hoge Raad had de zaak met een eenregelige beschikking kunnen afdoen, inhoudende dat zich hier niet een van de weinige situaties voordeed, waarin hoger beroep en cassatie tot de mogelijkheden behoren. Dat deed de Hoge Raad niet. De Hoge Raad herhaalde praktisch letterlijk de hiervoor geciteerde passage uit Bayings en gaf aan dat de kantonrechter terecht in de ontbindingsprocedure het verlies van de aandelenopties had meegewogen.

De kantonrechter leek de ontbindingsprocedure en de bevoegdheid om een schadevergoeding te bepalen te hebben verward met een procedure ten gronde over de mogelijkheid van uitoefening van de opties. Een van de cassatiemiddelen stelt dan ook aan de orde dat de kantonrechter een beslissing lijkt te hebben gegeven over de optieovereenkomst zelf (met andere woorden: op de stoel zou zijn gaan zitten van de contentieuze rechter). Daaromtrent oordeelt de Hoge Raad dat dit voor de beoordeling van het middel geen verschil maakt.

De consequentie is dat Intramco is veroordeeld tot het nakomen van de optieovereenkomst, zonder het optievervalbeding. Welwillende lezing van het vonnis van de kantonrechter is dat een schadevergoeding in natura aan de werkgever is opgelegd, die de werknemer in de positie brengt als ware er geen optievervalbeding. De werkgever is, om het onvriendelijk te zeggen, overgeleverd aan een alleensprekende rechter, in een procedure die meer op snelheid dan op zorgvuldigheid is toegesneden en waarin, zoals gememoreerd, de formele bewijsregels niet gelden en geen rechtsmiddelen mogelijk zijn.

### Analyse

De hiervoor genoemde arresten Bayings, Intramco en Tulkens brengen mij tot de conclusie dat de Hoge Raad alle gestelde feiten (en overeenkomsten) in het kader van de ontbindingsprocedure bindend en volledig wil laten toetsen en op geld waarden door de kantonrechter. De Hoge Raad overweegt met zoveel woorden, dat er daarnaast voor zodanige toetsing aan redelijkheid en billijkheid geen plaats is. Naar mijn mening levert dat bezwaren op. Eén bezwaar is dat partijen worden afgetrokken van de

## Opties

met meer waarborgen omklede contentieuze procedure. Ik ga er daarbij van uit dat de consequentie van het feit dat de billijkheidstoetsing dient plaats te vinden in de ontbindingsprocedure is, dat over dezelfde kwestie niet meer contentieus kan worden geprocedeerd. Het is immers niet goed denkbaar dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure een schadeloosstelling bepaalt, waarin als component is vervat een vorm van optieschade, terwijl vervolgens contentieus nog zou kunnen worden vastgesteld dat het optievervalbeding aan de werknemer niet kan worden tegengeworpen, zodat hij geen schade heeft. Cumulatie van beide procedures, met betrekking tot dezelfde vraag, moet in ieder geval worden voorkomen.

Hoe groot het nadeel van het verlies van dwingende bewijsregels, hoger beroep enzovoorts is en hoe zich dit nadeel verhoudt tot het voordeel van een snelle en voor partijen bindende uitspraak, zal eenieder voor zichzelf moeten afwegen. In dat verband wijs ik er wel op dat het genoemde nadeel zowel de werkgever als de werknemer kan treffen. De werknemer zal ongetwijfeld een voordeel zien in de mogelijkheid om een alleensprekend rechter ervan te overtuigen dat het ontslag door het verval van de opties enorme schade aan hem toebrengt. Hij zal de kantonrechter verzoeken terzake naar billijkheid een grote vergoeding te bepalen, liever dan contentieus te moeten procederen betreffende de vraag of handhaving van het vervalbeding naar eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Maar die werknemer moet ook bedenken dat de kantonrechter zou kunnen oordelen dat optieschade, bijvoorbeeld als zijnde een niet 'vast' deel van het inkomen, wat hem betreft niet voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl de kantonrechter in dit voorbeeld wel van oordeel is dat de werkgever in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst onredelijk heeft gehandeld. Een korte snelle klap is mooi als het goed uitpakt, maar onbevredigend voor de verliezer.

Moet uit de arresten van de Hoge Raad worden begrepen dat na een ontbindingsprocedure een contentieuze procedure over de onaanvaardbaarheid van het tegenwerpen van het optievervalbeding aan de werknemer nimmer meer mogelijk is? Wellicht is een dergelijke procedure toch nog mogelijk, wanneer de optiekwestie in de ontbindingsprocedure niet aan de orde is geweest. Die oplossing leidt echter ook tot problemen wanneer uit de beschikking van de kantonrechter niet blijkt of optieschade wel of niet door hem is meegewogen. De navolgende gang van zaken in een ontbindingsprocedure is niet irreëel. De werknemer schetst zijn optiepositie en de werkgever stelt

zich op het optievervalbeding te beroepen. De kantonrechter overweegt vervolgens dat, alle relevante feiten in aanmerking nemende, een bepaalde vergoeding gepast is. Als die vergoeding de werknemer tegenvalt, staat dan het vragen van nakoming van de optieovereenkomst nog open? Staat het de werknemer met andere woorden vrij te betogen dat inroeping van het beding naar eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, terwijl wellicht de kantonrechter met de optiesituatie al rekening heeft kunnen houden bij de billijke vergoeding?

Een vraag die zich ook aandient, betreft het geval dat de contentieuze procedure betreffende het optievervalbeding al aanhangig is ten tijde van de mondelinge behandeling (en later de uitspraak) in de ontbindingsprocedure. Stel dat, als reactie op een ontbindingsverzoekschrift, werknemer of werkgever een verklaring voor recht vraagt, of anderszins een contentieuze vordering instelt met betrekking tot de optieovereenkomst. Moet de rechter in de contentieuze procedure zich op het standpunt stellen dat een toetsing aan de redelijkheid van deze overeenkomst niet meer aan hem toekomt, omdat terzake een ontbindingsprocedure aanhangig is (of is geweest)? Ik wijs nog maar eens op de mogelijkheid dat uit de ontbindingsbeschikking niet blijkt of de optiekwestie de schadevergoeding heeft beïnvloed.

### De mogelijke consequenties op ander terrein

De Hoge Raad kon zich wel eens op een hellend vlak hebben begeven. Er zijn meer overeenkomsten denkbaar die worden beïnvloed door een gegeven ontslag (of regelingen die een soort derdenbeding inhouden en door de werknemer zijn geaccepteerd).

Als eerste voorbeeld geef ik het non-concurrentiebeding. Het lijkt geen grote stap om indachtig het Bayings-arrest te oordelen dat het bestaan van een non-concurrentiebeding de in billijkheid op te leggen vergoeding zou mogen beïnvloeden, in de woorden van de Hoge Raad zelfs zou *moeten* beïnvloeden. Het non-concurrentiebeding verkleint de kansen op het vinden van een nieuwe betrekking en de kantonrechter kan zich vrij voelen dat gegeven te vertalen in de schadeloosstelling op grond van artikel 7:685 lid 8 BW. Er wordt dan naar mijn mening miskend, dat ook ten aanzien van het non-concurrentiebeding geldt dat contentieus moet kunnen worden vastgesteld dat het naar eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het beding aan de werknemer wordt tegengeworpen (in welk geval er geen schade blijkt te zijn), dan wel dat het beding op grond van artikel 7:653 BW wordt beperkt, waarmee de schade

## Opties

achteraf geringer blijkt. Lid 4 van genoemd artikel biedt de kantonrechter in een contentieuze procedure de gelegenheid een redelijke vergoeding aan de werknemer toe te kennen, maar ook daarop zou in de ontbindingsprocedure dan al zijn gepreludeerd. Dit alles overziende lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd dat de aanwezigheid van een concurrentiebeding en de vraag of dit beding de werknemer wel of niet zal hinderen en of op grond daarvan een redelijke vergoeding op zijn plaats is, volledig buiten de ontbindingsprocedure moet worden gehouden, juist omdat daarover in een contentieuze procedure veel beter en met veel meer waarborgen kan worden beslist. Ik meen ook dat dit de heersende lijn in de jurisprudentie is. Als dat inderdaad zo is, vraag ik mij af waarom terzake van het optievervalbeding dan niet dezelfde consequentie wordt getrokken, die gehele kwestie simpelweg buiten de ontbindingsprocedure wordt gehouden en wordt verwezen naar een contentieuze procedure. In beide gevallen hebben wij het over een contractueel beding dat wordt beïnvloed door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Voor een beding in de arbeidsovereenkomst ter zake van terugbetaling van studiekosten geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. De kantonrechter in een ontbindingsprocedure die dat 'feit' een rol laat spelen in de hoogte van de te bepalen vergoeding, ontnemt partijen, volgens de Hoge Raad wellicht terecht, de mogelijkheid om daarover contentieus te procederen. Als de contentieuze procedure nog wel mogelijk is, zou de kantonrechter ten onrechte een voorschot nemen op de afloop van die procedure. De kantonrechter zou naar mijn mening in de ontbindingsprocedure moeten oordelen: ofwel het terugbetalingsbe-

ding kan in redelijkheid niet worden tegengeworpen, zodat er geen schade is, ofwel het beding kan in redelijkheid wel worden tegengeworpen, zodat er geen reden is voor een vergoeding naar billijkheid.

### Conclusie

De Hoge Raad is van oordeel dat mogelijke optieschade, gevolg van ontbinding van de arbeidsovereenkomst en het optievervalbeding, moet worden meegewogen in het kader van een ontbindingsprocedure. Ik vraag mij af of dat juist en gelukkig is. Het lijkt dogmatisch zuiver om het algemene overeenkomstenrecht (in de normaal voorziene contentieuze procedure) te laten gelden voor deze optieovereenkomst, zoals dit geldt voor alle andere overeenkomsten. Slechts voor de arbeidsovereenkomst en het beëindigen daarvan is op grond van artikel 7:685 BW een door de rechter naar billijkheid vast te stellen vergoeding op zijn plaats. Door partijen ter zake van de optiekwestie te verwijzen naar een contentieuze procedure ontstaat ook geen onbillijkheid: als de werkgever op schandelijke wijze het dienstverband heeft beëindigd, zal ongetwijfeld worden geoordeeld dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat dit beding aan de werknemer wordt tegengeworpen, waardoor de werknemer geen schade heeft, terwijl als het beding in redelijkheid wel kon worden tegengeworpen, deze schadelijke consequentie kennelijk niet onaanvaardbaar was en enige vergoeding dus niet op zijn plaats.

**Mr. J.A. Gimbrère is advocaat bij Trip Advocaten & Notarissen, Groningen.**

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, 'Schade in verband met opties: de schaamte voorbij?' in: *Arbeidsrecht* 1999, 11; F.B.J. Grapperhaus, 'Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?' in: *Arbeidsrecht* 2001, 4; G.C. Boot, 'Vergoeding van schade en optievervalbeding', in: *SMA* 2001, 6.

<sup>2</sup> HR 12 juni 1998, *JAR* 1998, 183.

<sup>3</sup> HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, *JAR* 1997, 248.

<sup>4</sup> HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644, *JAR* 1999, 73.

<sup>5</sup> HR 15 december 2000, *JAR* 2001, 14.