

Artikel

Arbeidsrechtelijke aspecten van participatieregelingen bij ontslag

mr. Youssef el Harchaoui en mr. Mathijs IJkhout*

1. Inleiding

‘Werknemers moeten meer loon én meedelen in winst van het bedrijf’, kopt *Trouw* op 15 september 2023.¹ Het CNV pleit als onderdeel van cao-onderhandelingen voor een loonsverhoging én de mogelijkheid voor werknemers om ‘aandeelhouder’ te worden van het bedrijf waar zij in dienst zijn. De boodschap is dat ook werknemers moeten profiteren van bedrijfswinsten. Het *Financieele Dagblad* schrijft verder op 16 februari 2024 dat onderzoek uitwijst dat bedrijven waar de CEO ook aandeelhouder is beter presteren, met als gevolg een stijging van de winstgevendheid en aandelenkoers.²

De participerende werknemer is geen nieuw fenomeen. Naast het aanbieden van loon en reguliere emolumenten kan de wens bestaan om het personeel en/of het management een extra ‘incentive’ te bieden om bij te dragen aan het succes van het bedrijf. In dat kader zijn er verschillende regelingen denkbaar die qua participatievorm onder meer afhangen van het doel en de doelgroep van de desbetreffende regeling en het type bedrijf.

Continuering van de participatie wordt in de regel afhankelijk gesteld van het in stand blijven van het dienstverband. Komt het dienstverband ten einde, dan betekent dat veelal ook dat de participatie afgewikkeld moet

worden. De wijze waarop dat gebeurt, is vervolgens afhankelijk van de redenen voor het eindigen van het dienstverband. Een en ander wordt in de praktijk in de participatieregeling uitgewerkt in zogenoemde ‘leaver provisions’. De kwalificatie als *leaver* en in het bijzonder het type *leaver* (*good of bad*), maar ook de timing van een dergelijke kwalificatie, kan nogal verschil maken voor de aanspraken van de werknemer onder de regeling. De toepassing en het effect van in het bijzonder de leaver-afspraken leidt daarom in de praktijk regelmatig tot discussies tussen de werkgever en de werknemer als het dienstverband eindigt of althans daartoe het voor-nemen bestaat.

Het is om die reden interessant stil te staan bij de arbeidsrechtelijke aspecten die een rol kunnen spelen bij de (wijze van) afwikkeling van de participatieregeling in de context van ontslag, zoals het gesloten ontslag- en vergoedingstelsel en het beginsel van goed werkgeverschap.³ Een en ander veronderstelt voldoende samenhang tussen de participatie en het dienstverband. Wij zullen daarom na een aantal algemene opmerkingen over de participatieregeling eerst uiteenzetten onder welke omstandigheden van een dergelijke samenhang volgens ons sprake is.

* Youssef el Harchaoui is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. Mathijs IJkhout is advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

1 www.trouw.nl/duurzaamheid-economie/werknemers-moeten-meer-loonen-meedelen-in-winst-van-het-bedrijf-stelt-vakbond-cnv-bdeb5a703/.

2 <https://fd.nl/bedrijfsleven/1507645/de-ceo-is-op-zijn-best-als-hij-gratis-aandelen-krijgt>

3 Wij beperken ons in dit artikel tot de participerende werknemer en richten ons dus niet op personen die op een andere basis (al dan niet via een persoonlijke vennootschap) diensten verrichten.

2. De verwevenheid van de participatie met het arbeidsrecht

2.1 De participatieregeling

Vanwege de verschillende mogelijke varianten is het niet eenvoudig een eenduidige definitie te geven van 'werknemersparticipatie'. In algemene zin kan worden gesteld dat sprake is van een belang in (of gekoppeld aan) het (aandelen)kapitaal van de werkgever of een daaraan gelieerde entiteit, welk belang in het kader van het dienstverband aan de werknemer is toegekend en op grond waarvan een werknemer (al dan niet onder voorwaarden) een financieel voordeel kan verkrijgen naast het reguliere salaris.

Elke participatieregeling heeft zijn eigen kenmerken en doelstellingen. Een overkoepelende doelstelling is dat de regeling beoogt de mate van betrokkenheid van de werknemer positief te beïnvloeden door het creëren van (verdergaande) *alignment of interest*. Dit kan zich materialiseren in (slechts) een financiële prikkel, maar, afhankelijk van het type plan, ook in een vorm van medezeggenschap over het te voeren beleid. Een ander veelvoorkomend (neven)doel is om de werknemer voor een langere periode aan de werkgever te binden. Dit kan bijvoorbeeld door als voorwaarde voor het geldend maken van rechten onder de participatieregeling te stellen dat de werknemer een bepaalde periode in dienst moet blijven en/of door de aanspraken in tranches over een bepaalde periode te laten opbouwen (het zogenoemde *vesten*). Vanzelfsprekend is het van groot belang dat de werkgever (samen met eventuele andere *stakeholders*) goed inzicht heeft in de doelstellingen bij het aanbieden van een participatieregeling en voldoende tijd neemt om dit goed te doordenken. Naast bedrijfsmatige overwegingen zullen hierbij ook juridische, financiële en fiscale aandachtspunten betrokken moeten worden. Een solide participatieplan vergt daarom een nauwe samenwerking tussen de werkgever en de verschillende betrokken adviseurs.

Klassieke voorbeelden van werknemersparticipatie zijn de bonusregeling, winstdelingsregeling, aandelenregeling en aandelenoptieregeling. Binnen deze regelingen zijn weer allerlei varianten mogelijk. In de kern zijn de verschillende participatieregelingen op te delen in twee 'typen' plannen: een '*cash based*' (uitkering in geld) plan of een '*share/equity based*' (uitkering in vermogensrechten) plan (of een combinatie daarvan). Ook is het mogelijk dat binnen een onderneming/groep meerdere regelingen naast elkaar bestaan, zoals bijvoorbeeld een *Short Term Incentive*-plan (STI) in de vorm van een bonusregeling voor kortetermijndoelstellingen (veelal '*cash based*') en een *Long Term Incentive*-plan (LTI) waarbij de doelstellingen meer toekomstgericht zijn en de aanspraken over een langere periode worden opgebouwd ('*cash en/of equity based*'). Naast de klassieke bonusre-

geling en winstdelingsregeling is de *Stock Appreciation Right* (SAR) regeling een populair voorbeeld van een '*cash based*'-plan. De bijzonderheid van de regeling is dat de participant geen (optie)recht krijgt op aandelen, maar er wel een koppeling wordt gemaakt met de ontwikkeling van de aandelenprijs doordat de uitkering onder de regeling afhankelijk is van de waardeinstijging (*appreciation*) van een bepaald aantal aandelen over een zekere periode. De werknemer heeft geen zeggenschap in de onderneming en loopt geen financiële risico's, maar profiteert financieel op een wijze vergelijkbaar met die van een aandeelhouder als de aandelenprijs stijgt. Zogenoemde *Phantom Shares* werken op een vergelijkbare manier, met als verschil dat naast de waardeontwikkeling van de 'spookaandelen' doorgaans ook recht op dividend bestaat. *Performance Stock Units* (PSUs) en *Restricted Stock Units* (RSUs) zijn voorbeelden van veelvoorkomende '*equity based*'-regelingen die een recht geven om in de toekomst (al dan niet in tranches) en mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan (vaak in ieder geval dat de werknemer nog in dienst is) aandelen (of certificaten van aandelen) in eigendom te verkrijgen.

Een bijzondere participatieregeling is de zogeheten '*carried en co-investment*' die gangbaar is bij private equity fondsstructuren. Bepaalde (senior) medewerkers participeren hierbij (al dan niet via een Stichting Administratiekantoor) in een zogenoemde '*carried entiteit*' en krijgen op basis van de fondsdocumentatie via deze *carried entiteit* kort gezegd een deel van de winst van het fonds. Dit gebeurt nadat eerst de investeerders hun inleg (*Capital Contributions*) en een bepaald rendement daarop (*Preferred Return*) (terug)krijgen. Met een relatief beperkte inleg is het mogelijk dat de teamleden bij een goed resultaat van het fonds een substantiële winstuitkering verkrijgen. Het doel van *carried* is dat de teamleden daarmee een incentive hebben om ervoor te zorgen dat het fonds goed presteert, omdat zij dan gerechtigd zijn tot een deel van de winst (*upside*). Naast de '*carried*' participatie kan sprake zijn van participatie via de '*co-investment entiteit*'.⁴ Hierbij wordt door de deelnemer mee geïnvesteerd op dezelfde voorwaarden als de andere investeerders in het fonds. De co-investering is bedoeld als duidelijke '*skin in the game*' om ervoor te zorgen dat de teamleden nog meer incentive hebben om te presteren en ook in slechtere tijden hun best blijven doen voor het fonds, omdat zij (een deel van) hun inleg

4 De *carried interest*- en *co-investeringsparticipatie* verlopen vaak indirect via entiteiten die door de beheerder zelf worden bestuurd of beheerd. De beheerder behoudt zo controle over hetgeen op het niveau van de beleggingsinstelling gebeurt. Zo kan de beheerder ook bij veranderingen in de samenstelling van zijn team de individuele gerechtigdheid van de teamleden tot de *carried interest*- en *co-investeringsparticipatie* intern herverdelen en daarmee adequaat adresseren. Zie hierover uitgebreid: I.J.W. Veldman & M.C. Maters, "The carried and the stick": verkenning naar gebruikelijke participatiestructuren voor teamleden van een beheerder van beleggingsinstellingen vanuit toezicht-, ondernemings- en civielrechtelijk perspectief, MvO 2017, afl. 7 en I.J.W. Veldman & M.C. Maters, "The carried and the stick revisited" Impact *carried* als verbintenisrechtelijk alternatief voor of aanvulling op de SFDR, de Taxonomieverordening en Level II Wijzigingen, FRP 2022, afl. 3.

kunnen verliezen (*downside*). Belangrijk is dat de co-investering niet te hoog is, omdat anders de teamleden risico-avers worden, maar ook niet te laag zodat het geen effect sorteert. De participatieafspraken worden vastgelegd in de ‘carried overeenkomst’ respectievelijk de ‘co-investeringsovereenkomst’. Die afspraken omvatten, onder meer, hoe met het belang wordt omgegaan wanneer de arbeidsovereenkomst van het teamlid wordt beëindigd.

Duidelijk is dat dé werknemersparticipatie niet bestaat. Een gemeenschappelijk kenmerk van de regelingen is doorgaans echter wel dat continuering van de participatie gekoppeld is aan het in stand blijven van het dienstverband en de participatieregeling als gezegd ‘leave’-afspraken omvat. Deze afspraken worden tot op zekere hoogte ingekleurd door het arbeidsrecht. Dit impliceert dat de betreffende participatieregeling binnen het domein van het arbeidsrecht valt. We zullen hierna stilstaan bij de overwegingen die een rol kunnen spelen bij de vraag of er inderdaad voldoende samenhang bestaat tussen de participatie en het dienstverband. Hierbij gaan we ook kort in op de relevantie van het investeringskarakter van regelingen zoals de ‘carried en co-investment’ en een *Management Incentive Plan* (MIP).⁵ In het vervolg van dit artikel zullen we de term ‘participatie’ als paraplueterm gebruiken zonder daarbij op een specifieke regeling te duiden, tenzij anders aangegeven.

2.2 Verhouding participatie en arbeidsovereenkomst

2.2.1 Participatie wel of geen arbeidsvoorwaarde

Om de participatie in de arbeidsrechtelijke context te betrekken, is allereerst relevant of sprake is van een arbeidsvoorwaarde. De arbeidsovereenkomst is over het algemeen de belangrijkste bron van arbeidsvoorwaarden zoals die tussen werkgever en werknemer gelden. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat als een bepaalde voorwaarde op een andere wijze is vastgelegd, zoals in een participatieovereenkomst, reeds om die reden geen sprake kan zijn van een arbeidsvoorwaarde.

De wet kent geen definitie van het begrip arbeidsvoorwaarde. In ieder geval geldt dat een instructie van de werkgever ex artikel 7:660 BW niet kwalificeert als arbeidsvoorwaarde. Van een arbeidsvoorwaarde is evenmin sprake in geval van een ‘gunst’ of een ‘extraatje’.⁶ Verder kan sprake zijn van de situatie dat een ‘extraatje’ onder omstandigheden vanwege het (bestendig) volgen

van een gedragslijn een ‘verworven recht’ wordt en daarmee alsnog kwalificeert als een arbeidsvoorwaarde. De Hoge Raad heeft met het FNV/Pontmeyer-arrest aan de hand van verschillende gezichtspunten richting gegeven bij de beoordeling of sprake is van een ‘verworven recht’.⁷

Het bovenstaande maakt duidelijk dat of sprake is van een arbeidsvoorwaarde of ‘vrijgevigheid’ van geval tot geval beoordeeld zal moeten worden op basis van de gemaakte (schriftelijke) afspraken (met inachtneming van de Haviltex-norm). Niet zelden wordt in de arbeidsovereenkomst overeengekomen dat de werknemer zal deelnemen in (en onder de voorwaarden van) de (groeps-) participatieregeling van de werkgever. In dat geval lijkt het duidelijk de bedoeling van partijen de participatie te kwalificeren als een arbeidsvoorwaarde. Hoewel de plaats van de gemaakte afspraken een indicatie kan vormen, gaat het er wat ons betreft uiteindelijk om wat de afspraken inhouden. Als de participatieregeling (i) duidelijk als een discretionaire regeling is aangemerkt; (ii) opgemerkt wordt dat toekenning in enig jaar geen rechten richting de toekomst oplevert; en (iii) deze boodschap regelmatig richting de participerende werknemer is herhaald, dan zal een werknemer er in beginsel niet gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat een arbeidsvoorwaarde is beoogd. Wordt op deze wijze gehandeld dan zou ook van een verworven recht op enig moment geen sprake kunnen zijn. Hierbij geldt dat enige onduidelijkheid over de aard van de participatieregeling (discretionair of arbeidsvoorwaarde) maar ook de uitvoering, voor rekening en risico komt van de werkgever nu de werkgever de pen voert.⁸ Al met al geldt dus dat de (standaard)bepaling in de participatieregeling dat de participatie geen onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst niet doorslaggevend hoeft te zijn; er zal naar alle omstandigheden moeten worden gekeken en naar hoe in de praktijk wordt gehandeld.

Is geen sprake van een arbeidsvoorwaarde, dan dienen de gemaakte afspraken (inclusief de mogelijkheid tot wijziging) en de rechten van de participant beoordeeld te worden aan de hand van het algemene contractenrecht. Dit betekent dus ook dat de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen (maar in beginsel niet over de band van art. 7:611 BW) en het onder meer relevant zal zijn of de rechten onder de participatieregeling volledig of voorwaardelijk discretionair zijn. Hier zullen we nader op ingaan in paragraaf 3.3. Dat geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde betekent niet dat het arbeidsrecht geen rol meer speelt. Als gezegd is de wijze van afwikkeling van de participatie in geval van het vertrek van een participant in de regel afhankelijk van de reden voor het vertrek waarbij een koppeling wordt gemaakt met arbeidsrechtelijke ontslaggronden. Of een dergelijke ontslaggrond zich voordoet zal met inachtneming van het arbeidsrecht beoordeeld moeten worden. Ook

5 Een *Management Incentive Plan* (MIP), ook wel een *Management Participation Plan* (MPP) genoemd, is een ander voorbeeld van een veelvoorkomende vorm van een participatieplan met (ook) een investeringskarakter. Een MIP wordt in de praktijk veelal opgezet in het kader van een aandelentransactie en betreft, kort gezegd, een participatievorm die het management in staat stelt om mee te investeren in de onderneming. Op die manier heeft het management een duidelijke stimulans om de waarde van de onderneming te laten stijgen en ontstaat er verdergaande belangenparalliteit tussen de (nieuwe) aandeelhouder(s) en het management.

6 Zie ook de conclusie van A-G Spier (ECLI:NL:PHR:1998:AG2229) voor HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229, onder 3.12 en J.P. Kroon, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:660 BW, aant. 3.

7 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976.

8 Rb. Amsterdam 11 maart 1999, 97C15367, JAR 2000/1.

kan het arbeidsrecht nog een rol spelen voor wat betreft de invloed van de participatie bij het bepalen van de hoogte van de transitievergoeding en het recht op en de hoogte van de billijke vergoeding.

2.2.2 Uit hoofde van de dienstbetrekking en concernverhoudingen

Los van de vraag of op basis van de gemaakte afspraken een arbeidsvoorwaarde of 'extraatje' is beoogd, is voor het verband van de participatie met het dienstverband ook van belang of sprake is van een 'beloning uit hoofde van de dienstbetrekking'. Hierbij is relevant om te kijken naar de definitie van het beloningsbegrip ex artikel 157 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) in combinatie met de overwegingen van het Europese Hof van Justitie in het Defrenne I-arrest. Hieruit volgt dat onder het begrip beloning moet worden verstaan: 'alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura die, zij het indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden betaald'.⁹

Dit roept allereerst de vraag op wanneer uitkeringen onder een participatieregeling 'uit hoofde van de dienstbetrekking' worden betaald. Indien sprake is van een arbeidsvoorwaarde zal daar over het algemeen al snel sprake van zijn. Is geen sprake van een arbeidsvoorwaarde, dan kunnen uitkeringen wat ons betreft nog steeds uit hoofde van de dienstbetrekking plaatsvinden. Bepalend zou volgens ons moeten zijn of, los van het werknemerschap, de participant in een andere hoedanigheid betrokken is bij de bedrijfsactiviteiten. Is dat niet zo, dan zullen (toekomstige) betalingen uit hoofde van de dienstbetrekking plaatsvinden. Er is immers geen andere grondslag aanwezig voor de betalingen dan de verrichte arbeid. Is wel sprake van een andere hoedanigheid naast het werknemerschap, dan wordt het ingewikkelder. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de hiervoor genoemde 'carried en co-investment' en MIP-regelingen. Hierbij geldt dat, met name ten aanzien van de co-investeringsovereenkomst en de MIP, de participant naast de pet van werknemer ook de pet van investeerder op heeft. Behaalde resultaten die leiden tot uitkeringen onder de participatieregeling zijn daarmee niet louter het gevolg van de arbeid, maar ook van de investering (waarbij bovendien een risico wordt gelopen op verlies van de investering). Het enkele feit dat de werknemer een investering heeft gedaan, maakt wat ons betreft niet dat daarmee geen sprake kan zijn van een 'beloning uit hoofde van de dienstbetrekking'. Dit zal wat ons betreft afhangen van de mate waarin de investering zich verhoudt tot het werknemerschap. Indien het investeringskarakter nadrukkelijk aanwezig is, dan zal het eerder voor de hand liggen dat geen sprake is van een beloning uit hoofde van de dienstbetrekking, dan indien dat niet het geval is. Zijn de voorwaarden van de investering bijvoorbeeld bijzonder gunstig vanwege het bestaan van het dienstverband – denk aan een fikse kor-

ting op de participatie voor werknemers of de potentiële *upside* afgezet tegen het relatief beperkte bedrag van de inleg – en wordt voor het overige vanwege de aard en inhoud van de regeling een verband gelegd met het dienstverband, dan lijkt de hoedanigheid van werknemer de boventoon te voeren. Zonder het werknemerschap zou de mogelijkheid tot investering onder de betreffende voorwaarden niet zijn geboden. Uitkeringen onder de participatie zijn dan voornamelijk een tegenprestatie voor de bedongen arbeid. Hoe meer risico de werknemer neemt met de investering vanwege de voorwaarden van de investering en de verhouding van de *downside* en *upside* van de investering in belang toeneemt ten opzichte van het reguliere salaris, hoe eerder het investeringskarakter volgens ons de boventoon voert en uitkeringen minder snel als 'beloning uit hoofde van de dienstbetrekking' zouden moeten kwalificeren.¹⁰

De volgende vraag die zich voordoet, is of alleen sprake kan zijn van loon indien de participatieregeling is aangegaan met de werkgever en betalingen door de werkgever plaatsvinden. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat geparticipeerd wordt in een regeling op groepsniveau of dat het object van de participatie niet samenvalt met de onderneming van de werkgever. Ook voor de beantwoording van deze vraag kan worden gewezen op artikel 157 VWEU en het Defrenne I-arrest. Hieruit volgt als gezegd dat het kan gaan om voordelen die *direct of indirect* door de werkgever uit hoofde van de dienstbetrekking aan de werknemer worden verstrekt. Doordat het dus ook om indirecte verstrekkingen kan gaan, zou het niet moeten uitmaken of de participatieregeling is aangegaan met de werkgever of een groepsvennootschap, mits een en ander uit hoofde van de dienstbetrekking gebeurt. In dit verband kan verder ook worden gewezen op het Seminis-arrest,¹¹ waarin de Hoge Raad overweegt dat van een werkgever gevergd kan worden rekening te houden met optierechten verleend door de moedermaatschappij, nu uitoefening van de optierechten afhankelijk was gesteld van het voortduren van het dienstverband met werkgever. De optieovereenkomst is daarmee een omstandigheid die ook de werkgever aangaat en waarmee de werkgever in het beëindigingsproces rekening had kunnen en moeten houden. Hoewel de overwegingen van de Hoge Raad zien op een optieovereenkomst, geldt een en ander volgens ons ook voor andere participatievormen. Een eventueel verschil tussen de werkgever en het object van of de contractspartij bij de participatie zou dus niet moeten uitmaken, mits de participatie samenhangt met het dienst-

9 HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, ECLI:EU:C:1971:55, r.o. 6.

10 Vgl. R.P.J. ter Haseborg, 'De participerende manager: een investerende werknemer of een werkende investeerder?', *ArbeidsRecht* 2011/47, p. 3. Anders in de context van een optieregeling: J.M. van Slooten, 'Schade in verband met opties: de schaamte voorbij?', *ArbeidsRecht* 1999/61: 'Een optie kan loon in de zin van artikel 7:610 BW zijn, maar dat hoeft niet. Zo kan het voorkomen dat een optie niet wordt verstrekt, maar dat de werknemer deze mag kopen, onder afsluiting van een lening bij de werkgever tegen zachte voorwaarden'.

11 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896.

verband.¹² In dit verband wijzen we ook op een uitspraak waarin de rechtbank Arnhem overweegt dat een optieregeling onderdeel uitmaakt van het arbeidsvoorwaardenpakket, hoewel deze niet is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. De regeling geldt volgens de rechtbank tevens als inkomenscomponent in de verhouding werkgever-werknemer, ondanks dat deze is overeengekomen met de moederverenootschap.¹³ Het voorgaande betekent dus ook dat betalingen onder de participatie of eventuele schade vanwege het verlies van rechten betrokken kan worden bij de vaststelling van de hoogte van de transitievergoeding (afhankelijk van het type participatie) en/of het recht op en de hoogte van de billijke vergoeding. Hier gaan we later in het artikel verder op in. Wij zijn het verder met Grapperhaus eens dat zelfs indien sprake is van een toezegging van een derde die buiten het concern valt sprake kan zijn van loon in voornoemde zin, mits de toezegging verband houdt met het dienstverband tussen werkgever en werknemer en het effect van een eventuele beëindiging van het dienstverband.¹⁴ Hierbij kan volgens ons bijvoorbeeld worden gedacht aan payrolling of een situatie dat de werknemer voor een langere periode gedetacheerd wordt bij een derde partij waar de werknemer deelneemt in een participatieregeling.

3. Leaver-afspraken

3.1 Algemeen

Als onderdeel van de participatieregeling is standaard geregeld hoe met het belang van participanten moet worden omgegaan in zogenoemde 'leaver-situaties'. Dit gaat om gevallen waarbij tussentijds een einde komt aan de participatie vanwege het (voornemen tot het) beëindigen van het dienstverband terwijl de participatieregeling nog niet 'voltooid is' (*i.e.* de rechten nog niet (volledig) zijn vrijgevallen/uitgeoefend). De reden voor het vertrek heeft vervolgens invloed op de wijze waarop de participatieregeling wordt afgewikkeld en aldus op de rechten van de participant.

Leaver-afspraken komen in verschillende vormen voor. Een gemene deler is veelal dat bij vertrek de opgebouwde rechten (vaak volledig) aangeboden/uitgeoefend moeten worden (zonder dat per se een afnameplicht bestaat), waarbij 'good leavers' opgebouwde rechten tegen een betere prijs kunnen verkopen/uitoefenen dan 'bad leavers'.¹⁵ In de participatiedocumentatie wordt uiteengezet welke (vertrek)omstandigheden kwalificeren als een 'good leaver'- of 'bad leaver'-event (waarbij vaak geldt dat van een 'good leaver' sprake is als geen sprake

is van een 'bad leaver'-situatie). Rechten die nog niet *gevest* zijn komen veelal in beide gevallen te vervallen.¹⁶ Naast de 'bad' en 'good' leaver komen in de praktijk ook 'tussensmaken' voor zoals een 'neutral' of 'early/intermediate' leaver als onderdeel van de leaver-afspraken. Uiteindelijk is het afhankelijk van de afspraken die partijen maken welke specifieke gevallen meer of minder verwijtbaar worden geacht, afgezet tegen het doel van de participatieregeling en welke gevolgen de onderneming daaraan wil verbinden.¹⁷

De achtergrond voor het (voorgenomen) einde van het dienstverband en de timing daarvan kan dus een verschil maken wat betreft de afwikkeling van de participatie. Hoewel in beginsel de contractuele leaver-afspraken tussen partijen het uitgangspunt vormen, is het zaak om bij de voorgenomen afwikkeling van een participatie en de te verwachten impact daarvan ook rekening te houden met de bijzondere regels van het arbeidsrecht.

3.2 Het vervalbeding

Indien zoals gebruikelijk het einde van het dienstverband inderdaad resulteert in het einde van de participatie, brengt dat met zich mee dat de arbeidsrechtelijke ontslagregels rechtstreeks invloed kunnen hebben op het moment van het eindigen van de participatie. Komen partijen immers niet tot een vaststellingsovereenkomst (en zelfs als dat wel zo is dan zullen de voorwaarden inzake de afwikkeling van de participatie ook dan veelal beïnvloed worden door de arbeidsrechtelijke positie van de participant) en is geen sprake van een ontslag op staande voet of een vrijwillig vertrek door de werknemer, dan zal de werkgever – afhankelijk van de ontslagreden – eerst een procedure moeten initiëren via het UWV of de kantonrechter. Los van het punt dat dit in ieder geval tot vertraging zal leiden en ondertussen de participatie continueert (hetgeen kan resulteren in het vrijvallen van extra rechten), zal het van het beschikbare 'dossier' afhangen of een einde van het dienstverband (en daarmee de participatie) op korte termijn haalbaar is. Het besef dat het *triggeren* van een leaver-situatie onder de participatiedocumentatie arbeidsrechtelijk een redelijke grond vereist (tenzij het gaat om een bestuurder), en de implicaties daarvan, lijkt niet altijd aanwezig bij de opstellers van een participatieregeling. Hierbij is relevant dat participatieregelingen vaak vanuit een groepspectief worden opgesteld en daarbij regelmatig de pen wordt gevoerd door een buitenlandse adviseur. Maar ook in andere gevallen lijkt niet altijd een

12 Zie in dit verband ook: C.L.C. Reynaers, 'Optieschade na de WWZ: cash me if you can?', TAP 2021/2, p. 16.

13 Rb. Arnhem 4 december 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BA2429.

14 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896, *Ondernemingsrecht* 2008, 128 m.nt. F.B.J. Grapperhaus.

15 Hierbij geldt over het algemeen dat een 'good leaver' de marktwaarde ontvangt en een 'bad leaver' het lagere van de nominale waarde en de marktwaarde.

16 Ook is het mogelijk dat geen sprake is van een *vesting*-mechanisme en rechten ineens vrijvallen na verloop van een zekere periode of pas indien zich een bepaald *event* voordoet zoals een verkoop (*Exit*). Eventuele schade ziet in dat soort gevallen dus (slechts) op misgelopen potentiële toekomstige voordelen.

17 In de praktijk zijn de leaver-afspraken en in het bijzonder de 'good en bad leaver'-regeling vaak één van de belangrijkste discussiepunten tussen participerende managementleden en de (meerderheids)aandeelhouder bij de onderhandelingen ten tijde van het aangaan van de participatieovereenkomst. Voor 'reguliere' werknemers bestaat over het algemeen geen ruimte tot onderhandeling over de inhoud van de participatiedocumentatie.

arbeidsrechtadvocaat betrokken te zijn geweest. Dit terwijl de manier waarop de leaver-afspraken zijn vormgegeven een groot verschil kan maken wat betreft de mogelijkheid om de participatie te beëindigen, de timing daarvan en de wijze van afwikkeling. Vanzelfsprekend heeft een en ander daarmee ook invloed op de onderhandelingspositie bij eventuele onderhandelingen over een vaststellingsovereenkomst. Relevant in dit kader is bijvoorbeeld of het eindigen van de participatie (i) gekoppeld is aan het daadwerkelijk *beëindigd zijn* van de arbeidsovereenkomst, ten gevolge waarvan eerst de uitkomst van een procedure bij de rechter/het UWV moet worden afgewacht (behoudens ontslag op staande voet dan wel een vaststellingsovereenkomst); of (ii) geldt dat in de participatiedocumentatie wordt aangesloten bij *de aanzegging* van het ontslag waardoor de vennootschap 'zelf de regie heeft' wanneer een werknemer als 'leaver' wordt aangemerkt (waarbij vanzelfsprekend de beginselen van redelijkheid en billijkheid gelden). In geval (i) is het vanwege het gesloten ontslagstelsel en de hoge drempel die over het algemeen geldt voor een geldig eenzijdig ontslag lastiger in te schatten of en wanneer de participant stopt met het deelnemen in de participatieregeling. Dit kan leiden tot aanvullende uitkeringen op basis van de participatieregeling waar de werkgever/groep geen rekening mee hield toen besloten werd afscheid te nemen van de participant. In geval (ii) heeft de werkgever het voordeel dat de timing van het eindigen van de participatie (in beginsel) duidelijk is. Uiteraard zal het dienstverband nog wel conform het arbeidsrecht beëindigd moeten worden, maar de werkgever loopt (in beginsel) niet het risico dat ondertussen nieuwe rechten worden opgebouwd onder de participatie.¹⁸ Bij de vraag of het aansluiten bij de aanzegging in een concreet geval gewenst is kunnen, mede vanwege het type participatieplan en de doelstellingen daarvan, vanzelfsprekend ook bedrijfsmatige overwegingen een rol spelen omdat bijvoorbeeld gewenst is participanten zo veel mogelijk comfort te geven omtrent hun positie onder de regeling. Ook zal als gezegd bij de omstandigheden die tot een aanzegging kunnen leiden rekening gehouden moeten worden met artikel 6:248 lid 2 BW c.q. artikel 7:611 BW. Dat neemt niet weg dat de participatieverlener deze afweging alleen kan maken indien hij voldoende bekend is met het Nederlandse ontslagstelsel. Hetzelfde geldt voor de omstandigheden die een kwalificatie als 'good'

of 'bad' leaver opleveren. Hierbij wordt regelmatig (onder meer) een koppeling gemaakt met een of meer van de redelijke gronden van artikel 7:669 BW en/of de dringende redenen genoemd in artikel 7:678 BW.¹⁹ Ook hiervoor geldt dat een goed begrip van het ontslagstelsel vereist is om als participatieverlener een inschatting te kunnen maken wanneer (in de Nederlandse context) van een 'good' of 'bad leaver'-situatie sprake zal kunnen zijn.

Hoewel, zoals uit het bovenstaande blijkt, bij een vervalbeding en de afspraken in dat kader rekening gehouden moet worden met arbeidsrechtelijke aandachtspunten, zijn wij anders dan Van Slooten niet van mening dat een vervalbeding op zichzelf strijd oplevert met het arbeidsrecht. Kortgezegd meent Van Slooten (in de context van optierechten) dat een vervalbeding ertoe kan leiden dat optierechten die reeds uitoefenbaar zijn komen te vervallen, wat volgens hem feitelijk betekent dat reeds toegekend loon wordt kwijtgeraakt. Van Slooten maakt daarbij een vergelijking met een voortdurende proeftijd. Dit is volgens hem niet verenigbaar met het arbeidsrecht.²⁰ In dit verband geldt wat ons betreft allereerst dat voor de meeste participatieregelingen zal gelden dat met een *vesting*-mechanisme wordt gewerkt en de participant bij een vertrek de opgebouwde rechten mag behouden c.q. kan uitoefenen tegen (vaak) de marktprijs (tenzij sprake is van een 'bad leaver'-situatie). Wat ons betreft kan in dat soort gevallen, de redenering van Van Slooten volgend, in ieder geval geen sprake zijn van strijd met het arbeidsrecht; de werknemer behoudt recht op het deel waarvoor hij arbeid heeft geleverd. Maar ook indien sprake is van een situatie dat uitoefening pas mogelijk is na verloop van een zekere periode (bijvoorbeeld drie jaar) en het dienstverband voordien eindigt (bijvoorbeeld na twee jaar) en daarmee sprake is van een 'early leaver'-situatie of anderszins opgebouwde rechten verloren gaan door het einde van het dienstverband (dit lijken de situaties te zijn waar Van Slooten op doelt), leidt dit volgens ons niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van het vervalbeding op basis van het arbeidsrecht. Dit zou wat ons betreft te zeer afdoen aan de ondernemersvrijheid en het vertrekpunt dat tussen partijen in beginsel geldt hetgeen contractueel is overeengekomen. Vanzelfsprekend zou een beroep op het vervalbeding onder omstandigheden in strijd kunnen komen met de beginselen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) c.q. goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), bijvoorbeeld als kort voor het vrijvallen van de rechten het vervalbeding wordt *getriggerd* zonder dat daartoe een duidelijke aanleiding lijkt te bestaan die toe te schrijven is aan de werknemer. Maar ook dat soort gevallen zullen wat ons betreft, in lijn met het Cicurel/Alcatel-arrest waarin is bepaald dat een vervalbeding in

18 Bij de afwikkeling van het dienstverband zal (de timing van) de afwikkeling van de participatie natuurlijk alsnog onderdeel kunnen worden van de voorwaarden van een vaststellingsovereenkomst. Wel zal daarbij als vertrekpunt voor de onderhandelingen gelden dat de participatie in beginsel geëindigd is op het moment van de aanzegging. Relevant is verder in het kader van een vaststellingsovereenkomst dat uit HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7588 blijkt dat indien optierechten niet aan de orde zijn geweest tijdens de onderhandelingen bij beëindiging, de ex-werknemer het recht op uitoefening van personeelsopties na einde dienstverband behoudt, ondanks een finalekwijtingsbepaling. Het optievervalbeding in het optiereglement kon de werknemer in de betreffende casus niet worden tegengeworpen, nu goed werkgeverschap met zich brengt dat de werkgever de werknemer op het verval had moeten wijzen. Hetzelfde zou kunnen worden gesteld ten aanzien van vervalbedingen in andere typen participatieregelingen. Het is dus zaak hier rekening mee te houden.

19 Overtreding van beperkende bedingen zoals een geheimhoudingsbeding, nevenwerkzaamhedenbeding, concurrentiebeding of relatiebeding wordt ook vaak als een 'bad leaver'-omstandigheid in de participatieregeling genoemd.

20 J.M. van Slooten, 'Schade in verband met opties: de schaamte voorbij?', *ArbeidsRecht* 1999/61.

beginsel geldig is,²¹ over de band van artikel 6:248 lid 2 BW c.q. artikel 7:611 BW of in de vergoedingsfeer ge- adreseerd moeten worden, waarover hierna meer.

3.3 Contractsuitleg, redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap

Voordat wordt toegekomen aan de vraag hoe een beroep op het vervalbeding of de kwalificatie als ‘bad’ leaver in de gegeven omstandigheden zich verhoudt tot het beginsel van redelijkheid en billijkheid c.q. goed werkgeverschap, kan een discussie ontstaan over de uitleg van de relevante bedingen zelf. Veelal is in geding of de vertrekkende werknemer als ‘good’ of ‘bad’ leaver kwalificeert.²² Hoewel het belang van contractsuitleg niet sec een arbeidsrechtelijk aandachtspunt betreft, is bijvoorbeeld wel van belang dat als gezegd eventuele onduidelijkheden voor rekening en risico van de werkgever als penvoerder komen.²³ Hierbij is de ongelijke positie die werkgever en werknemer jegens elkaar innemen en de informatieplicht van de werkgever richting de werknemer van belang. Wat ons betreft zal er hierbij wel rekening mee gehouden moeten worden welke maatschappelijke positie de betreffende werknemer invult en of de werknemer is bijgestaan door een juridisch adviseur. Zeker ingeval sprake is van een combinatie van beide aspecten (hoge positie en bijstand) zien wij aanleiding meer aansluiting te zoeken bij een objectievere en taal- kundige uitleg van de participatieregeling zoals deze geldt voor commerciële contracten.²⁴

Is eenmaal antwoord gegeven op de uitlegvraag, dan kan zich nog de vraag voordoen of toepassing van de contractuele afspraak in de gegeven omstandigheden acceptabel is. Voor het vervalbeding geldt in dit verband als gezegd dat het vertrekpunt is dat een beding resulterend in verval van rechten vanwege een ‘bad leaver’ kwalificatie geldig is, tenzij toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is.²⁵ Hierbij geldt dat als de werknemer wist waar hij voor tekende en er geen bijkomende omstandigheden zijn (waarbij zoals uit het Cicurel/Alcatel-arrest blijkt *mede* (en niet slechts of vooral) de vraag relevant is of de werknemer geen verwijt kan worden gemaakt van het vertrek) het beding in stand blijft.²⁶ Het buiten toepassing laten van contractuele afspraken op basis van artikel 6:248 lid 2 BW c.q. artikel 7:611 BW dient wat ons betreft, gelet op de maatstaf van onaanvaardbaarheid, terughoudend toegepast te worden. A-G Spier heeft in

zijn conclusie voor het Cicurel/Alcatel-arrest een aantal gezichtspunten/factoren genoemd die een rol kunnen spelen in het kader van de toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW. Daarbij stelt hij dat naarmate de aanwijzingen dat het ontslag op oneigenlijke gronden wordt verleend sterker worden, een beroep op het ‘vervallen’ van (optie) rechten in strijd kan komen met artikel 6:248 BW. Daarbij stelt A-G Spier dat zelfs waar het gaat om een beloning voor reeds verrichte prestaties, niet zonder meer onaanvaardbaar is dat zij later (al dan niet ten dele) komt te vervallen. Als de participant wordt ontslagen wegens dringende redenen, disfunctioneren of wanneer hij overstapt naar de concurrent, is niet zonder meer billijk dat hij het ‘voordeel’ mag meenemen. Een van de andere gezichtspunten die A-G Spier noemt, is de vraag of een opschortende voorwaarde is overeengekomen. Volgens A-G Spier is in een dergelijk geval van een bestaand recht nog geen sprake, waardoor er met het inroepen van een vervalbeding ook geen recht teniet wordt gedaan. Het is dus van belang om te bepalen wanneer er sprake is van een ‘opschortende voorwaarde’, nu dit een rol kan spelen bij de redelijkheidstoets. Hierbij lijkt te gelden dat het verval van opgebouwde rechten eerder als onredelijk kan worden ervaren (maar dit hoeft niet zo te zijn) dan rechten die nog niet vrijgevallen zijn vanwege een opschortende voorwaarde.

Uit (lagere) rechtspraak kan worden opgemaakt dat wanneer het einde van de arbeidsrelatie niet te wijten is aan de werknemer, een vervalbeding niet zonder meer kan worden ingeroepen. Voor een recent geval kan worden gewezen op een uitspraak van de rechtbank Amsterdam.²⁷ Uitgangspunt is volgens de rechter dat een tussen partijen geldende afspraak niet snel met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid opzij kan worden gezet, tenzij dit gevegd wordt door de omstandigheden van het geval. Hierbij werd van belang geacht dat het ging om uitvoerige contracten tussen professionele partijen, die werden bijgestaan door adviseurs. De tekst van het bewuste vervalbeding is daarnaast uitvoerig besproken. Het doel van de bepaling was het binden van de werknemer/bestuurder aan de onderneming. In dit geval werd de verstoring van de verhoudingen echter in overwegende mate aan de werkgever toegerekend, wat ertoe heeft geleid dat van werknemer/bestuurder in redelijkheid niet kon worden gevegd zijn taak als bestuurder nog langer te vervullen en de arbeidsrelatie te laten voortduren (de bestuurder had zelf opgezegd). Toepassing van de ‘early leaver’-bepaling, die in dit geval feitelijk gelijk was aan de ‘bad leaver’-bepaling waardoor aandelen tegen zeer ongunstige voorwaarden moesten worden aangeboden, was onder deze omstandigheden onaanvaardbaar. Bijzonder was in dit verband dat op basis van de participatieregeling het vertrek van de relevante bestuurder ook resulteerde in een separate aanbiedingsplicht voor de medebestuurder van 50% van haar aandelen tegen dezelfde (zeer ongun-

21 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229 (Cicurel/Alcatel). Zie ook: Rb. Amsterdam 10 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1873; Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1094; Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3759.

22 Vgl. Hof Den Haag 28 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:961; Hof Den Haag 6 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:915; Hof Den Bosch 23 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:534; Hof Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6682.

23 Rb. Amsterdam 11 maart 1999, 97C15367, JAR 2000/1.

24 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).

25 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AG2229 (Cicurel/Alcatel).

26 Rb. Amsterdam 10 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1873; Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1094; Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3759.

27 Rb. Amsterdam 18 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6577. Zie ook de noot van N.J. Reijn bij deze uitspraak in JAR 2023/294.

stige) voorwaarden. Gelet op de omstandigheden is het oordeel van de rechtbank te volgen, in het bijzonder ten aanzien van de gevolgen voor de medebestuurder. Wat betreft de zelf vertrekkende bestuurder kan ook geredeneerd worden dat de bestuurder de gevolgen van zijn vertrek had kunnen overzien en er toch voor heeft gekozen te vertrekken. Wat ons betreft had de rechtbank op dit punt meer uitleg moeten geven. Zeker ook gelet op het uitgangspunt dat de rechtbank zelf noemt dat een contractuele afspraak slechts in onaanvaardbare situaties opzij mag worden gezet, waarbij bovendien geldt dat het hier om professionele partijen ging en dat uitgebreid is onderhandeld over de relevante bepalingen. Zie voor een ander voorbeeld een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland waarbij het ging om een vervalbeding op grond waarvan (*unvested*) RSUs automatisch zouden vervallen bij einde dienstverband.²⁸ Dit beding werd buiten werking gesteld, omdat de reden voor de beëindiging gelegen was in bedrijfseconomische redenen, waar de werknemer zelf geen schuld aan had. In casu werd de werkgever op grond van artikel 7:611 BW alsnog verplicht om de toegekende maar nog niet *geveste* RSUs uit te keren. Uit een andere uitspraak van dezelfde rechtbank²⁹ volgt dat het feit dat een werknemer geen werkzaamheden meer heeft verricht door het op non-actief stellen van de werknemer door de werkgever, in de risicosfeer valt van de werkgever. Hoewel voor toekenning van de bonus als voorwaarde is gesteld dat de werknemer op het moment van uitbetaling van de bonus ‘actively employed’ is, kan de eenzijdige beslissing van de werkgever om de werknemer op non-actief te stellen niet leiden tot het gevolg dat daarmee ook eenzijdig wordt bepaald dat aan de werknemer geen bonus meer hoeft te worden betaald. Dat de werkgever die voorwaarde weliswaar in de bonusregeling heeft opgenomen, maakt nog niet dat het beroep op dat beding onder deze omstandigheden gerechtvaardigd is. Feitelijk ging het hier om toepassing van artikel 6:23 BW, hetgeen een uitwerking is van de redelijkheid en billijkheid voor voorwaardelijke verbintenissen.³⁰ Weliswaar betrof de zaak een reguliere bonus, maar de overwegingen zijn wat ons betreft ook in bredere zin relevant voor rechten onder een participatieregeling. Wat ons betreft, hoeft de voorwaarde van een ‘active employment’ op zichzelf niet onredelijk te zijn, maar het eenzijdig op non-actief stellen zonder gegronde reden (*i.e.* zonder verwijtbaarheid van de werknemer) maakte dat toepassing in het onderhavige geval gelet op de gevolgen voor de bonus onredelijk werd geacht.

Voor goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW geldt dat dit de arbeidsrechtelijke variant van de beginselen van redelijkheid en billijkheid betreft. Daar kunnen dan ook

dezelfde rechtsgevolgen aan verbonden worden als een schending van artikel 6:248 lid 2 BW.³¹ Hoewel artikel 7:611 BW strikt genomen geen andere bron van rechten en verplichtingen vormt dan artikel 6:248 BW (en art. 6:2 BW), kan het vereiste van goed werkgeverschap wat ons betreft wel een zekere doorwerking hebben in het kader van de participatieregeling en voor verdere inkleuring zorgen.³² Zo kan het goed werkgeverschap bijvoorbeeld een rol spelen in het kader van een terugbetalingsverplichting (*clawback*) die vaak wordt opgenomen in een participatieregeling en bijvoorbeeld kan worden ingeroepen in het geval nadien blijkt dat uitkeringen onder de participatieregeling verkeerd berekend zijn. Mede vanwege de informatieplicht en de mate van zorgvuldigheid die van de werkgever jegens de werknemer kan worden verwacht zou van gerechtvaardigd vertrouwen van de werknemer wat betreft de juistheid van de (hoogte van de) uitkering eerder sprake kunnen zijn. Inachtneming van het beginsel van goed werkgeverschap zou dan mogelijk sneller tot de conclusie kunnen leiden dat het uitoefenen van de *clawback* niet redelijk wordt geacht.³³ Is de reden van de *clawback* daarentegen gelegen in verwijtbaar gedrag van de (ex-) werknemer (zoals een overtreding van het concurrentiebeding of fraude), dan zou het beginsel van goed werkgeverschap wat ons betreft niet moeten leiden tot een bijzondere inkleuring van de redelijkheidstoets. Ook in andere gevallen kan het goed werkgeverschap doorwerken in de participatieregeling. Indien de werkgever bijvoorbeeld op grond van het vervalbeding in de participatieregeling bij langdurige ziekte de participant kan aanwijzen als ‘leaver’ (al dan niet ‘neutral’), terwijl de werkgever onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, dan zal een dergelijke aanwijzing mogelijk eerder onredelijk zijn, omdat de werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen.³⁴ Hetzelfde geldt indien in het vervalbeding een verwijzing is opgenomen naar artikel 7:669 lid 3 sub g BW (verstoorde arbeidsverhouding) en de werkgever daar in overwegende mate de veroorzaker van is (zie in dit verband ook de aangehaalde recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam).³⁵

28 Rb. Midden-Nederland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:998, JAR 2021/110 m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken.

29 Rb. Midden-Nederland 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4614, JAR 2021/274 m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken.

30 Zie ook C.F.J. van Tuyl van Serooskerken in zijn noot bij deze uitspraak. Zie verder o.a. Asser/Sieburgh 6-1 2020/181:181 en G.C. Boot, ‘Vergoeding van schade en optievervalbeding’, SMA 2001, p. 315-320.

31 HR 8 april 1994, NJ 1994/704 m.nt. P.A. Stein (Agfa/Schoolderman) en HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 (Parallel Entry/KLM).

32 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook voetnoot 17 wat betreft de informatieplicht van de werkgever bij het vervallen van rechten onder een participatieregeling en dat een finale kwijting in een vaststellingsovereenkomst hier niet aan afdoet.

33 In het kader van de *clawback* ex art. 1:127 Wft lijkt een financiële onderneming een hoge mate van beoordelingsruimte te hebben om de terugvorderingsbevoegdheid en de aanpassingsbevoegdheid naar eigen inzicht toe te passen. Hoewel een financiële onderneming op grond van de Wft daar, kort gezegd, procedures en criteria voor moet hebben ingericht en vastgelegd, leidt een gebrek daaraan niet tot verval van de wettelijke verplichting om in de voorgeschreven gevallen tot terugvordering over te gaan. Zie in dit verband ook HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1567, JOR 2023/12 m.nt. C.W.M. Lieverse en JAR 2023/310 m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken. Doorslaggevend in dit verband lijkt te zijn dat de *clawback* ex art. 1:127 Wft een verplichting is die uit de wet volgt.

34 Mogelijk zou art. 6:23 BW hier ook een rol kunnen spelen.

35 Rb. Amsterdam 18 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6577.

Al met al zou wat ons betreft moeten gelden dat de contractueel tussen partijen geldende afspraken het uitgangspunt vormen. Of sprake is van professionele partijen en in hoeverre over de bepalingen uitdrukkelijk is onderhandeld, is een omstandigheid die zowel bij de uitleg van het beding als de aanvaardbaarheid van het beding relevant is (waarbij bijstand door juridisch adviseurs eveneens een relevante omstandigheid is). Het terzijde schuiven van contractuele afspraken zou slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde moeten zijn, gelet op de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, waarbij onder meer relevant is in hoeverre de werknemer aanleiding heeft gegeven tot het *triggeren* van het relevante beding. Wat ons betreft heeft te gelden dat slechts indien die aanleiding volledig of in overwegende mate ontbreekt, artikel 6:248 lid 2 BW c.q. artikel 7:611 BW in beeld komt. Hierbij kan het vanuit werkgeversperspectief helpen om zo veel mogelijk met objectieve criteria te werken. Het zal verder afhangen van de mate van impact op de rechten onder de participatieregeling of tot onaanvaardbaarheid wordt besloten (*i.e.* vervallen ook de (*pro rata*) opgebouwde/*geveste* rechten of alleen het *unvested* deel).

4. Het arbeidsrechtelijke vergoedingstelsel en de participatieregeling

4.1 Algemeen

Met het (voorgenomen) ontslag van de werknemer zal, zoals hierboven uiteengezet, ook de participatieregeling afgewikkeld moeten worden. De beëindiging van het dienstverband is namelijk vaak de *trigger* die is opgenomen in het vervalbeding van de participatieregeling. Naast de afwikkeling van de (lopende) participatieregeling, zal de werkgever in de regel ook een transitievergoeding verschuldigd zijn wanneer hij het initiatief heeft genomen tot de beëindiging. Ook in deze context kan de deelname in een participatieregeling relevant zijn, namelijk voor de vraag in hoeverre eventuele uitkeringen, die in de jaren voorafgaand aan het jaar waarin het dienstverband eindigt zijn gedaan aan de werknemer op grond van de participatieregeling, een rol spelen bij het berekenen van de hoogte van de transitievergoeding. Naast de transitievergoeding kan een werknemer onder (uitzonderlijke) omstandigheden aanspraak maken op een billijke vergoeding. Hierbij geldt dat de billijke vergoeding in beginsel slechts aan de orde is bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (tenzij het een bestuurder betreft). Omdat hier niet snel sprake van zal zijn, is het interessant om ook stil te staan bij andere mogelijkheden die een werknemer heeft om vermeende schade in verband met het eindigen van de deelneming in de participatieregeling te verhalen.

4.2 Transitievergoeding

In het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (hierna: 'het Besluit')³⁶ en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur (hierna: 'de Regeling')³⁷ is uitgewerkt welke looncomponenten relevant zijn voor het bepalen van het relevante maandsalaris voor de berekening van de transitievergoeding. Naast het brutoloon, vakantiebijslag en de eindejaarsuitkering dienen de overeengekomen³⁸ vaste en variabele looncomponenten die zijn aangewezen in de Regeling meegenomen te worden bij de berekening van de transitievergoeding. Looncomponenten die niet zijn aangewezen, worden niet meegenomen in de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.³⁹ Hierdoor wordt een aandelenregeling bijvoorbeeld niet betrokken bij de berekening van de transitievergoeding.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor opties.⁴¹

Gelet op het karakter van een participatieregeling zal het in de context van de transitievergoeding doorgaans gaan om de vraag of sprake is van een variabele looncomponent en niet een vaste looncomponent. Wij richten ons daarom in het vervolg op de variabele looncomponent. Hierbij geldt allereerst dat variabele looncomponenten slechts worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding, indien zij in de drie kalenderjaren voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst is geëindigd, opeisbaar waren. Dit heeft drie implicaties. Allereerst betekent dit dat toekomstige rechten geen rol spelen bij de berekening van de transitievergoeding. Ten tweede zal, door aan te sluiten bij het moment van opeisbaarheid, het moment van uitkering niet doorslaggevend zijn. In de jurisprudentie zijn weliswaar uitspraken te vinden waarbij acht werd geslagen op het moment van uitkering in plaats van het moment van opeisbaarheid, maar dat lijkt ons onjuist.⁴² Waar het bijvoorbeeld wel goed ging, was in de zaak tussen KLM en de heer Elbers, waarin uitdrukkelijk is overwogen dat het gaat om het moment van opeisbaarheid.⁴³ Het moet

36 Stb. 2014, 538; Stb. 2019, 298 en Stb. 2020, 188.

37 Stcrt. 2014, 36823, Stcrt. 2015, 34289 en Stcrt. 2020, 32782.

38 De vaste en variabele looncomponenten moeten overeengekomen zijn. Dat betekent dat verworven rechten niet meegenomen worden bij de berekening van de transitievergoeding. Met wie de werknemer de looncomponenten overeen moet zijn gekomen volgt niet direct uit het Besluit of de Regeling. Indien de vaste en variabele looncomponenten overeengekomen zijn met de werkgever, zal hier logischerwijs aan zijn voldaan. In de praktijk komt het echter ook voor dat de werknemer contracteert met een aan de werkgever gelieerde partij. Het is de vraag of in een dergelijk geval ook aan dit het overeengekomen-vereiste is voldaan. Op grond van het Europese beloningsbegrip, zoals hierboven uiteengezet, kan worden betoogd dat ook de variabele looncomponenten die met derden zijn overeengekomen moeten worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding, mits dit uit hoofde van de dienstbetrekking is gedaan.

39 Stcrt. 2014, 36823, p. 4.

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

41 Rb. Limburg 29 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4850; Rb. Rotterdam 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7074. Zie ook J.M. van Slooten, *T&C Arbeidsrecht*, artikel 5 Regeling looncomponenten en arbeidsduur.

42 Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419 en Hof Amsterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1024.

43 Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6196, r.o. 28 (KLM/Elbers): 'het [zou] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als werkgever, door niet over te gaan tot betaling van

volgens de rechtbank niet mogelijk zijn voor een werkgever om de hoogte van de transitievergoeding negatief te beïnvloeden door niet over te gaan tot betaling. Dit zou immers betekenen dat de werkgever profiteert van zijn wanprestatie, hetgeen niet de bedoeling kan zijn. Ten derde geldt dat uitkeringen die gedaan zijn in het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt niet worden meegenomen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Dit betekent dus ook dat, indien in het kader van de afwikkeling van de participatieregeling bij het einde van de arbeidsovereenkomst een afrekening plaatsvindt, deze betaling niet wordt meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding.

4.2.1 Variabele looncomponenten

Alleen die variabele looncomponenten die in het Besluit en de Regeling zijn aangewezen worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding (mits opeisbaar geworden in de drie jaar voor het einde van de arbeidsovereenkomst). Tot deze variabele looncomponenten behoren onder meer de winstuitkering en de bonus.⁴⁴ Relevant is dat de benaming van de overeengekomen winstuitkeringsregeling en/of bonusregeling niet doorslaggevend is. Bepalend is of de betreffende looncomponent zich materieel kenmerkt als een van de looncomponenten zoals opgenomen in het Besluit of de Regeling.⁴⁵ Per participatieregeling dient dus, ongeacht het etiket van de participatieregeling, beoordeeld te worden of de (uitkering onder de) participatieregeling feitelijk kwalificeert als een winstuitkering of bonus.⁴⁶

Volgens de Regeling dient bij een variabele looncomponent in de zin van de Regeling de hoogte van het loon afhankelijk te zijn van (i) het resultaat van de onderneming; (ii) de prestaties van de werknemer; of (iii) een combinatie daarvan. Wanneer een participatieregeling dus een of meer van deze elementen bevat en sprake is van de betaling van een geldbedrag (*i.e.* 'cash based'), dan zullen uitkeringen op basis van de participatieregeling in de drie jaar voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, in beginsel meegenomen moeten worden bij de berekening van de transitievergoeding. Wordt bijvoorbeeld een 'cash based'-participatieregeling, die uit hoofde van de dienstbetrekking is overeengekomen met de werknemer, zo ingericht dat de

een variabele beloning, invloed zou uit kunnen oefenen op de hoogte van de transitievergoeding en daar haar voordeel mee kan doen'.

44 Als vaste looncomponenten zijn in de Regeling limitatief aangewezen: (i) overwerkvergoedingen en (ii) ploegentoeslagen. Als variabele looncomponenten zijn in de Regeling limitatief aangewezen: (i) bonussen; (ii) winstuitkeringen; en (iii) eindejaarsuitkeringen.

45 Zie in het kader van een Phantom Share Plan bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6196, r.o. 31 (KLM/Elbers): 'Gezien de toekenning vanwege het behalen van persoonlijke targets, het feit dat de PPS gedefinieerd wordt als voorwaardelijke toekenning van een geldbedrag en het gegeven dat het feitelijk gaat om het toekennen van fictieve aandelen die een werknemer op een door hem te kiezen moment mag "verkopen", is de rechtbank van oordeel dat de LTI feitelijk neerkomt op een bonusregeling. (...) De toekenning van fictieve aandelen die de werknemer mag (én moet) verkopen is in essentie enkel een manier om tot het uiteindelijke bedrag van deze variabele beloning te komen, welke beloning aan Verzoeker toekomt vanwege zijn prestaties'.

46 *Stcr.* 2014, 36823, p. 4.

uitkering afhankelijk is van de jaarlijkse beoordeling van een werknemer, dan zal in beginsel sprake zijn van een variabele looncomponent die meegenomen moet worden bij de berekening van de transitievergoeding. Is daarentegen sprake van een participatieregeling waarbij het recht op uitkeringen slechts afhankelijk is gesteld van tijdsverloop, dan is geen sprake van een bonus in de zin van de Regeling en zal deze dus ook niet meegenomen worden bij de berekening van de transitievergoeding (ervan uitgaande dat ook geen sprake is van een winstuitkering).

4.2.2 Resultaten van de onderneming

Naast de prestaties van de werknemer kan een variabele looncomponent als gezegd ook gekoppeld zijn aan het resultaat van de onderneming (of een combinatie van beide). Uit het Besluit en de Regeling volgt niet duidelijk of, om van 'resultaat van de onderneming' te kunnen spreken, het om het resultaat van de onderneming van de *werkgever* moet gaan of dat ook gesproken kan worden van een voor de berekening van de transitievergoeding relevante winstuitkering en/of bonus, wanneer de hoogte gekoppeld is aan het resultaat van een aan de werkgever *gelieerde* onderneming.

De rechtspraak biedt enkele aanknopingspunten in dit kader. Zo concludeert de rechtbank Gelderland in het geval van een *Exit Incentive* (*i.e.* transactiebonus), waarvan de hoogte gekoppeld was aan de verkoopopbrengst van aandelen in het aandelenkapitaal van de werkgever, dat deze niet meegenomen moet worden bij de berekening van de transitievergoeding.⁴⁷ Deze uitspraak is om meerdere redenen interessant. Allereerst lijkt uit de uitspraak opgemaakt te kunnen worden dat de resultaten van de onderneming moeten zien op de onderneming van de werkgever. Uit het feitencomplex volgt dat de hoogte van de bonus uiteindelijk gekoppeld was aan een zogeheten 'multiple on investment'. Deze was afhankelijk van de verkoopprijs van de doelvennootschap, die onder meer werd vastgesteld aan de hand van de bedrijfsresultaten (*i.e.* EBITA) van de werkgever (*i.e.* de doelvennootschap). Volgens de rechtbank was het echter de vraag of dit niet in een te ver verwijderd verband stond tot elkaar om de uiteindelijke betaling als bonus te kunnen kwalificeren de zin van de Regeling. Wij betwijfelen overigens of een dergelijke 'enge' interpretatie van het ondernemingsbegrip in de Regeling zoals uit deze uitspraak lijkt te volgen, juist is. Hierbij kan gewezen worden op het eerdere aangehaalde beloningsbegrip ex artikel 157 VWEU in combinatie met het Defrenne I-arrest en het Seminis-arrest. Op basis hiervan zou ook het standpunt ingenomen kunnen worden dat sprake is van een bonus of winstuitkering in de zin van de Regeling als de uitkering afhankelijk is gesteld van/samenhangt met de resultaten van een andere onderneming dan de onderneming van de werkgever, mits de bonus/winstuitkering verkregen is uit hoofde van de dienstbetrekking. Voor zover wij hebben kunnen over-

47 Rb. Gelderland 20 december 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:6033.

zien, is er voor het overige geen jurisprudentie beschikbaar waarin de uitleg van het ondernemingsbegrip uit het Besluit en de Regeling centraal staat, maar als gezegd achten wij een ‘ruime(re) interpretatie’ verdedigbaar. Interessant is verder dat de rechtbank niet ingaat op de overwegingen van de werknemer dat de hoogte van de bonus (ook) afhankelijk is van de prestaties van de werknemer. Dat hoefde de rechtbank uiteindelijk niet, omdat vastgesteld werd dat niet aan de *overeengekomen-eis* was voldaan. Stel dat wel sprake was van een overeengekomen looncomponent die afhankelijk was gesteld van (onder meer) individuele prestaties, dan zou dit ertoe geleid moeten hebben dat de rechtbank de bonus alsnog had moeten meenemen bij de berekening van de transitievergoeding. In dit verband is relevant dat de bonusbetaling zoals uit de uitspraak volgt als doel had om als *incentive* te dienen in het kader van de voorgenomen transactie, hetgeen doorgaans impliceert dat de hoogte (onder meer) afhankelijk is van de inspanningen en prestaties van de werknemer.⁴⁸ Was gebleken dat betaling aan de andere kant slechts afhankelijk gesteld is van tijdsverloop, waarbij bijvoorbeeld de werknemer na de transactie nog enige tijd moet aanblijven, dan is geen sprake van een bonus die meetelt bij de berekening van de transitievergoeding.

4.2.3 De participatieregeling en de transitievergoeding

Hoewel de neiging zou kunnen bestaan betalingen op basis van een participatieregeling niet te betrekken in de context van de transitievergoeding omdat het niet om een ‘typische bonus of winstuitkering’ gaat, maakt het voorgaande duidelijk dat niet het etiket van een looncomponent bepalend is, maar de materiële aard daarvan. Dit betekent dat per type ‘cash based’-participatieregeling beoordeeld moet worden of sprake is van een variabele looncomponent in de zin van het Besluit en de Regeling. Als gezegd gaat het hierbij om de vraag of betalingen afhankelijk zijn gesteld van de resultaten van de onderneming en/of de prestaties van de werknemer (of een combinatie daarvan). Is daarvan sprake, dan is sprake van een variabele looncomponent waarmee, mits overeengekomen, rekening gehouden moet worden bij de bepaling van de hoogte van de transitievergoeding. Een en ander gaat er wel van uit dat de voorvraag dat de participatieregeling binnen het arbeidsrechtelijke kader valt bevestigend is beantwoord, in de zin dat sprake is van ‘een beloning uit hoofde van de dienstbetrekking’.

Is sprake van uitkeringen uit hoofde van de dienstbetrekking die kwalificeren als een variabele looncomponent in de zin van de Regeling, dan dient bepaald te worden of het gaat om uitkeringen die gelet op de timing daarvan meegenomen moeten worden bij de berekening van de transitievergoeding. Als gezegd is hierbij relevant om vast te stellen wanneer de uitkeringen opeisbaar werden. Gaat het om een (opeisbare) uitkering

in het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt (bijvoorbeeld een uitkering in het kader van de afwikkeling van de participatie), dan zal die uitkering niet worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding.⁴⁹ Voor zover onder een participatieregeling uitkeringen jaarlijks (deels) opeisbaar worden of bijvoorbeeld een participatieregeling voor een bepaalde periode wordt aangegaan waarna een nieuwe participatieregeling gaat lopen (e.g. LTIP 2020-2022, LTIP 2023-2025 etc.) en uitkeringen onder de ‘afgeronde’ regeling gedaan of opeisbaar zijn, dan geldt dat mits deze (opeisbare) uitkeringen in de driejaarsperiode vallen deze meegenomen moeten worden bij de berekening van de transitievergoeding.

4.3 Billijke vergoeding

Naast de transitievergoeding kan in uitzonderlijke gevallen aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend. Anders dan de transitievergoeding, die primair tot doel heeft om de werknemer (forfaitair) te compenseren voor de financiële gevolgen van het ontslag en de begeleiding van werk naar werk te vergemakkelijken, heeft de billijke vergoeding uiteindelijk tot doel om de werknemer de compenseren voor het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever. Voordat een rechter toekomt aan de billijke vergoeding, zal er in beginsel dus sprake moeten zijn van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever. Met deze maatstaf wordt het uitzonderlijke karakter van de vergoeding onderstreept.⁵⁰ Voor de bestuurder geldt dat een billijke vergoeding ook verschuldigd is indien in strijd met artikel 7:669 BW is opgezegd (art. 7:682 lid 3 BW). In geval van een bestuurder komt een billijke vergoeding, waarbij misgelopen aanspraken op basis van de participatieregeling mogelijk meetellen, dus eerder in beeld. Nu het regelmatig voorkomt dat juist bestuurders vanwege hun cruciale rol binnen de onderneming deelnemen in een participatieregeling, is dit een belangrijk aspect om rekening mee te houden bij de (voorgenomen) afwikkeling van een participatie van een bestuurder.

4.3.1 Begroting billijke vergoeding en (misgelopen) aanspraken onder de participatieregeling

Bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding weegt de rechter alle omstandigheden van het geval mee. Ook met de gevolgen van het ontslag kan rekening worden gehouden, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het verwijt dat de werkgever kan worden

48 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3243.

49 Indien het einde van de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld door een lange opzegtermijn of gerechtelijke procedures pas in het volgende jaar eindigt, dan kan niet uitgesloten worden dat een ‘afwikkelbetaling’ die reeds opeisbaar was alsnog meegenomen moeten worden bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding omdat deze dan alsnog in de driejaarsperiode valt.

50 Overigens lijkt het uitzonderlijke karakter van de vergoeding bij bestudering van de rechtspraak iets genuanceerder te liggen. Zie in dit verband A.R. Houweling e.a., ‘Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018: Van een vast “muizengaatje” naar een nog vaster “konijnenhol”’, TAP 2018/226. Recenter onderzoek lijkt te duiden op stabilisering in het aantal toegekende billijke vergoedingen, zie: I.H. Kersten, ‘Een cijfermatig overzicht van de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen in eerste aanleg (2015-2020)’, *ArbeidsRecht* 2021/30.

gemaakt. Bij de begroting komt de rechter een grote mate van vrijheid toe. Van de rechter wordt wel gevergd dat hij inzicht geeft in de omstandigheden die hij betrokken heeft bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding. Een rechter zal hierbij vaak (onder meer) de 'waarde' van de arbeidsovereenkomst proberen vast te stellen. Daarbij gaat het om een hypothetische gevalsvergelijking tussen (i) de situatie waarin er geen sprake zou zijn van het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever en de arbeidsovereenkomst nog een bepaalde periode zou hebben voortgeduurd en (ii) de situatie die feitelijk heeft geleid tot een vroegtijdige beëindiging. Indien de rechter bijvoorbeeld overweegt dat het dienstverband in de situatie onder (i) nog zes maanden zou hebben voortgeduurd, dan kan hij bij de begroting van de billijke vergoeding bijvoorbeeld een bedrag gelijk aan zes maandsalarissen (inclusief emolumenten) betrekken.⁵¹

De grote mate van vrijheid van de rechter en de uitgangspunten die geformuleerd zijn in het arrest *New Hairstyle I*⁵² bieden ook ruimte om bij de begroting van een billijke vergoeding rekening te houden met misgelopen inkomsten onder een participatieregeling die 'uit hoofde van de dienstbetrekking' is overeengekomen.⁵³ De rechter maakt dan over de band van voornoemde hypothetische gevalsvergelijking een inschatting van de goede en kwade kansen dat recht op een aanspraak zou zijn ontstaan in de situatie onder (i). Anders dan het geval is bij de transitievergoeding, kunnen in dit verband zowel 'cash based'- als 'share/equity based'-plannen worden betrokken. Daarbij kan in het kader van een participatieregeling gedacht worden aan de situatie dat door het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever de werknemer een *vesting* moment misloopt (welke *vesting* wel aan de orde zou zijn geweest indien uitgegaan wordt van de hypothetische gevalsvergelijking) en daardoor dus ook een deel van de aanspraken onder de participatieregeling. Verder kan gedacht worden aan mogelijke schade die geleden is door de kwalificatie als 'bad leaver' onder de participatieregeling. De werknemer heeft dan een te lage prijs gekregen voor zijn rechten onder de participatieregeling, omdat hij als 'good leaver' gekwalificeerd had moeten worden, althans de grondslag voor een kwalificatie als 'bad leaver' ontbrak.

Er zijn meerdere voorbeelden in de rechtspraak waarin rekening werd gehouden met de gevolgen van het einde van het dienstverband op de rechten onder de participa-

tieregeling bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding. Zo hield de rechtbank Amsterdam⁵⁴ bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening met de omstandigheid dat de werknemer (onder meer) aanspraken onder een LTIP was misgelopen.⁵⁵ Ook de rechtbank Noord-Nederland⁵⁶ hield rekening met de gemiste kans dat de werknemer door het vroegtijdige ontslag niet in de gelegenheid is gesteld om een variabel deel van de koopsom (de *earn-out*-regeling⁵⁷) te realiseren. De rechtbank Noord-Holland⁵⁸ overwoog dat 'indien de arbeidsovereenkomst had voortgeduurd in ieder geval nog één keer een deel van de *unvested stocks* [was] vrijgevallen om te *vesten*' en dat 'ook met die omstandigheid bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening [wordt] gehouden'. De rechter kan dus zonder meer rekening houden met de impact van het einde van het dienstverband op aanspraken onder de participatieregeling bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding en zoals deze voorbeelden laten zien doet hij dat in beginsel ook afhankelijk van de omstandigheden.

Er zijn ook uitspraken waarin anders is besloten. Hierbij wijzen wij bijvoorbeeld op een uitspraak van rechtbank Midden-Nederland.⁵⁹ De rechtbank stelde in dit geval vast dat weliswaar sprake was van een bedrijfseconomische reden voor het ontslag, maar dat niet aan de herplaatsingsplicht was voldaan. De werknemer zou naar verwachting nog een halfjaar nodig hebben om een vergelijkbare baan te vinden. Een en ander resulteerde in een billijke vergoeding ter hoogte van zes maandsalarissen. Daarbij werden het basissalaris, de vakantietoelage en het gemiddelde bonusbedrag over de afgelopen drie jaar meegenomen, maar de schade die de werknemer meende te lijden door het mislopen van *Restricted Stock Units* (RSUs) en *Stock Options* niet.⁶⁰ Volgens de rechtbank was namelijk inherent aan het eindigen van het dienstverband dat er na de einddatum geen aanspraken meer bestaan op de RSUs en opties. Dit zou volgens de rechtbank slechts anders kunnen zijn als er geen redelijke grond voor het ontslag zou zijn. De rechtbank licht niet toe waarom het wel of niet bestaan van de redelijke grond in de context van het al dan niet betrekken van de RSUs/opties doorslaggevend wordt geacht. Dit had onzes inziens wel op de weg van de rechtbank gelegen. Feit

51 Zie over de begroting van de billijke vergoeding en in het bijzonder de rol van een contractuele beëindigingsvergoeding in dit verband Y. el Harchaoui & J.C.T.F. Lokin 'De plaats van de contractuele beëindigingsvergoeding bij de begroting van de billijke vergoeding', *TvO* 2022/1.5. Zie hierover ook uitgebreid G.C. Boot & M.C. Elbers, 'Toepassing van de *New Hairstyle*-criteria door de gerechtshoven', *ArbeidsRecht* 2021/28.

52 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle I*); Zie verder ook HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (*Zinzia*); HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857 (*Van der Wekke*); HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218, (*ServiceNow*); HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:955 (*Blue Circle*).

53 Zie daarover par. 2.2.2 van dit artikel.

54 Rb. Amsterdam 14 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2115.

55 Uit de uitspraak valt niet af te leiden om wat voor type LTIP het ging ('*cash based*' of '*share based*').

56 Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

57 Een *earn-out* regeling is – kort gezegd – een afspraak tussen de koper en de verkoper van aandelen in een vennootschap, waarbij een deel van de koopprijs pas verschuldigd wordt als bepaalde vooraf gestelde targets of resultaten zijn behaald. In dit geval deelde de werknemer mee in deze *earn-out* tot een maximaal te behalen variabele vergoeding van € 100.000. Door de opzegging van het dienstverband kon de werknemer niet meer bijdragen aan het behalen van een positief bedrijfsresultaat en/of de overeengekomen KPI's en de rechter begrootte deze 'gemiste kans' op € 10.000 als onderdeel van de billijke vergoeding.

58 Rb. Noord-Holland 16 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:310.

59 Rb. Midden-Nederland 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4614.

60 Een bedrag van € 66.000 bruto werd in mindering gebracht wegens het inkomen van de werknemer als CFO bij een derde partij.

is immers dat de rechtbank heeft bepaald dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag (mede vanwege het niet voldoen aan de herplaatsingsplicht) waardoor een billijke vergoeding verschuldigd is. Bovendien houdt de rechter wel rekening met de impact op de reguliere bonusregeling van de werknemer door deze wél te betrekken bij de begroting door de overbruggingsperiode van zes maanden te vermenigvuldigen met de gemiddelde bonus over de jaren 2018-2020. Het onderscheid in aanpak tussen de bonus en de RSUs/opties is wat ons betreft niet goed te volgen, mede omdat ook voor de bonus in de regel geldt dat het recht hierop eindigt bij het einde van het dienstverband. Weliswaar heeft de rechter als gezegd een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de billijke vergoeding, maar het zou wat ons betreft zuiverder zijn geweest om eventuele misgelopen RSU/Stock Option aanspraken wel (in een bepaalde vorm) te betrekken bij de begroting van de billijke vergoeding. De gevolgen onder de betreffende participatieregelingen zijn een gevolg van het verwijtbare gedrag van de werkgever.⁶¹

4.3.2 Participatieregelingen aangegaan met derden

Het voorgaande laat zien dat de gemiste rechten onder een participatieregeling meegenomen kunnen worden bij de begroting van de billijke vergoeding. In sommige gevallen wordt de participatieregeling niet direct met de werkgever aangegaan, maar met een aan de werkgever gelieerde onderneming. Het is de vraag in hoeverre een participatieregeling ook dan meegenomen kan worden bij de begroting van de billijke vergoeding.

Het eerder aangehaalde Seminis-arrest biedt in dit kader een aanknopingspunt.⁶² Op grond van dit arrest heeft een werkgever een eigen verplichting om rekening te houden met het effect van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op een participatieregeling; ook als deze overeengekomen is met een andere entiteit. Dit is volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd indien de rechten onder de participatieregeling gekoppeld zijn aan het dienstverband met de werkgever. Het gevolg hiervan is dat het verlies van de aanspraken onder een participatieregeling (aangegaan met bijvoorbeeld de aandeelhouder van de werkgever) in beginsel kunnen (en moeten) worden meegewogen bij de begroting van de billijke vergoeding, mits er in de participatieregeling een koppeling wordt gemaakt met het dienstverband.⁶³ Als gezegd is dat vaak het geval.

4.4 Andere mogelijke grondslagen voor een schadevergoeding

Nu de billijke vergoeding pas in beeld komt in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (behoudens in geval van een bestuurder), komt de vraag op of er nog andere mogelijkheden zijn om 'participatieschade' te verhalen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om situaties waarin de afwikkeling van de participatieregeling door een werknemer in strijd wordt geacht met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (bijvoorbeeld het invoeren van het vervalbeding) of de werknemer ten onrechte als 'bad leaver' is aangemerkt. Een werknemer kan dan mogelijk een beroep doen op artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap), artikel 6:248 lid 2 BW (redelijkheid en billijkheid), artikel 7:686 BW (ontbinding wegens wanprestatie) en/of artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad).⁶⁴

Wij zullen hierna nog kort een aantal opmerkingen plaatsen in dit kader. Hierbij gaan we allereerst in op de vraag in hoeverre er binnen de arbeidsrechtelijke context ruimte is om naast de transitievergoeding en de billijke vergoeding nog een andere vergoeding te vorderen, gelet op het beoogde exclusieve karakter van deze vergoedingen.

4.4.1 Baijings-leer

Naar oud recht kon de arbeidsovereenkomst worden ontbonden onder toekenning van een vergoeding naar billijkheid op grond van artikel 7:685 BW (oud). Daarbij moest (en kon) alles inzake de ontslagvergoeding in die procedure aan de orde worden gesteld. Net als in het kader van de begroting van de billijke vergoeding diende de rechter destijds bij het vaststellen van de ontslagvergoeding alle omstandigheden van het geval mee te nemen. In die toets moest de rechter de eisen van redelijkheid en billijkheid ten volle tot uitdrukking laten komen, zodat daarnaast geen ruimte meer bestond om nog een vergoeding op grond van de redelijkheid en billijkheid te vorderen. Dit wordt aangeduid als de Baijings-leer.⁶⁵ Het belang van de Baijings-leer is, onder meer, dat wordt voorkomen dat vorderingen ten onrechte dubbel worden beoordeeld en gecompenseerd.⁶⁶

Er zijn twee belangrijke uitzonderingen op de Baijings-leer. Allereerst kan een omstandigheid die door de rechter uitdrukkelijk buiten beschouwing is gelaten alsnog in een afzonderlijk geding aan de hand van de

61 Zie verder ook kritisch C.F.J. van Tuyl van Serooskerken in zijn noot bij Rb. Midden-Nederland 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4614, JAR 2021/274 en S.C. Verlinden in zijn noot in JIN 2022/19.

62 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896.

63 Van Schadewijk spreekt in M.A.N. van Schadewijk, *Werkgeverschap in concernverband* (diss., Monografieën Sociaal Recht nr. 82), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.4.4.2 van een zekere concernenheid ten aanzien van (een deel van) de beloning, waardoor het niet onlogisch is dat moeder en dochter zich bij de gevolgen van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst voor die beloning niet kunnen verschuilen achter het verschil in rechtspersoonlijkheid.

64 Wij zullen in deze bijdrage verder niet stilstaan bij nakoming c.q. schadevergoeding vanwege wanprestatie ex art. 6:74 BW. Deze vordering wordt in de praktijk nog wel eens gecombineerd met een vordering ex art. 7:611 BW. Zie daarvoor bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 augustus 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:6180, JAR 2020/213 m.nt. E. Loesberg en vergelijkbaar naar oud recht HR 1 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4162 en HR 11 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4558.

65 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905 (Baijings). Zie hierover o.a. K.W.M. Bodewes, 'De Baijingsevoluitie', *ArbeidsRecht* 2004, 65; A. van Zanten-Baris, 'Van Baijings tot Visser: ruimte voor redelijkheid', *SR* 2005, 26 en meer recent A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding en de Baijings-leer, er kan veel meer', *TRA* 2023/2.

66 Anderzijds diende de Baijings-leer doorbreking van het rechtsmiddelenverbod te voorkomen. Dit aspect is sinds de WWZ niet langer aan de orde.

eisen van redelijkheid en billijkheid worden beoordeeld.⁶⁷ Daarnaast ziet de leer niet op omstandigheden die geen enkel verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een loonvordering of een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling.⁶⁸ In dergelijke gevallen is er in beginsel ruimte om schade op een andere grondslag te verhalen.

4.4.2 *Baijings-leer – post WWZ*

De voornoemde uitzonderingen roepen de vraag op hoe de Baijings-leer zich verhoudt tot het huidige ontslagvergoedingstelsel. Het uitgangspunt is dat zowel de transitievergoeding als de billijke vergoeding exclusieve regelingen zijn. Zoals hierboven uiteengezet, strekt de billijke vergoeding tot compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever dat heeft geleid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst en is met de transitievergoeding voorzien in een vergoeding voor de gevolgen van een ontslag en om de kosten van de transitie naar ander werk te vergemakkelijken. Dat betekent in het kader van een schadevergoeding op grond van schending van goed werkgeverschap bijvoorbeeld dat daar geen ruimte meer voor is als de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van of verband houdt met een dergelijke schending. Als de gestelde schending van goed werkgeverschap en de daaruit voortvloeiende schade echter losstaat van handelen of nalaten van de werkgever dat heeft geleid tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en losstaat van de gevolgen van het ontslag als zodanig, kan er wel aanleiding bestaan voor toekenning van een schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW.⁶⁹

Hetzelfde geldt voor het verzoek van de werknemer tot ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst in combinatie met een schadevergoeding ex artikel 7:686 BW.^{70,71} Aangenomen wordt dat toekenning van een schadevergoeding op deze basis niet mogelijk is indien het verzoek enkel gebaseerd is op vermeende strijdigheid van een opzegging van werkgever met artikel 7:669 BW. Daarvoor dient de werknemer artikel 7:682 BW aan te wenden, welk artikel voorziet in de mogelijkheid van herstel of een billijke vergoeding.⁷²

67 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0896.

68 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie), Leiden 2014. Zie ook: HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4062.

69 Zie voor een toepassing van de exclusiviteit van de ontslagvergoedingen in het kader van art. 7:611 BW en art. 7:658 BW bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4064.

70 Zie daarover onder meer C. van den Bor, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW', *TRA* 2018/56.

71 Een dergelijke ontbindingsvordering is in beginsel slechts toewijsbaar in gevallen van ernstige wanprestatie; een maatstaf die veelal vergelijkbaar is met 'ernstig verwijtbaar handelen'. Niet in alle gevallen is 'ernstige wanprestatie' vereist. Zie hierover onder meer K. Janssens, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:686 BW, aant. 7.2.

72 Hof Den Haag 14 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:994, r.o. 5.7. Zie daarnaast ook in het kader van art. 7:673 lid 9 BW Hof Den Haag 24 janua-

Ook ten aanzien van een vordering van de (ex-)werknemer op basis van onrechtmatige daad geldt dat daar in beginsel slechts ruimte voor is als de onrechtmatige gedraging van de werkgever een op zichzelf staande onrechtmatige daad is en niet reeds verdisconteerd is in de toetsing van het ontslag en daarmee samenhangende vergoedingen (met name de billijke vergoeding).⁷³

4.4.3 *Baijings en de participatieregeling*

Voor de participatieregeling betekent het voorgaande dat, wanneer het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever dat heeft geleid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst er ook toe leidt dat onder de participatieregeling schade wordt geleden, er ten aanzien van het verhalen van deze schade voor de werknemer slechts de mogelijkheid openstaat van een verzoek tot een billijke vergoeding. Het zal dan in de praktijk vaak gaan om het verval van rechten onder de participatieregeling door een vroegtijdige beëindiging van de regeling, maar ook kan worden gedacht aan een onjuiste 'leaver' kwalificatie. Gesteld kan worden dat het in deze gevallen dus primair gaat om het effect van het einde van de arbeidsovereenkomst (door het ernstig verwijtbare handelen) op de participatieregeling. Hoewel het feitencomplex dat betrekking heeft op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst veelal gelijk zal zijn aan het feitencomplex dat tot de schade onder de participatieregeling heeft geleid, kan het ook zijn dat de schade onder de participatieregeling losstaat van (i) het einde van de arbeidsovereenkomst of (ii) het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever dat daartoe heeft geleid. Het uitgangspunt is dan dat het een werknemer vrijstaat om de schade te verhalen op de voornoemde andere grondslagen (buiten de billijke vergoeding om).

Indien de werknemer meent dat de werkgever zich schuldig maakt aan ernstig verwijtbaar gedrag met als gevolg schade onder de participatieregeling, dan heeft de werknemer ook de optie om zélf (voorwaardelijk) ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen en een billijke vergoeding te claimen op grond van artikel 7:671c lid 1 BW. Het voordeel is dat de werknemer dan niet hoeft af te wachten tot de werkgever zelf het dienstverband beëindigt, als onderdeel waarvan een billijke vergoeding kan worden verzocht. Daar staat wel tegenover dat indien de werknemer daarvoor kiest, er geen andere mogelijkheden meer voor de werknemer zijn om de schade te verhalen op basis van hetzelfde fei-

ri 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:22, r.o. 5.6.

73 Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3818 (Pratt & Whitney/Franssen), waaruit volgt dat de in de art. 7A:1639s (oud) neergelegde regeling, waaronder die betreffende verjaring, wel uitputtend is wanneer het gaat om de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, maar dit niet betekent dat daarnaast geen schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan worden gevorderd in een geval waarin de aan de werkgever verweten gedraging (los van de vraag of het ontslag daardoor kennelijk onredelijk is) als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt. Daarnaast wijzen wij ook op HR 11 mei 1979, NJ 1979/441 (Hal/Van Werkhoven). Zie in dit kader ook: C.L.C. Reynaers, 'Optieschade na de WWZ: cash me if you can?', *TAP* 2021/2.

tencomplex nu het gedrag van de werkgever een omstandigheid wordt die heeft geleid tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

4.4.4 Participatieregelingen aangegaan met derden

Een afweging voor de werknemer om voor de route van een billijke vergoeding te kiezen kan zijn dat het Seminis-arrest een aanknopingspunt biedt om bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding ook schade mee te nemen die voortvloeit uit een participatieregeling die met een derde is aangegaan, mits deze gekoppeld is aan het dienstverband.⁷⁴ Een voordeel daarbij is dat slechts de werkgever aangesproken hoeft te worden en een werknemer dus niet een andere (al dan niet in het buitenland gevestigde) (groeps)vennootschap in de procedure hoeft te betrekken. Het is de vraag of het Seminis-arrest ook zo moet worden begrepen dat deze ook kan worden toegepast in het kader van de andere voornoemde mogelijke grondslagen om schade te verhalen, of dat daarvoor separaat de derde waarmee de participatieregeling is aangegaan in rechte betrokken moeten worden.⁷⁵ Het uitgangspunt lijkt vooralsnog dat een werknemer naar huidig recht in principe alleen de derde partij als participatieverlener bij een participatieregeling kan aanspreken tot terzijdestelling van het vervalbeding en nakoming van de participatieregeling.⁷⁶ Daarbij dient wel een onderscheid te worden gemaakt tussen het object van de participatie en de participatieverlener. In het geval de werkgever opties verstrekt in bijvoorbeeld de moedervernootschap, kan de werkgever als participatieverlener wel direct worden aangesproken op schade die uit een dergelijke regeling voortvloeit.⁷⁷

Artikel 7:686 BW in combinatie met het Seminis-arrest biedt, als onderdeel van het arbeidsrechtelijke vergoedingstelsel, mogelijk nog een grondslag om de schade onder een participatieregeling die met een derde is aangegaan te verhalen, zonder dat daarbij de derde betrokken hoeft te worden. Wanneer er een duidelijke koppeling is gemaakt met het dienstverband en de werkgever zich om die reden de gevolgen van het einde van het dienstverband op grond van het Seminis-arrest moet aantrekken, kan betoogd worden dat de werkgever bij

schade rechtstreeks aangesproken kan worden op grond van artikel 7:686 BW. Aan de andere kant is het de vraag of handelingen van derden langs deze weg kunnen worden toegerekend aan de werkgever als tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. In het Seminis-arrest was de 'rechtvaardiging' van de Hoge Raad voor het toerekenen van een omstandigheid die ziet op een derde aan de werkgever, dat het voortbestaan van het dienstverband gekoppeld was aan de rechten onder de participatieregeling en dat de werkgever daar dus feitelijk invloed op had. De werkgever zal niet in alle gevallen invloed kunnen hebben op de schade voortbrengende omstandigheden onder de participatieregeling. Hoewel er in beginsel onder omstandigheden ook naast de billijke vergoeding mogelijke grondslagen zijn om de werkgever aan te spreken, zelfs als het gaat om verplichtingen die in beginsel op een derde zien, lijkt het – *to be on the safe side* – als werknemer aan te bevelen de derde waar mogelijk ook te betrekken.

5. Conclusie

Duidelijk is geworden dat bij een (voorgenomen) ontslag verschillende arbeidsrechtelijke aspecten een rol kunnen spelen als het gaat om de afwikkeling van een participatieregeling. Het is voor de participatieverlener van belang om hier (tijdig) rekening mee te houden indien het einde van de arbeidsovereenkomst van een participant in het verschieft ligt. Eigenlijk dient door de participatieverlener reeds bij het opstellen van de participatieregeling zo veel mogelijk geanticipeerd te worden op mogelijke arbeidsrechtelijke aandachtspunten. Hierbij verdient in het bijzonder de structurering van de 'leaver-afspraken' de nodige aandacht. Hoewel de contractuele afspraken het uitgangspunt vormen, is het naast de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid van belang om rekening te houden met de bijzondere regels van het arbeidsrecht vanwege de koppeling die doorgaans in de participatieregeling wordt gemaakt met het continueren van het dienstverband en in het bijzonder de arbeidsrechtelijke ontslaggronden. Doet de werkgever/aandeelhouder dit niet of onvoldoende, dan kan hij voor onaangename (en dure) verrassingen komen te staan.

74 Zie hierover bijvoorbeeld recent ook de noot van S.C. Verlinden bij Rb. Midden-Nederland 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4614, *JIN* 2022/19: 'Een voordeel dat de route van de billijke vergoeding biedt om verloren optie- en RSU-aanspraken te verwezenlijken, ten opzichte van het claimen van nakoming van de optie- of RSU-regeling, is dat het geen onoverkomelijke hindernis hoeft te zijn dat een andere partij dan de werkgever de opties of RSU's heeft toegekend. Het gaat bij de billijke vergoeding immers juist om een begroting naar billijkheid, waarbij het er uiteindelijk om gaat dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, voor zover dat in verband staat met de schade.'

75 Zie in dit verband Rb. Arnhem 4 december 2006, 421522\CV EXPL 05-9598\HK/198\HK. Vgl. Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3952.

76 M.A.N. van Schadewijk, *Werkgeverschap in concernverband* (diss., Monografieën Sociaal Recht nr. 82) Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.4.4.2. Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 17 en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2404.

77 Vgl. Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3952.