

10. december 2018

Liberalization of the Danish Share Option Act

Summary in English: *The Danish Ministry of Employment has adopted a bill liberalizing the Danish Share Option Act. The bill abandons the mandatory "good leaver / bad leaver" regime and leaves it to the parties to determine the consequences of termination of employment. In that connection, it allows clauses giving the employer the right to repurchase shares acquired by the employee through exercise of options or warrants provided that the repurchase happens at market price. The act will enter into force on 1st of January 2019 and apply to programs adopted thereafter.*

--oOo--

LOV OM ÆNDRING AF LOV OM BRUG AF KØBERET ELLER TEGNINGSRET TIL AKTIER M.V. I ANSÆTTelsesFORHOLD (UDVIDELSE AF AFTALEFRIHEDEN I OPTIONSORDNINGER)

Beskæftigelsesministeriet fremsatte den 3. oktober 2018 et lovforslag om ændring af aktieoptionsloven.¹ Lovforslaget blev vedtaget ved 3. behandling i Folketinget den 6. december 2018. Med afsæt i et initiativ i erhvervs- og iværksætteraftalen af 12. november 2017² vil lønmodtageres retsstilling i forhold til købe- og tegningsrettigheder (optioner og warrants) i forbindelse med ophør af deres ansættelsesforhold blive markant ændret. Ændringsloven træder i kraft den 1. januar 2019 og finder anvendelse på ordninger, der etableres herefter, jf. § 2.

Hovedpunkter

Ændringslovens hovedpunkter er:

- Det gældende "good leaver / bad leaver" regime, der ikke kan fraviges til ugunst for lønmodtageren, ophæves. Udgangspunktet er herefter, at parterne har aftalefrihed i forhold til regulering af konsekvenserne af et ansættelsesforholds ophør for tildelte uudnyttede optioner/warrants.
- Der indføres lovhjemmel for aftaler om, at arbejdsgiveren kan tilbagekøbe kapitalandele, der er erhvervet i medfør af ordninger omfattet af loven, til markedspris. Rækkevidden af denne lovhjemmel er dog uklar.

Baggrund for Ændringsloven

Aktieoptionsloven regulerer adgangen til at etablere ordninger i ansættelsesforhold, efter hvilke lønmodtagere får adgang til på et senere tidspunkt at erhverve eller få tildelt kapitalandele. Loven omfatter ikke ordninger, hvor lønmodtageren umiddelbart tildeles eller erhverver kapitalandele uden at skulle afvente en modnings- eller optjeningsperiode.

Det fremgår af erhvervs- og iværksætteraftalen pkt. 1.4., at der "etableres aftalefrihed til at indgå såkaldte "vesting-aftaler" i medarbejderaktieprogrammer, herunder at det bliver muligt at aftale, at medarbejderaktier, som på

¹ Lov nr. 309 om brug af køberet eller tegningsret til aktier m.v. i ansættelsesforhold af 5. maj 2004 (aktieoptionsloven)

² Indgået mellem Venstre, Liberal Alliance, Det Konservative Folkeparti, Dansk Folkeparti og Radikale Venstre

C O P E N H A G E N L A W

fratrædelsestidspunktet endnu ikke er optjent, bortfalder, når en medarbejder opsiges”, og at der ”etableres aftalefrihed til at indgå aftale om tilbagekøb af aktier til markedspris ved fratrædelse”.

Erhvervs- og iværksætteraftalen blev indgået på baggrund af en anbefaling fra det i regi af Erhvervsministeriet etablerede iværksætterpanel, som gjorde opmærksom på behovet for øget aftalefrihed og klarhed i forbindelse med brug af optioner og warrants. Panelet vurderede i denne henseende, at en højere grad af fleksibilitet i relation til udformningen af aktieoptionsordninger og en forenkling af reglerne ville understøtte anvendelsen af sådanne ordninger på positiv vis for såvel medarbejdere som virksomheder.

Restriktionerne for, hvad der kan aftales om retsstillingen i relation til købe- og tegningsrettigheder til aktier m.v. ved ophør af ansættelsesforholdet, afskaffes derfor. Derudover fastsættes det, at der kan indgås aftaler om, at arbejdsgiver kan tilbagekøbe aktier til markedspris ved fratræden.

Det vil fortsat være muligt at indgå aftaler eller etablere ordninger med samme vilkår som efter den nuværende lov. Aftaler eller ordninger, der er indgået eller etableret under den nuværende lov, vil endvidere fortsat være gældende, indtil de eventuelt ændres.

Good leaver / bad leaver – ret til optioner/warrants ved ansættelsesforholdets ophør

Aktieoptionslovens §§ 4 og 5 fastlægger, hvordan retsstillingen er med hensyn til uudnyttede tildelte optioner og warrants til kapitalandele ved ansættelsesforholdets ophør. De gældende bestemmelser ophæves ved Ændringsloven. Efter den gældende aktieoptionslovs §§ 4 og 5 har begrundelsen for et ansættelsesforholdets ophør betydning for medarbejderens ret til at beholde uudnyttede tildelte købe- og tegningsrettigheder efter, at ansættelsesforholdet er ophørt.

Hvis ophøret af ansættelsen skyldes arbejdsgivers opsigelse, og lønmodtageren ikke er i misligholdelse, (good leaver), bevarer lønmodtageren tildelte uudnyttede optioner/warrants og har endvidere i medfør af den gældende § 5, stk. 1, 2. pkt., ret til en i forhold til lønmodtagerens ansættelsestid i regnskabsåret forholdsmæssig andel af de tildelinger, som lønmodtageren ville have haft ret til i henhold til aftale eller sædvane, hvis lønmodtageren havde været ansat ved regnskabsårets afslutning eller på tildelingstidspunktet.

Er opsigelsen derimod foranlediget af lønmodtagerens misligholdelse eller lønmodtagerens egen opsigelse (bad leaver), bortfalder retten til tildelte uudnyttede købe- eller tegningsretter på tidspunktet for ansættelsesforholdets ophør, jf. aktieoptionslovens § 4.

Kapitalandele erhvervet ved udnyttelse af optioner eller warrants påvirkes ikke af arbejdsforholdets ophør.

Med Ændringsloven ophæves bestemmelsen om medarbejdernes ret til optioner og warrants i forbindelse med arbejdsgivers opsigelse af ansættelsesforholdet (good leaver), jf. § 5, jf. Ændringslovens § 1, nr. 2. Konsekvensen heraf er blandt andet, at det bliver muligt at aftale, at optioner og warrants, som endnu ikke er udnyttede på tidspunktet for fratrædelsen, bortfalder ved opsigelse, uanset om denne skyldes arbejdsgiverens forhold. I og med at lovens § 4 også ophæves vil en anden konsekvens være, at lønmodtageren ved egen opsigelse (bad leaver) ikke automatisk fortaber retten til tildelte uudnyttede optioner/warrants. Endelig synes det muligt at aftale ”cliffs”, hvorefter tildeling af optioner/warrants forudsætter, at lønmodtageren er ansat en vis periode (fx 12 måneder) efter indgåelse af incitamentsaftalen.

C O P E N H A G E N L A W

Options- og warrantprogrammer, der etableres efter Ændringslovens ikrafttræden, vil derfor i flere detaljer skulle regulere retsstillingen ved ansættelsens ophør og kan ikke forlade sig på – og er ikke begrænset af – udfyldende regler i aktieoptionsloven.

Man skal i den forbindelse være opmærksom på, at aftalelovens³ § 36 om tilsidesættelse af urimelige aftalevilkår vil kunne finde anvendelse. Ændringsloven udelukker desuden næppe, at principperne i funktionærlovens⁴ § 17a, der forud for aktieoptionslovens ikrafttræden kunne indebære pro rata tildeling i opsigelsesperioden, efter omstændighederne igen vil kunne finde anvendelse.

Tilbagekøbsklausuler

Det er ikke efter den nuværende aktieoptionslov muligt at aftale fravigelser af loven til ugunst for lønmodtageren, jf. lovens § 8, stk. 1. Dette medfører blandt andet, at det ikke er muligt at aftale, at arbejdsgiveren har ret til at tilbagekøbe kapitalandele, som lønmodtageren har erhvervet via et incitamentsprogram omfattet af loven, uanset om det sker til markedspris, da en sådan tilbagekøbsklausul kan være til ugunst for lønmodtageren.

Med Ændringsloven indføres en ny § 4, der giver hjemmel til, at en medarbejder og arbejdsgiver kan aftale, at arbejdsgiveren kan tilbagekøbe kapitalandele.

Bestemmelsen kræver dog, at tilbagekøbet sker til markedspris. Dette forudsætter ifølge Ændringslovens lovbemærkninger, at kapitalandelene er "omsættelige". Det er ikke klart, nøjagtig hvad der ligger heri, om end det anføres, at kapitalandelene skal være "omsættelige på det åbne marked". Det fremgår dog, at en tilbagekøbsklausul kan indeholde kriterier for fastlæggelse af markedsprisen. Hvor kapitalandelene ikke er omsættelige, og markedspris ikke kan bestemmes, vil tilbagekøb ved fratræden efter Ændringsloven kunne ske "i overensstemmelse med almindelige aftaleretlige principper, der er fastlagt i aftaleloven og udviklet i retspraksis."

--oOo--

Eventuelle spørgsmål i relation til ovenstående kan rettes til advokat Christoffer Galbo (E: cg@copenhagenlaw.eu, T: +45 26 22 09 77) eller Mie Rune Frostholt (E: mrf@copenhagenlaw.eu, T: +45 40 58 56 43).

--oOo--

Nærværende skrivelse er en generel orientering og bør ikke anvendes som grundlag for konkrete dispositioner.

³ Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016 (aftaleloven)

⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24. august 2017 (funktionærloven)