

# Artikel

## De eenzijdige verlengingsoptie: een echte optie of valt er niets te kiezen?

Nick Poggenklaas\*

### 1. Inleiding

In 1995 heeft het Europese Hof van Justitie in *Bosman* geoordeeld dat voetbalclubs geen transfervergoeding voor een speler meer mochten vragen na afloop van diens arbeidsovereenkomst.<sup>1</sup> Als gevolg hiervan zijn clubs spelers voor langere perioden aan zich gaan binden, terwijl in de periode vóór *Bosman* arbeidsovereenkomsten in de voetballerij vaker van korte duur waren. Voor clubs brengen arbeidsovereenkomsten met een langere duur bepaalde risico's met zich mee. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een groter risico met betrekking tot ernstige blessures of bij tegenvallende prestaties. Een van de manieren die clubs hebben bedacht om die risico's te beperken is door gebruik te maken van een 'eenzijdige verlengingsoptie'. Een eenzijdige verlengingsoptie houdt in dat de ene partij (in de regel de club) de duur van de arbeidsovereenkomst kan verlengen, zonder dat de andere partij (in de regel de speler) daarvoor nog toestemming hoeft te geven.<sup>2</sup> Over de geldigheid van dergelijke eenzijdige verlengingsopties is veel te doen. Dat blijkt onder meer uit de wijze waarop de Dispute Resolution Chamber van het FIFA Football Tribunal<sup>3</sup> ('FIFA DRC') en het CAS omgaan met zaken die draaien om deze opties. Ook kan gewezen

worden op het gezaghebbende artikel van W. Portmann uit 2007.<sup>4</sup> In dat artikel onderzocht Portmann of eenzijdige verlengingsopties in strijd waren met de FIFA-reglementen en/of het Zwitserse recht.<sup>5</sup> Portmann kwam tot de conclusie dat een eenzijdige optie in beginsel geldig is, mits de optie aan bepaalde criteria voldoet. Indien niet aan deze *Portmann-criteria* wordt voldaan, zou de eenzijdige optie in strijd zijn met de (Zwitserse) openbare orde en derhalve niet houdbaar zijn. Ook Nederlandse auteurs zijn in het verleden kritisch geweest ten opzichte van eenzijdige verlengingsopties, omdat deze mogelijk in strijd zouden zijn met het Nederlandse arbeidsrecht.<sup>6</sup>

Wanneer wordt geschreven over de eenzijdige verlengingsoptie, wordt dat doorgaans gedaan in het kader van het (internationale) sportrecht. De vraag is dan veelal hoe de FIFA DRC of het CAS met dergelijke clausules omgaan. De eenzijdige verlengingsoptie is echter ook vanuit het Europese en het Nederlandse arbeidsrecht een interessant verschijnsel. Desondanks is er vanuit arbeidsrechtelijk perspectief slechts in beperkte mate over de eenzijdige optie geschreven. Sterker nog, voor zover mij bekend zijn er sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid geen Nederlandstalige arbeidsrechtelijke publicaties meer over dit onderwerp verschenen. Naar mijn idee is het daarom de hoogste tijd de eenzijdige verlengingsoptie onder de aandacht te brengen vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief.

121

\* Mr. N. (Nick) Poggenklaas is advocaat arbeidsrecht en sportrecht bij BMDW Advocaten te Haarlem. Hij is per e-mail te bereiken via np@bmdw.nl. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*).

2 D.M. Koolaard, Eenzijdige opzegopties: een alternatief voor eenzijdige verlengingsopties?, *TvS&R* 2012-2.

3 Voorheen de FIFA Dispute Resolution Chamber.

4 W. Portmann, Unilateral option clauses in Footballer's contracts of employment: An assessment from the perspective of international Sports Arbitration, *ISLR* 2007, p. 6-16.

5 Het Zwitserse recht speelt een belangrijke rol in de internationale sport, omdat veel internationale sportbonden zijn gevestigd in Zwitserland.

6 A.F. Bungener & E. Verhulp, De eenzijdige verlengingsoptie in de arbeidsovereenkomst, *ArbeidsRecht* 2004/64.

De eenzijdige verlengingsoptie is gebaseerd op het rechtsfiguur van ‘het onherroepelijk aanbod’. In dit artikel wordt daarom allereerst aandacht besteed aan de doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht in het algemeen en artikel 6:219 BW in het bijzonder. Voorts worden de uitspraken van de Arbitragecommissie van de KNVB besproken die betrekking hebben op de eenzijdige verlengingsoptie. Omdat de eenzijdige verlengingsoptie vooral in het betaald voetbal voorkomt, wordt er ook beknopt aandacht besteed aan de wijze waarop FIFA en het CAS met eenzijdige verlengingsopties omgaan, waarbij ook de hiervoor genoemde *Portmann-criteria* de revue zullen passeren. Vervolgens volgt de arbeidsrechtelijke analyse en tot slot de conclusie.

## 2. Doorwerking van het algemeen vermogensrecht

Het Burgerlijk Wetboek (hierna: ‘BW’) kent een gelaagde structuur. Vanwege die gelaagde structuur is het algemene vermogensrecht (waarbij vooral gedacht moet worden aan Boek 3 en Boek 6 van het BW) in beginsel ook van toepassing op het arbeidsrecht. In het arbeidsrecht is de doorwerking van het algemeen vermogensrecht echter niet altijd een vanzelfsprekendheid. In dat kader wordt er allereerst op gewezen dat in het arbeidsrecht enkele algemeen vermogensrechtelijke bepalingen expliciet van toepassing worden verklaard. Zo wordt in lid 8 van artikel 7:650 BW verwezen naar de artikelen 6:91-94 BW. Moet uit het feit dat bepaalde artikelen expliciet van toepassing worden verklaard, worden afgeleid dat andere vermogensrechtelijke bepalingen niet doorwerken? Naar mijn idee is dat niet het geval. In het verlengde van die conclusie moet namelijk worden opgemerkt dat in het arbeidsrecht ook bepaalde algemeen vermogensrechtelijke bepalingen juist buiten toepassing worden verklaard. Zo wordt artikel 3:55 BW buiten werking gesteld door hetgeen is bepaald in artikel 7:686a lid 8 BW.

Gelet op het feit dat er in Boek 7 van het BW regelmatig wordt verwezen naar bepalingen uit het algemeen vermogensrecht, wordt in de literatuur het standpunt ingenomen dat er geen sprake is van een ‘strikte scheiding’ tussen het arbeidsrecht en de bepalingen uit de Boeken 3 en 6 van het BW.<sup>7</sup> Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt echter dat doorwerking ook zeker geen vanzelfsprekendheid is. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gewezen op het *Holland-Amerika Lijn (HAL)/Van Werkhoven*-arrest.<sup>8</sup> In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de regeling rondom het kennelijk onredelijk ontslag (oud recht) als uitputtend moet worden beschouwd, zodat voor de doorwerking van het algemene leerstuk van

de goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) geen plaats meer was. In de loop der jaren is de strenge lijn van de Hoge Raad iets afgezwakt. Dit volgt onder meer uit het *Baijings*-arrest.<sup>9</sup> Opvallend was wel dat de Hoge Raad ook in dat arrest oordeelde dat ‘vanwege de bijzondere aard van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst’ in beginsel geen ruimte bestond om naast de vergoeding wegens een kennelijk onredelijk ontslag nog een andere vergoeding toe te kennen aan een werknemer, doch dat een redelijke wetsuitleg met zich meebracht dat er op die hoofdregel wel uitzonderingen zouden moeten zijn. Uiteraard kan ook worden gewezen op de arresten *Pratt & Whitney*<sup>10</sup> (waarin is bepaald dat het verkrijgen van toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst door misleiding ook een onrechtmatige daad is) en *Werkneemster/Curaçao*.<sup>11</sup>

Wanneer het gaat over de doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht lijkt de focus (zowel in de rechtswetenschappelijke literatuur als in de rechtspraak) te liggen bij onderwerpen als de wilsvertrouwensleer, wilsgebreken en de ontbindende voorwaarde. Vooral het laatstgenoemde onderwerp acht ik interessant. Want past het systeem van de ontbindende voorwaarde wel binnen het gesloten stelsel van het ontslagrecht? Uit rechtspraak van de Hoge Raad (naar oud recht) moet worden afgeleid dat een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst geldig kan zijn. Het moet daarbij gaan om een ontbindende voorwaarde die redelijkerwijs met het ontslagstelsel te verenigen is. De ontbindende voorwaarde zou derhalve slechts bij uitzondering mogen worden aanvaard en om te kunnen spreken van een geldige ontbindende voorwaarde zou deze in ieder geval objectief moeten zijn. Daarmee wordt bedoeld dat het niet zo zou mogen zijn dat een werkgever invloed kan hebben op het al dan niet in werking treden van de ontbindende voorwaarde (het zogenoemde *triggerverbod*).<sup>12</sup> Ook nadat er via de WWZ een limitatieve lijst van ontslaggronden is opgenomen in de wet, lijken kantonrechters en gerechtshoven zo nu en dan een ontbindende voorwaarde nog rechtsgeldig te achten.<sup>13</sup> In de literatuur wordt echter ook wel betoogd dat voor de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht geen plaats (meer) is. In dat kader wordt er onder meer op gewezen dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een *limitatief* grondenstelsel en dat het toestaan van ontbindende voorwaarden de bescherming die het arbeidsrecht aan werknemers biedt (te denken valt onder meer aan de herplaatsingsplicht of het recht op een transitievergoeding) zal ondermijnen.<sup>14</sup>

7 Zie onder meer: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Hoofdstuk 18: Doorwerking vermogensrecht, 2015, p. 1059-1089, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

8 HR 11 mei 1979, NJ 1979/441 (*HAL/Van Werkhoven*).

9 HR 10 oktober 1997, JAR 1997/248 (*Baijings*).

10 HR 3 december 1999, JAR 2000/18 (*Pratt & Whitney*).

11 HR 28 juni 2013, NJ 2013/367 (*Werkneemster/Curaçao*).

12 HR 6 maart 1992, NJ 1992/509 (*Mungra*), HR 24 mei 1996, NJ 1996/685 (*Van Zijl/Koppen*), HR 1 februari 2002, JAR 2002/45 (*Monte/Bank*) en HR 2 november 2012, JAR 2012/314 (*HTM Personenvervoer*).

13 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag, 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1084.

14 M. van Eck, *Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz*, TvO 2017, 1.3, p. 4-8, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (en de aldaar genoemde jurisprudentie).

### 3. De eenzijdige verlengingsoptie

Waar geen discussie over bestaat, is dat een arbeidsovereenkomst op basis van artikel 6:217 BW ‘gewoon’ tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding van dat aanbod. Een onderwerp wat in de arbeidsrechtelijke rechtspraak en de literatuur minder aandacht krijgt, is, zoals reeds in de inleiding van deze bijdrage is aangegeven, de doorwerking van artikel 6:219 BW in het arbeidsrecht. Dit artikel regelt de rechtsfiguur van het ‘onherroepelijk aanbod’. Lid 1 van voornoemd artikel luidt: ‘Een aanbod kan worden herroepen, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt.’ Voorts luidt lid 3 van het artikel: ‘Een beding waarbij één der partijen zich verbindt om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten, geldt als een onherroepelijk aanbod.’

Deze bepalingen – en dan met name artikel 6:219 lid 3 BW – bieden de juridische basis voor de eenzijdige verlengingsoptie die aan clubs of spelers wordt geboden. Dat betekent in de praktijk dat er in een arbeidsovereenkomst (van bijvoorbeeld twee jaar) een clausule wordt opgenomen waarbij de club de mogelijkheid krijgt om de arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld met een duur van één jaar) te verlengen. De werknemer hoeft bij die verlenging niet opnieuw zijn of haar wil kenbaar te maken. Het enige wat vereist is, is dat de club het aanbod van de speler accepteert en ‘de optie licht’.<sup>15</sup>

De (schaarse) arbeidsrechtelijke jurisprudentie welke ziet op artikel 6:219 BW gaat (vrijwel) uitsluitend over situaties waarin de werkgever een aanbod doet aan de werknemer en dit aanbod later wenst in te trekken. In die situaties is dan de vraag of dat kon worden gedaan, tot wanneer dat kon worden gedaan en daarnaast spelen er vaak bewijsrechtelijke vraagstukken.<sup>16</sup> Deze jurisprudentie draait derhalve vooral om artikel 6:219 lid 1 BW en lijkt voor het volgende deel van deze bijdrage van weinig toegevoegde waarde. Deze jurisprudentie wordt derhalve niet uitgebreid besproken. Over de vraag of er voor de doorwerking van artikel 6:219 lid 3 BW plaats is binnen het arbeidsrecht, is naar mijn weten (nog) niet geprocedeerd bij de Nederlandse civiele rechter. Het lijkt mij echter dat er voor de doorwerking van artikel 6:219 lid 3 BW wel een plaats is binnen het arbeidsrecht. Zo zie ik geen reden om bijvoorbeeld een door de werkgever aan de werknemer verstrekt optierecht op het verkrijgen van aandelen binnen de onderneming als ongeldig te beschouwen. Of er voor de eenzijdige verlengingsoptie (welke dus ook is gebaseerd op art. 6:219 lid 3 BW) plaats is binnen het arbeidsrecht, is echter een vraag van andere orde.

15 In de praktijk wordt de eenzijdige verlengingsoptie vooral gegeven aan de club. In deze bijdrage wordt – tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven – telkens uitgegaan van deze situatie.

16 Zie bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 19 december 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BC1634.

### 4. De eenzijdige verlengingsoptie in het Nederlands betaald voetbal

Bij de Arbitragecommissie van de KNVB is, in tegenstelling tot bij de civiele rechter, wel een aantal keer geprocedeerd over de geldigheid van de eenzijdige verlengingsoptie. Dat gebeurde voor het eerst in 2004 in de zaak *Trabelsi/Ajax*.<sup>17</sup> Trabelsi had een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van drie jaar. Daarnaast bevatte de arbeidsovereenkomst een eenzijdige verlengingsoptie waarmee de club de arbeidsovereenkomst met nog eens twee jaar zou kunnen verlengen. De arbeidsovereenkomst bevatte namelijk de volgende bepaling:

*‘The player has granted the club a one sided irrevocable option right to extend this agreement with appendixes for a period of two years (starting 1 July 2004 and ending 30 June 2006), to be executed by the club in writing only as per 31st. March 2004 at the latest.’*

Ajax wenste de optie te lichten, maar Trabelsi wilde liever bij de club vertrekken. In de procedure die volgde, betoogde Trabelsi dat de eenzijdige verlengingsoptie strijdig is met het gesloten systeem van beëindiging van arbeidsovereenkomsten. De Arbitragecommissie van de KNVB ging niet mee in dit betoog en oordeelde dat de eenzijdige verlengingsoptie wél geldig was. Daarbij wees de Arbitragecommissie van de KNVB erop dat het ging om een mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te verlengen en niet om een mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst tussentijds op te zeggen. Verder overwoog de Arbitragecommissie: ‘Het beding zoals Trabelsi dat met Ajax is overeengekomen is niet anders te kenschetsen dan een onherroepelijk aanbod van Trabelsi om de arbeidsovereenkomst te verlengen.’ Het contract van Trabelsi werd dan ook geacht door te lopen, terwijl de speler het contract niet meer wilde verlengen.

Zo’n tien jaar later liet de Arbitragecommissie van de KNVB zich, in de zaak *Letschert/Roda JC*,<sup>18</sup> voor de tweede keer uit over de juridische houdbaarheid van de eenzijdige verlengingsoptie. In deze zaak was er in eerste instantie een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van (slechts) vijf maanden. In de overeenkomst was echter opgenomen dat de club eenzijdig kon besluiten om de arbeidsovereenkomst met twee jaar te verlengen. Letschert wenste na afloop van de initiële contractduur (transfervrij) bij Roda JC te vertrekken, maar Roda JC beriep zich op de eenzijdige verlengingsoptie. Met verwijzing naar de *Trabelsi*-zaak oordeelde de Arbitragecommissie van de KNVB opnieuw dat de eenzijdige optie heeft te gelden als een onherroepelijk aanbod in de zin van artikel 6:219 BW. Naar het oordeel van de Ar-

17 College van Arbiters van de KNVB 4 juni 2004, JAR 2004, 239 (AFC Ajax/Trabelsi).

18 College van Arbiters van de KNVB 29 augustus 2014, nr. 1408 (Letschert/Roda JC).

bitragecommissie van de KNVB is een dergelijk aanbod niet in strijd met het arbeidsrecht. De Arbitragecommissie oordeelt echter wel dat de eenzijdige verlengingsoptie een ‘bijzondere positie heeft binnen het arbeidsrecht’ en dat derhalve niet iedere eenzijdige verlengingsoptie rechtsgeldig is. Er zal dus aan bepaalde criteria moeten worden voldaan voordat sprake is van een geldige eenzijdige verlengingsoptie. Uit de zaak van *Letschert* volgt niet aan welke criteria de Arbitragecommissie van de KNVB precies toetst of een eenzijdige optie geldig is, al blijkt wel uit de uitspraak dat de volgende vijf punten (in ieder geval) een rol spelen (welke punten overigens ook grotendeels naar voren kwamen in genoemd artikel van W. Portmann uit 2007):

1. De potentiële maximumduur van het contract mag niet excessief lang zijn.
2. De optielichting dient geruime tijd voor het einde van de initiële contractperiode aan de speler te zijn meegedeeld.
3. Het salaris dat de speler zal gaan verdienen tijdens de ‘optiejaren’ moet reeds in het initiële contract zijn genoemd.
4. De speler moet een (financieel) voordeel hebben bij het lichten van de optie.
5. En de speler moet op de hoogte zijn van de aanwezigheid van het optiebeding in de arbeidsovereenkomst.

De Arbitragecommissie van de KNVB heeft overigens in de zaak van *Letschert* geoordeeld dat het beding aan de hiervoor genoemde criteria voldeed en stelde derhalve Roda JC in het gelijk.

In 2020 kwam de Arbitragecommissie van de KNVB in de zaak *Sow/RKC Waalwijk* voor de derde (en vooralsnog laatste) keer tot de conclusie dat de eenzijdige optie aangemerkt moest worden als een onherroepelijk aanbod van de speler dat door de club geaccepteerd kon worden. Ook in deze zaak hield het beding derhalve stand. Opvallend was echter dat de Arbitragecommissie, naast de hiervoor genoemde vijf criteria, ook in haar oordeel betrok (6) of de speler tijdens de contractonderhandelingen al dan niet vertegenwoordigd was. Voorts overwoog de Arbitragecommissie (7) dat de omstandigheden ten tijde van het lichten van de optie en (8) de salarisontwikkeling van de speler moesten worden meegewogen bij de beoordeling of het beding geldig was.<sup>19</sup> Of deze omstandigheden echt nieuwe gezichtspunten zijn die moeten worden gewogen, valt nog te bezien. Het lijkt er immers op dat de gezichtspunten die in de zaak *Sow/RKC Waalwijk* zijn toegevoegd vooral uitwerkingen zijn van de criteria die in de zaak *Letschert* al waren benoemd.

Hoewel de Arbitragecommissie van de KNVB dus maar drie uitspraken heeft gedaan met betrekking tot de geldigheid van eenzijdige verlengingsopties, kan uit deze uitspraken een duidelijke lijn worden opgemaakt. Die lijn houdt in dat eenzijdige verlengingsopties in begin-

sel geldig worden geacht, zolang zij maar aan bepaalde voorwaarden voldoen.

## 5. De lijn van FIFA en het CAS

Ook in internationale context is de eenzijdige verlengingsoptie regelmatig onderwerp van een juridische discussie of procedure. In de uitspraken van de FIFA DRC en het CAS wordt bij de beoordeling van de geldigheid van eenzijdige opties veelal verwezen naar de hiervoor al genoemde ‘Portmann-criteria’. De Portmann-criteria zijn gelijk aan de criteria waaraan de Arbitragecommissie van de KNVB in *Letschert* heeft getoetst. Wanneer niet aan de Portmann-criteria wordt voldaan, zal het CAS een eenzijdige verlengingsoptie naar alle waarschijnlijkheid als ongeldig beoordelen. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zaken van de voetballers *Bueno* en *Rodriguez*, waarin het CAS tot deze conclusie kwam.<sup>20</sup>

In de zaak *Panathinaikos/Kyrgiakos*<sup>21</sup> kwam het CAS echter tot de conclusie dat een eenzijdige verlengingsoptie wel geldig was. Daarbij lijkt er door het CAS vooral waarde te zijn gehecht aan het feit dat de speler bij de verlenging een salarisverhoging van 25% zou krijgen en derhalve een aanzienlijk financieel voordeel zou genieten van de verlenging. Opvallend aan deze uitspraak is overigens dat het CAS verduidelijkt hoe het gezichtspunt ‘voordeel voor de speler’ moet worden ingevuld. Volgens het CAS moet er een vergelijking worden getrokken met het ‘oude salaris’ van de speler en het ‘nieuwe salaris bij de verlenging’. Welke arbeidsvoorwaarden de speler elders zou kunnen krijgen is volgens het CAS niet relevant. Dit oordeel verduidelijkt het gezichtspunt enigszins, maar desondanks blijven er veel vragen onbeantwoord. Want hoeveel voordeel is genoeg? Ligt die grens op 25%? Of zou bijvoorbeeld een salarisverhoging van 10% ook volstaan?

In latere uitspraken van het CAS over de eenzijdige verlengingsoptie, bijvoorbeeld in de zaak van *Maxi Lopez*,<sup>22</sup> blijft het CAS verwijzen naar de Portmann-criteria. Daarbij verduidelijkt het CAS echter wel dat de Portmann-criteria niet bindend zijn en dat de beoordeling of een eenzijdig optiebeding geldig is telkens zal afhangen van alle omstandigheden van het geval. Opvallend is voorts dat in deze uitspraak het CAS twee nieuwe gezichtspunten toevoegt aan de Portmann-criteria, namelijk: (a) de periode van de verlenging moet in redelijke verhouding staan tot de duur van het initiële contract en (b) de eenzijdige optie mag maar één keer ingeroepen worden. Na het nalopen van de Portmann-criteria en de hiervoor genoemde twee extra gezichtspunten komt het CAS ook in deze zaak tot de conclusie dat de eenzijdige optieclausule geldig is. In een relatief recente uitspraak

20 CAS 12 juli 2006, 2005/A/983 & 984.

21 CAS 10 oktober 2006, 2005/A/973 (*Panathinaikos Football Club v. Sotirios Kyrgiakos*).

22 CAS 2013/A/3260.

19 College van Arbiters van de KNVB 21 augustus 2020, nr. 1531 (*Sow/RKC Waalwijk*).



van het CAS uit 2021 is deze lijn (en daarmee de inmiddels zeven voorwaarden) ook bevestigd en werd tegelijkertijd duidelijk aangegeven dat het totaalpakket van omstandigheden doorslaggevend is.<sup>23</sup> Zelfs als aan alle voorwaarden is voldaan, zo volgt uit deze recente zaak, kan het nog zo zijn dat de eenzijdige optie niet geldig is. Net als in de hiervoor vermelde zaak *Sow/RKC Waalwijk* van de KNVB Arbitragecommissie, werd in die CAS-zaak bijvoorbeeld ook belang gehecht aan het feit of de speler tijdens de onderhandelingen deugdelijk werd bijgestaan.

Gelet op het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het CAS en de Arbitragecommissie van de KNVB op een min of meer vergelijkbare wijze omgaan met eenzijdige verlengingsopties, al lijken er na zorgvuldige beschouwing van de diverse uitspraken wel nuanceverschillen in de benadering zichtbaar. De FIFA DRC lijkt weer een iets andere lijn aan te houden. Hoewel ook de FIFA DRC in een aantal gevallen heeft getoetst aan de Portmann-criteria,<sup>24</sup> lijkt de FIFA DRC (iets) minder waarde te hechten aan deze criteria en (nog) sneller aan te nemen dat een eenzijdige optie ongeldig is. Het uitgangspunt van de FIFA DRC is ook dat een eenzijdige optie dermate belemmerend is voor een werknemer dat zulks in beginsel niet moet zijn toegestaan. Op basis van recente jurisprudentie wordt echter wel duidelijk: ook de FIFA DRC sluit de deur voor de eenzijdige verlengingsoptie niet onder alle omstandigheden en blijkt ook van oordeel dat de geldigheid van de eenzijdige verlengingsopties te allen tijde op een *case-by-case* basis moet worden beoordeeld waarbij het salariscriterium (het financiële voordeel voor de speler na de lichte van de optie) ook het belangrijkste criterium lijkt te zijn.<sup>25</sup> Daarbij is uiteraard wel van belang dat de club zich houdt aan de voorwaarden die aan de eenzijdige verlengingsoptie zijn verbonden, zoals het tijdig lichten van de optie. Wanneer dat niet gebeurt, zal FIFA tot de conclusie komen dat de arbeidsovereenkomst niet is verlengd.

## 6. Arbeidsrechtelijke analyse

Zowel in internationaal als in nationaal verband *lijkt* er binnen het voetbal (lees: in de praktijk en in de uitspraken van de Nederlandse en internationale sporttribunalen) dus plaats te zijn voor de eenzijdige verlengingsoptie. De vraag is echter in hoeverre dergelijke opties te verenigen zijn met het (Nederlandse) arbeidsrecht. In dat kader zal ik een aantal zaken onderzoeken, namelijk of de eenzijdige optieclausule verenigbaar is met (1) de fundamentele rechten van werknemers, zoals het recht op vrije arbeidskeuze en het recht van vrij verkeer van werknemers, en (2) of de eenzijdige optieclausule verenigbaar is met het Nederlandse ontslagrecht.

### Fundamentele arbeidsrechtelijke rechten

Het recht op vrije arbeidskeuze is als grondrecht vastgelegd in het derde lid van artikel 19 van de Grondwet. Het is geen absoluut recht, aangezien het derde lid toestaat dat er 'bij of krachtens de wet uitzonderingen' kunnen worden gemaakt op het recht op vrije arbeidskeuze. Een voorbeeld van een dergelijke uitzondering is artikel 7:653 BW, waarin is bepaald dat werknemers (onder bepaalde voorwaarden) na afloop van hun dienstverband gebonden kunnen zijn aan een non-concurrentiebeding. Hoewel het recht op vrije arbeidskeuze dus geen absoluut recht is, zal men van goeden huize moeten komen om een inbreuk op dit recht te kunnen rechtvaardigen. Daarbij is het van belang om op te merken dat het recht op vrije arbeidskeuze in feite uiteenvalt in twee verschillende dimensies, namelijk afwezigheid van beperkingen op de toegang tot (bepaalde typen) arbeid en afwezigheid van dwang ten aanzien van de aanvaarding van die arbeid.

Als het gaat om vrij verkeer van werknemers en voetbal, dan zal al heel snel gedacht worden aan het eerder aangehaalde *Bosman*-arrest.<sup>26</sup> In dat arrest oordeelde het Europese Hof van Justitie dat artikel 45 VWEU zich verzet tegen regels volgens welke een EU-beroepsvoetballer, bij het verstrijken van zijn contract, slechts door een club van een andere lidstaat in dienst kan worden genomen mits een transfervergoeding aan de club van herkomst betaald wordt.<sup>27</sup> Het vrij verkeer van werknemers is, net zoals het recht op vrije arbeidskeuze, geen absoluut recht. Inbreuken op dit recht zijn toegestaan, mits er met de inbreuk een legitiem doel wordt nagestreefd en de inbreuk passend en noodzakelijk is om dat legitieme doel te bereiken.

Er kan worden betoogd dat het lichten van een eenzijdige verlengingsoptie *de facto* betekent dat een speler tegen zijn of haar wil een nieuwe arbeidsovereenkomst krijgt met de club, waarmee (dus) een inbreuk wordt gemaakt op de hiervoor omschreven fundamentele rechten van werknemers. Dit standpunt lijkt mij juist. Dat brengt echter niet met zich dat een eenzijdige verlengingsoptie derhalve *per definitie* onhoudbaar zou zijn. Immers, de hiervoor genoemde fundamentele rechten zijn niet absoluut. Er zal zodoende nog een nadere afweging moeten worden gemaakt om te beoordelen of een eenzijdige verlengingsoptie stand kan houden. Er zijn overigens ook auteurs die menen dat er niet zozeer een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt, maar dat er sprake is van een *wijziging* van de duur van de arbeidsovereenkomst, waardoor de inbreuk op het recht op vrije arbeidskeuze en (eventueel) het recht van vrij verkeer van werknemers zou verdwijnen.<sup>28</sup> Dit standpunt lijkt naar Nederlands arbeidsrecht niet juist. In dat kader wijs ik op een uitspraak van de kantonrechter te Den

23 CAS 2021/A/7145.

24 Zie bijvoorbeeld: FIFA DRC 18 maart 2010, no. 310607.

25 FIFA Football Tribunal (DRC) 28 oktober 2021, *Kukesi/Maliki*.

26 HvJ EU 15 december 1995, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*).

27 Vrij verkeer van werknemers is een Europees recht en derhalve niet van toepassing op puur nationale kwesties.

28 J. Nogueira Da Rocha, Unilateral Option on the Labour Contract - Valid Clause or a Limitation on Labour Freedom?, *Football Legal* #17, p. 263-265.

Haag die, onder verwijzing naar Europese rechtspraak,<sup>29</sup> tot de conclusie kwam dat een verlenging van de duur van een dienstverband moet worden aangemerkt als een nieuwe schakel in de keten van opvolgende arbeidsovereenkomsten.<sup>30</sup> Opmerking verdient dat de ketenregeling binnen het Nederlands betaald voetbal overigens slechts een beperkte rol speelt, vanwege de uitzonderingen die bij cao op deze regeling zijn gemaakt.

In 2010 kreeg het Europese Hof van Justitie in *Bernard* de gelegenheid om zich over een soortement van eenzijdige verlengingsoptie uit te laten.<sup>31</sup> In laatstgenoemde zaak ging het om de jonge Franse voetballer Bernard die was opgeleid door de Franse club Olympique Lyonnais. Op basis van de toepasselijke cao was Bernard verplicht om, als de opleidingsclub dat zou willen, een contract als professional bij de opleidingsclub te tekenen. Ik beschouw dit als een ‘light-variant’ van een eenzijdige optieclausule, omdat er blijkbaar nog wel een actie van de speler vereist was om het contract daadwerkelijk tot stand te brengen. Bernard weigerde, ondanks de verplichting uit de cao, een contract bij Olympique Lyonnais te tekenen en vertrok uiteindelijk naar het Engelse Newcastle UFC. In de procedure vorderde Olympique Lyonnais een schadevergoeding van onder andere Bernard. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat Bernard de schadevergoeding niet hoefde te betalen, omdat de Franse regeling het karakter had van een (forfaitaire) schadevergoeding, los van de werkelijk gemaakte kosten. Er was doordoor sprake van een set van regels die inbreuk maakte op het vrij verkeer van werknemers welke niet gerechtvaardigd kon worden. Het Hof heeft zich helaas niet uitgelaten over de vraag of de bepaling uit de cao überhaupt geldig was. Dat is spijtig, omdat een heldere uitspraak veel duidelijkheid had kunnen verschaffen.

### Nederlands ontslagrecht

De Nederlandse wetgeving bepaalt dat arbeidscontracten voor bepaalde tijd in beginsel niet tussentijds kunnen worden opgezegd. Dat is slechts anders wanneer er een tussentijdse opzegmogelijkheid in het contract is opgenomen. Vereist is dan wel dat dit recht aan ieder der partijen toekomt.<sup>32</sup> Zelfs wanneer dat is gedaan, kan een arbeidsovereenkomst (door de werkgever) niet zomaar worden beëindigd. Voor de beëindiging van het dienstverband zal dan nog steeds een redelijke en voldragen ontslaggrond aanwezig moeten zijn. De redelijke ontslaggronden zijn opgenomen in een *limitatieve* lijst in artikel 7:669 BW. Indien de hobbel van de voldragen ontslaggrond genomen kan worden, zal ook nog de ‘gewone’ ontslagroute gevolgd moeten worden. Concreet betekent dit dat een werkgever – afhankelijk van de ontslaggrond – een ontslagvergunning zal moeten aanvragen bij het UWV of bij de kantonrechter een ontbindingsverzoek zal moeten indienen. In het professionele

voetbal is er in Nederland sprake van een arbitrageovereenkomst op basis waarvan niet de kantonrechter, maar de Arbitragecommissie van de KNVB bevoegd zou zijn om over dergelijke verzoeken te oordelen.<sup>33</sup>

Naar mijn oordeel wordt het hiervoor omschreven ontslagrecht ontweken wanneer er door clubs gebruik zou kunnen worden gemaakt van de eenzijdige optieclausule. Ter illustratie omschrijf ik hierna eerst twee verschillende clausules, namelijk (onder 1) een eenzijdige verlengingsoptie in het voordeel van de club en (onder 2) een eenzijdige opzeggingsclausule. Daar licht ik toe waarom beide clausules onverenigbaar zijn met het gesloten ontslagstelsel.

1. ‘De duur van het dienstverband bedraagt twee jaar. De Werknemer geeft aan de Werkgever het onherroepelijke recht om de duur van het dienstverband met één jaar te verlengen. De Werkgever dient de Werknemer uiterlijk drie maanden voorafgaand aan het eindigen van de initiële duur van het arbeidscontract schriftelijk te informeren over het al dan niet lichten van de optie.’

2. ‘De duur van het dienstverband bedraagt drie jaar. De Werkgever heeft het recht om na twee jaar het dienstverband zonder opgave van redenen tussentijds te beëindigen. De Werkgever dient de Werknemer uiterlijk drie maanden voorafgaand aan de hiervoor bedoelde termijn van twee jaar schriftelijk te informeren over de opzegging. Indien de Werkgever geen gebruik maakt van de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging, zal de duur van arbeidsovereenkomst gelijk blijven aan hetgeen initieel is overeengekomen.’

Over de tweede bepaling zal weinig discussie bestaan: deze bepaling is naar Nederlands recht niet geldig. Daarbij kan worden gewezen op het feit dat (i) het recht van tussentijdse opzegging alleen aan de werkgever toekomt, terwijl de wet bepaalt dat een tussentijdse opzegmogelijkheid voor beide partijen zou moeten gelden en (ii) het feit dat er geen ontslaggrond hoeft te worden aangevoerd. Ook wanneer er wel nadere voorwaarden aan de opzeggingsmogelijkheid zouden worden verbonden zal een dergelijke bepaling geen stand kunnen houden. Werkgevers en werknemers zijn immers gebonden aan de limitatieve lijst van ontslaggronden uit de wet en zij mogen dus niet zelf ontslaggronden formuleren. Het gevolg van deze nietige bepaling is dat er ‘gewoon’ een arbeidsovereenkomst met de duur van drie jaar tot stand is gekomen.

Met betrekking tot de eerste bepaling (de eenzijdige verlengingsoptie) geldt het volgende. Wanneer de werkgever de optie licht, zou er feitelijk een dienstverband ontstaan van in totaal drie jaar. Wanneer de optie echter niet wordt gelicht, zou het dienstverband korter duren. De niet-gelichte eenzijdige verlengingsoptie verkrijgt daarmee *de facto* de status van een tussentijds beëindigingsbeding waar gebruik van is gemaakt, terwijl de eenzijdige verlengingsoptie die wél wordt gelicht *de facto* de status heeft van een tussentijds opzegbeding dat

29 HvJ EU 11 februari 2021, ECLI:EU:C:2021:113 (MV/OTA).

30 Ktr. Den Haag 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7032.

31 HvJ EU 16 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:143 (*Bernard*).

32 Art. 7:667 lid 1 jo. lid 3 BW.

33 De arbitrageovereenkomst volgt uit de reglementen van de KNVB, de cao betaald voetbal en/of de individuele arbeidsovereenkomsten.

niet is gebruikt. Hoewel de bewoordingen verschillen, bereiken de eerste en de tweede bepaling dus in de praktijk hetzelfde effect: de werkgever verkrijgt de mogelijkheid om volstrekt eenzijdig over de duur van de arbeidsovereenkomst te beslissen.<sup>34</sup> Daarmee wordt het ontslagrecht omzeild en de aan het ontslagrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte ondermijnd. Er zal dus ‘door de constructie heen gekeken’ moeten worden. Dat er door de constructie heen geprikt wordt, gebeurt in het arbeidsrecht (zowel op nationaal als op Europees niveau) overigens steeds vaker. De arresten *X/Gemeente Amsterdam* (waarin werd geoordeeld dat partijbedoelingen geen rol spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst),<sup>35</sup> *Taxi Dorenbos* (waarbij door een payroll-constructie werd geprikt en de werknemer geacht werd in dienst te zijn bij de inlener)<sup>36</sup> en het *AFMB*-arrest van het Europese Hof van Justitie (waarin eveneens door de papieren constructie heen werd gekeken om de werkgever aan te wijzen) zijn in dat kader sprekende voorbeelden.<sup>37</sup> Wanneer er door de constructie heen gekeken wordt, moet geconcludeerd worden dat de eenzijdige verlengingsoptie in strijd is met het Nederlandse ontslagrecht. Dat er in de (sport)rechtspraak inmiddels verschillende voorwaarden zijn ontwikkeld waaraan een eenzijdige verlengingsoptie zou moeten voldoen, doet naar mijn oordeel aan het voorgaande niets af. Ook het feit dat er sprake is van een bijzondere branche en er in het recht rekening kan worden gehouden met de specificiteit van sport, doet eveneens niet af aan het voorgaande. Het principe blijft dat het Europees recht, net zoals het arbeidsrecht, voorgaat op de regels van de sport. De specificiteit van de sport kan dus – zoals Hendrickx treffend omschreef – slechts binnen de krijtlijnen van het dwingende recht worden gewaarborgd.<sup>38</sup>

### De gevolgen van de ongeldigheid van de eenzijdige verlengingsoptie

Het door die constructie heen prikken is overigens makkelijker gezegd dan gedaan. Als geconcludeerd wordt dat de bepaling in strijd is met het Nederlandse ontslagstelsel, volgt op basis van artikel 3:40 (lid 2) BW dat de clause nietig is. Dat is slechts anders wanneer de bepaling strekt ter bescherming van een van de partijen. In dat geval zal een dergelijke bepaling niet nietig, maar vernietigbaar zijn. Het voorgaande maakt niet direct duidelijk wat de praktische gevolgen zijn van de nietigheid. Dat wordt mede ingegeven door de omstandigheid dat dit van geval tot geval zal verschillen. Ik zal dit nader toelichten.

Wanneer de club de eenzijdige verlengingsoptie wenst te lichten en de speler is daar blij mee, is er in de praktijk geen probleem. Datzelfde geldt in de situatie dat de club de optie niet licht en ook de speler niet verder wil bij de club. Problemen ontstaan pas wanneer de wensen van partijen uiteenlopen. In zo’n geval zal in eerste instantie aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf beoordeeld moeten worden wat partijen overeen zijn gekomen. Mijn initiële gedachte is dat er in beginsel moet worden uitgegaan van de initiële contractduur (dus zonder optieperiode), omdat het vaststaat dat partijen beiden hebben beoogd om het dienstverband in ieder geval voor die duur aan te gaan. De specifieke feiten en omstandigheden van een zaak zouden echter mogelijkwijs tot een andere conclusie kunnen leiden.

In de situatie dat de club de eenzijdige verlengingsoptie wenst te lichten en de speler juist bij de club wenst te vertrekken, kan de speler zich dus op de nietigheid van de eenzijdige verlengingsoptie beroepen (althans de optieclausule vernietigen). De club schiet derhalve in feite niets op met het opnemen van de eenzijdige verlengingsoptie, omdat er geen mogelijkheid bestaat om het laten voortduren van het dienstverband over de optieperiode af te dwingen. De speler kan dan dus (altijd) transfervrij weg na afloop van de initiële duur van de arbeidsovereenkomst.

De club loopt ook een risico in de situatie dat de club geen gebruik zou willen maken van de eenzijdige verlengingsoptie. De speler zou namelijk ook kunnen betogen dat er feitelijk sprake is van een contract met een langere duur (namelijk de initiële duur van de overeenkomst vermeerderd met de optieperiode). De kans dat een dergelijke situatie plaatsvindt in de praktijk is wellicht niet bijzonder groot, maar ook zeker niet uitgesloten. Er zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de situatie dat een speler na het lichten van de optie nog een goed salaris van de club zou ontvangen, maar dat naderhand is gebleken dat de speler het gewenste niveau niet behaalt (bijvoorbeeld na veel blessures, privéproblemen, enzovoort). De speler zal dan bij een andere club veel minder gaan verdienen, waardoor hij er baat bij heeft om een langer dienstverband bij de club te claimen en aanspraak te maken op de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Gelet op de beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt, maar ook gelet op de redelijkheid en billijkheid, de arbeidsrechtelijke norm van goed werkgeverschap en algemene beginselen als het *contra proferentem*-beginsel, acht ik een dergelijke claim van een werknemer bij voorbaat niet geheel kansloos.

## 7. Conclusie

Gelet op al het voorgaande moet allereerst worden geconcludeerd dat de doorwerking van het algemene vermogensrecht in het arbeidsrecht geen vanzelfsprekendheid is. Ik ben van oordeel dat de eenzijdige verlengingsoptie, welke is gebaseerd op artikel 6:219 lid 1 en

34 Men zou kunnen constateren dat er bij het stilzitten van de werkgever wel verschillende uitkomsten zijn. Dit heeft naar het oordeel van de auteur echter geen effect op de wijze waarop de optieclausule moet worden gekwalificeerd.

35 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Amsterdam*).

36 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312 (*Taxi Dorenbos*).

37 HvJ EU 16 juli 2020, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*).

38 F. Hendrickx, Twintig jaar na de Bosman-zaak: vrij verkeer in een onvrije markt, TRA 2016/2.

lid 3 BW, een inbreuk maakt op het grondrecht op vrije arbeidskeuze en op zijn minst schuurt met het recht van vrij verkeer van werknemers. Dit is problematisch, maar betekent niet per definitie dat een dergelijk beding geen stand kan houden. Aanvullende juridische afwegingen zullen gemaakt moeten worden om dat te beoordelen. Artikel 6:219 lid 3 BW kan echter naar mijn oordeel niet doorwerken in de arbeidsrelatie voor zover dit ziet op het aangaan van een opvolgende arbeidsovereenkomst, omdat daarmee wordt gehandeld in strijd met het gesloten ontslagstelsel. De eenzijdige verlengingsoptie moet immers, zoals hiervoor uitvoerig betoogd, worden aangemerkt als een *de facto* eenzijdige opzeggingsoptie waarbij een speler zijn wettelijke ontslagbescherming verliest. De door de Arbitragecommissie van de KNVB ingezette lijn lijkt mij vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt niet de juiste.

Verder kom ik tot de conclusie dat vooral clubs risico's lopen wanneer zij eenzijdige verlengingsopties in arbeidsovereenkomsten opnemen. Die risico's bestaan eruit dat zij enerzijds langer verbonden kunnen raken aan een speler dan hun bedoeling was en anderzijds spelers juist eerder (transfervrij) kunnen verliezen aan een concurrent. Clubs moeten derhalve goed bij zichzelf te rade gaan of zij nog gebruik willen blijven maken van eenzijdige verlengingsopties. Clubs dienen zich op zijn minst te realiseren dat de geldigheid van een eenzijdige verlengingsoptie, mede gelet op de verschuivingen in het (Europese) arbeidsrecht waarbij steeds vaker door de constructie heen wordt gekeken, verre van vanzelfsprekend is.

128

Tot slot merk ik op dat ik mij goed realiseer dat de eenzijdige verlengingsoptie voorziet in een duidelijke behoefte van clubs (en wellicht zelfs sommige spelers). Deze bijdrage is dan ook niet bedoeld als betoog om eenzijdige verlengingsopties uit de wereld te helpen, doch dient slechts als signalering dat de huidige Nederlandse wetgeving dergelijke clausules naar mijn oordeel niet toestaat. Het is aan de wetgever om door middel van een wetswijziging eenzijdige verlengingsopties alsnog mogelijk te maken. Daarbij zou de wetgever kunnen overwegen om dergelijke opties voor bepaalde branches of functies toe te staan (zoals de sportbranche), waardoor ook werkgevers uit andere branches hun voordeel zouden kunnen doen met dergelijke clausules.