

UDSKRIFT  
AF  
SØ- OG HANDELSRETTENS DOMBOG

Afsagt den 6. juni 2001

F 10/00 Ledernes Hovedorganisation som mandatar for  
Erik Bardrum Nielsen  
(Advokat Ole Grønnet (prøve))

mod

Novo Nordisk A/S  
(Advokat Anders Lavesen)

DOM

Under denne sag skal der tages stilling til, om aktieoptioner, som virksomheder tildeler medarbejdere som led i deres ansættelse, er ydelser, som er omfattet af bestemmelsen i funktionærlovens § 17 a. Denne bestemmelse, som efter § 21, stk. 1, ikke ved aftale kan fraviges til ugunst for funktionæren, har følgende ordlyd:

§ 17a. Såfremt en funktionær, der ifølge aftale eller sædvane delvis vederlægges med tantieme, gratiale eller lignende ydelser, fratræder sin stilling i et løbende regnskabsår, tilkommer der ham en i forhold til hans ansættelsestid i regnskabsåret afpasset andel af den ydelse, han ville have fået udbetalt, dersom han havde været ansat i virksomheden ved regnskabsårets afslutning eller på det tidspunkt, ydelserne i øvrigt udbetales.

Sagsfremstilling

Novo Nordisk A/S (i det følgende: Novo) er en international farmaceutisk og bioindustriel koncern med hovedsæde i Danmark. Koncernen har produktionsfaciliteter i 8 lande og selskaber og kontorer i ca. 60 lande. Den havde i 1998 en samlet omsætning på ca. 18 mia. kr. og beskæftiger ca. 15.000 medarbejdere, heraf ca. 9.500 i Danmark. Nøglemedarbejdere i de

danske og visse af de udenlandske selskaber er indplaceret i jobklasser efter et system, som er udarbejdet af Corporate Resources Group (CRG).

Erik Bardrum Nielsen var siden den 1. januar 1985 ansat som funktionær hos Novo. Efter den seneste ansættelseskontrakt af 30. september 1998, som havde afløst tidligere kontrakter, var han ansat som seniorkemiker med en løn på 53.400 kr. pr. måned med tillæg af pensionsbidrag. Siden februar 1995 havde han været indplaceret i jobklasse CRG 58.

Novo, der tidligere flere gange havde udstedt medarbejderaktier, gennemførte i 1998 en ordning med kontinuerlig årlig tildeling af aktieoptioner til nøglemedarbejdere i jobklasse 58 og derover. Erik Bardrum Nielsen modtog i den forbindelse fra Novo en skrivelse af 28. maj 1998, hvoraf bl.a. følgende fremgik på engelsk, som er koncernsproget

"... You have been appointed as eligible to receive 400 options in 1999 if the company lives up to its financial goals for 1998.

The stock Option Plan should be seen as an important element in our future remuneration policy world-wide. ...

A short description of the plan and a section with questions and answers are enclosed. ..."

I den korte beskrivelse, som der henvises til i brevet, stod der bl.a. følgende:

"One option gives the right to acquire one [Novo] B-share at ... the closing price on the 25<sup>th</sup> of March 1999 at the Copenhagen Stock Exchange.

The option has a vesting period of three years (25.3.1999-24.3.2002). The vesting period is the period where the holder of the option cannot exercise the option. The option has an exercise period of five years (25.3.2002-24.3.2007). The exercise period is the period following the vesting period, where the holder of the option can exercise the option. The total duration of the option is eight years. ...

This short description should be seen in the context of the following Q & A's."

Blandt de nævnte Q & A's (Questions and Answers) var følgende:

"Q 4 When is the cut off date for qualifying to the 1998 stock option Programme?

A 4 The 1<sup>st</sup> of June 1998

Q 5 When and how will I find out how many options I've actually received?

A 5 In the beginning of April 1999 you will get a letter stating how many options have been granted and at what level the exercise price has been fixed. ...

Q 8 What do I pay to acquire the options?

A 8 The options will be granted free of charge. The options have a value, however, and that value is considered as a personal bonus granted when certain financial goals are reached for 1998.

...

Q 17 What happens if [Novo] gives notice to me?

A 17 All vested options can be exercised in a twelve month period after the date of the notice. This means that the options granted for the last two years will be lost.

→

→

Q 18 What happens if I give notice to the company?

A 18 All vested options can be exercised in a three month period after the date of notice. This means that two or three year's options will be lost.

...

Q 22 Under what conditions are the options granted in 1999?

A 22 Two financial goals have been established for 1998:

1) A growth in operating profit of 15 % from 1997 to 1998 with the business assumptions in AB98.

2) EVA (1998) should reach a predefined level based on AB98.

If both goals are achieved all options will be granted. If only one of them is reached, 50 % of the options will be granted.

Q 23 What is EVA (Economic Value Added)?

A 23 EVA measures the value that has been created during the year for the company's shareholders. ..."

I en skrivelse af 19. februar 1999 til Erik Bardrum Nielsen meddelte Novo, at regnskabet for 1998 nu var afsluttet og viste, at det første, men ikke det andet, af de i Q & A 22 nævnte økonomiske mål var opnået. I forlængelse heraf anførtes bl.a. følgende:

"This means that 50 % of the maximum number of options mentioned in the letter ... will be granted to you on the 25th of March at the closing price on The Copenhagen Stock Exchange on that day. ...

Assuming that you qualify for the Option Programme based on the financial performance in 1999 (The 2000 Option Programme) you will receive full information, by e-mail, about the Programme in March 1999. The structure of the 2000 programme will be similar to the 1999 programme (based on 1998 performance) and the cut off date for eligibility is the 1<sup>st</sup> of March 1999."

Ved skrivelse af 25. februar 1999 bekræftede Novo, at Erik Bardrum Nielsen (den 24. februar 1999) havde opsagt sin stilling til fratreden pr. 31. marts 1999.

Den 21. april 1999 udsendte Novo den information om optionsprogrammet for 2000, som man havde varslet udsendelsen af i skrivelsen af 19. februar 1999, og som i alt væsentligt, blot med andre datoer, svarede til indholdet af den ovenfor gengivne skrivelse af 28. maj 1998 med bilag. Erik Bardrum Nielsen var i mellemtiden fratrædt sin stilling og fik ikke tilsendt dette informationsmateriale vedrørende optionsprogrammet for 2000.

Erik Bardrum Nielsen modtog heller ikke en skrivelse af 29. april 1999, som Novo sendte til modtagere af aktieoptioner ifølge optionsprogrammet for 1999, som fortsat var ansat. Heraf fremgik det, at de pågældende den 25. marts 1999 var tildelt 200 optioner "at a strike price of 690 DKK per B-share (nominal value DKK 10)". Med hensyn til de almindelige betingelser for optionsprogrammet henviste dette brev bl.a. til oplysninger, som kunne findes på Novos intraweb under "Corporate, Human Resources". På dette sted på intrawebbet fandtes der bl.a. en "Stock Option Agreement" med de nærmere vilkår for optionsordningen, som dog ikke var udsendt til medarbejderne, som derfor heller ikke havde un-

derskrevet den. "Stock Option Agreement" indeholder i pkt. 4.1(a)-(b) følgende bestemmelser, der svarer til de ovenfor gengivne Q & A's 17 og 18:

"4.1 Except as herein otherwise stated, the Options, to the extent not theretofore exercised, shall terminate without any compensation being payable to the Employee upon the first to occur of the following dates:

- (a) The expiration of 3 (three) months after the date on which the Employee gives termination notice to the Company ...
- (b) The expiration of 12 (twelve) months after the date on which the Employee is given notice by the Company ..."

Ved skrivelse af 18. maj 1999 til Novo krævede sagsøgeren, Ledernes Hovedorganisation, at Erik Bardrum Nielsen modtog de 200 aktieoptioner, som skulle være tildelt den 25. marts 1999 under 1999 optionsprogrammet.

Novo afviste den 7. juli 1999 dette krav under henvisning til, at de aktieoptioner, som Erik Bardrum Nielsen eventuelt skulle være tildelt, var bortfaldet efter punkt 4.1(a) i Stock Option Agreement, hvorefter ikke-udnyttede aktieoptioner bortfalder 3 måneder, efter at indehaveren har afgivet opsigelse over for Novo. Da Erik Bardrum Nielsen havde sagt sin stilling op den 24. februar 1999, bortfaldt eventuelle aktieoptioner efter Novos opfattelse den 24. maj 1999, og idet eventuelle aktieoptioner tidligst kunne udnyttes den 25. marts 2002, ville Erik Bardrum Nielsen ikke have kunnet udnytte eventuelle aktieoptioner. En eventuelt manglende tildeling af optionerne ville derfor ikke have haft nogen betydning.

Ledernes Hovedorganisation fastholdt ved skrivelse af 21. september 1999 kravet under henvisning til funktionærlovens § 17a, og da parterne ikke er nået til enighed under den fortsatte korrespondance, har Ledernes Hovedorganisation som mandatar for Erik Bardrum Nielsen anlagt denne sag.

#### Forklaringer

Erik Bardrum Nielsen har forklaret, at han var blevet afdelingsleder i 1987, funktionschef i 1989, hvor han blev dr.med. på en afhandling om et arbejde i Novo, og seniorspecialist og afdelingsleder for forskellige afdelinger i 1995. Via sit arbejde i forskellige projekter har han været med til at gøre det muligt at finde såkaldte udviklingskandidater for Novo. I 1999 var han således førsteforfatter på en patentansøgning, som Novo har indgivet i 2000. I 1997 og 1998 fik han en personlig bonus på 40.000 kr. og 65.000 kr. Han forventede, at de optioner, som skulle tildeles efter optionsprogrammet for 1999, ville have en værdi svarende til en bonus. De nærmere vilkår for optionsordningerne i Stock Option Agreement så han først i april 1999. Han havde i sin tid læst Questions and Answers, herunder også Q&A 18, men

havde ikke tænkt nærmere herover, idet han på dette tidspunkt ikke overvejede at forlade Novo.

*Kurt Anker Nielsen* har forklaret, at han i 1998-1999 var økonomidirektør i Novo og hovedansvarlig for at udarbejde optionsordningen. Efter at Novo i 2000 blev spaltet i Novo Nordisk A/S og Novozymes A/S, er han nu direktør i Novo A/S, der er holdingselskabet. Novo er en international koncern, der må konkurrere på markedets vilkår for at fastholde medarbejderne i koncernens virksomheder. Ordninger med optioner og warrants er almindelige incitamentsordninger i andre lande, hvor Novo er en relativt lille virksomhed. Hvis Novo skal beholde nogle af sine bedste medarbejdere, må Novo give nogenlunde samme muligheder som konkurrenterne, ellers går medarbejderne dertil. Man indførte derfor en optionsordning. Den trådte ikke i stedet for en lønandel, men blev lagt oven på medarbejdernes faste, konkurrencedygtige løn med op til 3 måneders bonus.

Antallet af optioner er fastsat således, at optionerne har en værdi svarende til 2 måneders løn pr. medarbejder, hvis Novo opnår begge de økonomiske mål, som man internt i virksomheden har opstillet. Betingelsesperioden ("the vesting period") er 3 år og udnyttelsesperioden ("the exercise period") 5 år. Hvis kurserne på aktien er steget som følge af medarbejdernes indsats i disse år, vil der kunne være en gevinst ved at udnytte optionerne. Er kursen faldet, er der omvendt ikke noget tab for medarbejderne, idet de blot kan lade være med at udnytte optionen. Medarbejderen skal således kun betale noget for optionen, hvis medarbejderen til sin tid vælger at udnytte optionen.

Novo afdækker optionstildelingen ved til den pågældende kurs at købe et tilsvarende antal aktier som dem, der tildeles option til at købe. Når medarbejderen til sin tid udnytter optionen, betaler medarbejderen til Novo et beløb svarende til aktiekursen pr. tildelingsdatoen.

Ordningen har til formål at fastholde medarbejderne og give dem et incitament til at forblive i virksomheden og yde deres bedste. Derfor er ordningen udformet således, at optionerne i et vist omfang bortfalder for medarbejdere, der forlader Novo uden at gå på pension. Alt efter datoen for opsigelsen indebærer ordningen, at medarbejdere, der opsiges af Novo, mister 2 års optjente optioner, og at medarbejdere, som selv siger op, mister 2-3 års optjente optioner.

Man undersøgte ikke forholdet til funktionærlovens § 17a, da man i sin tid udformede ordningen. Derimod gjorde man en del for at få ændret de danske skatteregler i forbindelse med tildeling af optioner og havde bl.a. møde med skatteministeren og foretræde for Folketingets Skatteudvalg. Som et resultat heraf blev ligningsloven ændret, således at medarbejdere ikke længere beskattes af tildelingen af optioner, men først ved eventuel udnyttelse heraf.

I 1999 nåede man begge de opstillede økonomiske mål i modsætning til 1998, hvor man kun nåede det ene.

Novos B-aktier er i den tid, der er forløbet siden tildelingen af optioner under optionsprogrammet for 1999, steget til cirka det tredobbelte. Da Novo i mellemtiden er spaltet, skal kurserne for Novo Nordisk A/S og Novozymes A/S lægges sammen for at finde en kurs, der er sammenlignelig med Novos børskurs på 690 den 25. marts 1999.

#### Påstande

*Ledernes Hovedorganisation* har under henvisning til, at Erik Bardrum Nielsen var ansat hos Novo i hele 1998 og i en fjerdedel af 1999, nedlagt påstand om, at Novo tilpligtes at anerkende, at Erik Bardrum Nielsen i henhold til optionsprogrammet for 1999 har krav på at udnytte 200 stk. aktieoptioner, og i henhold til optionsprogrammet for 2000 på at udnytte 100 stk. aktieoptioner, når de treårige bindingsperioder, som er nævnt i de pågældende optionsprogrammer, er udløbet. *Subsidiært* har Ledernes Hovedorganisation nedlagt en tilsvarende påstand begrænset til optionsprogrammet for 1999. *Mere subsidiært* påstås Novo dømt til at betale 56.422 kr. med procesrente fra sagens anlæg. Beløbet svarer til værdien af de 200 aktieoptioner under optionsprogrammet for 1999, som revisionsfirmaet Deloitte & Touche har beregnet under anvendelse af Black & Schole's formel for beregning af den regnskabsmæssige værdi af aktieoptioner tildelt medarbejdere.

*Novos advokat* har påstået frifindelse, *subsidiært* frifindelse mod, at Erik Bardrum Nielsen har ret til at udnytte én af de aktieoptioner, der er tildelt under optionsprogrammet for 1999, idet Erik Bardrum Nielsen alene kan udnytte aktieoptionen den 25. marts 2002.

#### Anbringender

*Ledernes Hovedorganisation's advokat* har anført, at aflønning i form af tildeling af aktieoptioner er en ydelse, som er omfattet af funktionærlovens § 17a, der efter § 21, stk. 1, ikke kan fraviges til ugunst for funktionæren.

Stock Option Agreement er en forholdsvis kompliceret juridisk tekst, som ikke er udsendt til medarbejderne, som derfor heller ikke har underskrevet den. Medarbejderne har imidlertid af Novo fået indgående oplysninger om ordningen, herunder gennem Questions and Answers, som gengiver indholdet af Stock Option Agreement.

Ordringen indebærer en kontinuerlig årlig tildeling af optioner på grundlag af virksomhedens opnåelse af økonomiske mål. Medarbejdere tildeles således optionerne som vederlag for deres arbejde. Ydelse af optioner må derfor sidestilles med ydelse af bonus, provision, tantieme eller gratiale. Der kan derfor ikke gyldigt indgås aftale om, at tildelte aktieoptioner ikke kan udnyttes, hvis funktionæren fratræder inden for en given periode. Erik Bardrum Nielsen har aktivt medvirket til at opnå de regnskabsresultater for 1998 og 1999, som er baggrunden for, at betingelserne for tildelingen af optioner er opfyldt, og han er derfor også berettiget til sin andel i optionerne.

Situationen svarer derfor ganske til den overskuds- og medejeordning, som Højesteret i U 1993.754 H fandt omfattet af funktionærlovens § 17 a, således at det var ugyldigt, at virksomheden havde stillet som en betingelse for medarbejderens ret til overskudsandel, at medarbejderen var i uopsagt stilling ved udgangen af det pågældende kalenderår.

På tilsvarende måde er de bestemmelser i optionsprogrammerne, som medfører, at optionerne i realiteten kun kan udnyttes af medarbejdere, der fortsat er ansat, ugyldige som stridende mod funktionærlovens § 17a, der må ses som udtryk for en almindelig ligebehandlingsgrundsætning. Vilkårene for udnyttelse af optionerne i Stock Option Agreement pkt. 4.1 (a) ville i øvrigt heller ikke aftaleretligt være bindende for Erik Bardrum Nielsen, der først efter ansættelsesforholdets ophør er gjort bekendt hermed. Hertil kommer, at vilkåret er ensidigt fastsat af Novo og også efter aftalelovens § 36 må tilsidesættes som urime- ligt i forhold til Erik Bardrum Nielsen

Novos advokat har anført, at tildeling af aktieoptioner sker som led i en incitamentsordning, som er nødvendig, for at en international virksomhed som Novo kan fastholde sine nøglemedarbejdere. Novo skal konkurrere om disse nøglemedarbejdere med langt større internationale virksomheder og må derfor tilbyde medarbejderne samme vilkår som disse.

Optionsprogrammet er ikke en del af ansættelsesaftalen og heller ikke udtryk for en sædvane, og Erik Bardrum Nielsen har ikke kunnet regne med at få tildelt optioner, idet ordningen er ensidigt udformet af Novos ledelse og lagt ovenpå hans i forvejen konkurrence- dygtige løn og bonus.

Optionerne er endvidere ikke noget vederlag, idet tildelingen heraf ikke er påregnelig. De er snarere en investering for medarbejdere, når de til sin tid vælger at udnytte dem.

Reglen i funktionærlovens § 17a er ikke egnet til at regulere en ordning som den foreliggende incitamentsordning. Værdien af ordningen er ikke afhængig af den forløbne tid, men derimod af virksomhedens og dermed aktiekursens udvikling i de tre år efter tildelin- gen, hvor optionerne ikke kan udnyttes, og de 5 år, hvor udnyttelse kan finde sted.

Ved at opsiges sin stilling hos Novo har Erik Bardrum Nielsen fortabt sin ret til at ud- nytte optionsordningen, jfr. bestemmelserne i pkt. 4.1(a) i Stock Option Agreement, som

svarer til de oplysninger i Q & A 18, som Erik Bardrum Nielsen erkender at have gjort sig bekendt med.

Subsidiært gøres det gældende, at Erik Bardrum Nielsen alene kan udnytte en forholdsmæssig del af aktieoptionerne svarende til 0,6 % eller én aktieoption, baseret på en opgørelse, hvor han har været ansat i syv dage ud af en bonusperiode på 3 år.

#### Sø- og Handelsrettens afgørelse

Novos 1999 og 2000 optionsprogrammer blev kundgjort for Erik Bardrum Nielsen ved Novos skrivelse af 28. maj 1998 med tilhørende Q & A's (spørgsmål og svar), henholdsvis ved Novos skrivelse af 19. februar 1999, hvorefter strukturen for 2000 programmet ville svare til 1999 programmet, og hvorefter skæringsdatoen for at være omfattet af programmet ("the cut off date for eligibility") ville være den 1. marts 2000.

Novos tildeling af de pågældende optioner til medarbejdere er sket som led i ansættelsesforholdet og på grundlag af Novos opnåede resultater i det forudgående regnskabsår. Det fremgår således af de nævnte skrivelser, at Erik Bardrum Nielsen ville blive tildelt optioner under optionsprogrammet for 1999, hvis Novos regnskab for 1998 opfyldte to eller eventuelt kun ét nærmere angivet økonomisk mål, og at det ene af disse mål blev opnået. Erik Bardrum Nielsen fik endvidere i skrivelsen af 19. februar 1999 sådanne oplysninger om optionsprogrammet for 2000, at han, der fortsat var ansat i Novo på skæringsdatoen den 1. marts 2000, måtte forvente tillige at modtage optioner i 2000, hvis regnskabet for 1999 opfyldte nærmere angivne mål, hvilket senere viste sig at være tilfældet.

Værdien af en option afhænger af kursen på udnyttelsestidspunktet på den aktie, som optionen giver ret til at købe til den forud fastsatte pris. Aktiekursen kan falde eller stige i tiden fra optionens tildeling og frem til udnyttelsesperioden. Sådanne kursændringer er resultatet af et kompliceret samspil mellem en lang række faktorer. De kan således være en følge af virksomhedens egen formåen og herunder medarbejdernes indsats i denne periode, af konkurrerende virksomheders formåen på det samme marked og af økonomiske forhold i det omgivende samfund, herunder den almindelige udvikling i konjunkturerne, centralbankernes rentefastsættelse m.v.

Det lægges i overensstemmelse med direktør Kurt Anker Nielsens forklaring til grund, at Novo i forbindelse med tildeling af optioner til medarbejdere har en udgift til køb af de hertil svarende aktier til dagskurs. Falder aktiekursen i tiden frem til udnyttelsesperioden, får Novo en udgift til kurstabet, men kan dog naturligvis begrænse udgiften ved at sælge aktierne. Hvis kursen omvendt stiger, og optionerne derfor til sin tid udnyttes, skal Novo til den tid sælge de dertil svarende aktier til medarbejderen til kursen på tildelingstidspunktet med den følge, at Novo mister kursgevinsten.



Medarbejderen får ikke penge i hånden ved tildelingen af optionerne, men skal på den anden side heller ikke betale noget for at få den af optionerne følgende ret til at købe aktier i udnyttelsesperioden til kursen på tildelingstidspunktet. Falder aktiekursen i tiden efter tildelingen, lider medarbejderen ikke noget tab, men opnår på den anden side heller ikke nogen gevinst. Hvis aktiekursen omvendt stiger, og medarbejderen derfor udnytter optionerne i løbet af udnyttelsesperioden, opnår medarbejderen kursgevinsten ved at kunne købe aktierne til kursen på tildelingstidspunktet.

At optionerne har en værdi allerede på tildelingstidspunktet, fremgår af direktør Kurt Anker Niensens forklaring, hvorefter antallet af optioner er fastsat således, at optionerne har en værdi svarende til 2 måneders løn pr. medarbejder, hvis begge de økonomiske mål opnås. Værdien illustreres tillige af den beregning fra revisionsfirmaet Deloitte & Touche, som er fremlagt under sagen, og som ud fra den såkaldte Black & Scholes formel ansætter værdien pr. 30. marts 1999 af 200 stk. Novo optioner (svarende til, at kun ét af de økonomiske mål er opfyldt) til 56.442 kr., hvilket nogenlunde svarer til Erik Bardrum Niensens månedsløn i stillingen hos Novo.

Novos tildeling af aktieoptioner til medarbejdere på grundlag af de resultater, der er opnået i det forudgående regnskabsår, er derfor en vederlæggelse med en ydelse, som er omfattet af bestemmelsen i funktionærlovens § 17a.

Bestemmelsen i pkt. 4.1 (a) i den af Novo ensidigt fastsatte Stock Options Agreement, jfr. Q&A 18, hvorefter optionerne ophører 3 måneder efter medarbejderens afgivelse af opsigelse til Novo, således at medarbejderen i realiteten ikke kan opnå den til optionerne knyttede økonomiske fordel, indebærer en fravigelse af funktionærlovens § 17 a og dennes analogi til ugunst for Erik Bardrum Nielsen ikke blot for så vidt angår vederlaget for det år, hvori han fratrådte sin stilling, men tillige og så meget desto mere for så vidt angår vederlaget for det forudgående år. Bestemmelsen er derfor ugyldig i medfør af funktionærlovens § 21 og aftalelovens § 36.

Ledernes Hovedorganisations principale påstand tages til følge.

#### THIKENDES FOR RET:

Novo Nordisk A/S tilpligtes at anerkende, at Erik Bardrum Nielsen i henhold til optionsprogrammet for 1999 har krav på at udnytte 200 stk. aktieoptioner, og i henhold til optionsprogrammet for 2000 på at udnytte 100 stk. aktieoptioner, når de treårige bindingsperioder, som er nævnt i de pågældende optionsprogrammer, er udløbet.

Novo Nordisk A/S skal inden 14 dage betale 15.000 kr. i sagsomkostninger til Leder-  
nes Hovedorganisation som mandatar for Erik Bardrum Nielsen.

Hans Jørgen Nielsen

Jens Chr. Larsen

Elmer.

Hans Havsager

Hanne Christensen