

rep.nr 2012/568

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 21 FEBRUARI TWEEDUIZEND EN TWAALF.

3e KAMER

bediendecontract

tegenspraak

definitief

In de zaak :

Met rolnummer 2010/AB/234

**BPOST, naamloze vennootschap van publiek recht
(voorheen DE POST NV) met maatschappelijke zetel te
1000 Brussel, Muntcentrum,**

Appellante op hoofdberoep en geïntimeerde op
incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting
wordt vertegenwoordigd door meester Cornelis Ludo,
advocaat te Brussel,

tegen : P wonende te

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellant op incidenteel
beroep, die op de openbare terechtzitting verschenen is
in persoon en werd bijgestaan door meester Van Burm
Henry, advocaat te Gent en meester Hendrickx Chantal,
advocaat te Brussel,

In de zaak :
Met rolnummer 2010/AB/239

P... wonende te

Appellant op hoofdberoep en geïntimeerde op incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting verschenen is in persoon en werd bijgestaan door meester Van Burm Henry, advocaat te Gent en meester Hendrickx Chantal, advocaat te Brussel,

tegen :

BPOST naamloze vennootschap van publiek recht (voorheen DE POST NV), met maatschappelijke zetel gevestigd te 1000 Brussel, Muntcentrum,

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester Cornelis Ludo, advocaat te Brussel.

* * *

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel volgend arrest uit :

Gelet op

- het arrest gewezen door deze kamer van het arbeidshof op 5-4-2011 en de daarin vermelde stukken van rechtspleging

- de door partijen neergelegde conclusies met het oog op de heropening der debatten, resp ter griffie neergelegd op 29-6-2011 voor de heer P... en op 26-9-2011 voor bpost

- de voorgelegde stukken;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 3 januari 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op 14 februari 2012 en verdaagd naar heden.

* *

*

FEITEN EN RECHTSPLEGING

Met het arrest van 5-4-2011 heeft het hof beslist

- dat de door bpost aan de heer F gedane belofte tot toekenning van aandelenopties, geformuleerd in de Clausule in bijlage van de arbeidsovereenkomst van de heer P van 14-4-2000 niet uitging van een daartoe bevoegd orgaan zodat de heer P daaruit geen rechten kon putten op toekenning van de opties zelf
- dat de personen die namens bpost een arbeidsovereenkomst ondertekenden daartoe wel gemachtigd en eveneens tot het bepalen van de lonen en loonsvoordelen
- dat bpost een schadevergoeding verschuldigd is gelijk aan de waarde van het voordeel dat aan de heer P werd beloofd, nl. de toekenning van 572 aandeelenopties tegen een uitoefenprijs van 2.260 euro per aandeel. Aangezien de heer P aanvaardde dat bpost met de 44 aandelenopties toegekend in het raam van het ESOP-optieplan daaraan gedeeltelijk had voldaan, had de schadevergoeding nog slechts betrekking op 528 opties.

Het hof verzocht partijen op tegensprekelijke wijze een berekening te maken van de verschuldigde schadevergoeding, waarbij de fiscale waardering van de opties als een mogelijke piste voor evaluatie van de schade werd gesuggereerd.

Beide partijen lieten berekeningen opmaken door specialisten ter zake, waarbij bpost tot het resultaat komt dat het verlies van een kans op 0 euro dient te worden bepaald.

In ondergeschikte orde, indien het hof zou menen een ex aequo et bono begroting van het verlies van een kans te kunnen toepassen, verzoekt bpost dat het bedrag ervan forfaitair op 7.500 euro zou worden bepaald.

In uiterst ondergeschikte orde verzoekt bpost dat een gerechtsdeskundige zou worden aangesteld met ervaring op het gebied van de waardering van de opties van niet beurs genoteerde vennootschappen.

De heer F verzoekt

- bpost te veroordelen tot betaling van een vervangende schadevergoeding t.b.v. 3.381.026,39 euro netto, vermeerderd met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van de uitspraak tot de effectieve betaling en waarbij in voorkomend geval de erop verschuldigde belastingen en sociale zekerheidsbijdragen ten laste zijn van bpost.

- het hoger beroep van bpost als ongegrond af te wijzen en bpost te veroordelen tot de kosten van het geding.

=====

Het hof heeft in het arrest van 5-4-2011 reeds beslist dat het verkrijgen van aandelenopties voor de werknemer enkel een kans op winst uitmaakt. Het hof verwees daarbij naar een arrest van het Hof van Cassatie van 4-2-2002 (RW 2002-2003, 422) Het Hof van Cassatie bevestigde die zienswijze in een arrest van 20-10-2008 (www.cass.be)

Door de wanprestatie van bpost die erin bestaat dat aandelenopties werden beloofd die niet werden toegekend, verloor de heer P de kans om de beloofde opties te aanvaarden, ze te lichten, en zodoende de kans om aandelen te verwerven en deze nadien te verkopen om belastingsvrije meerwaarden te realiseren.

STELLINGEN VAN PARTIJEN

Bpost betoogt dat om in aanmerking te komen voor vergoeding de schade zeker moet zijn en actueel. Indien dit niet het geval is kan volgens bpost weliswaar beroep worden gedaan op het "verlies van een kans" doch dan moet die gemiste kans vast staan en niet louter theoretisch zijn.

In voorkomend geval moet volgens bpost, het verlies van een kans, die een verschijningsvorm is van een morele of niet-economische schade op grond van een ex aequo et bono begroting worden bepaald daar die schade niet vatbaar is voor een meer precieze begrotingswijze.

Uitgaande van het principe dat de begroting van de schade gebeurt bij de uitspraak, doch de elementen van de schade zelf worden bepaald op het ogenblik van het vervuld zijn van de aansprakelijkheidsvoorwaarden, houdt bpost voor dat moet uitgegaan worden van de waarde van de in het vooruitzicht gestelde opties in 2006, dat gebeurtenissen die zich nadien hebben voorgedaan zoals de stijging of daling van de aandelenkoers, vreemd zijn aan de schade of de fout en bijgevolg niet in aanmerking kunnen worden genomen.

Volgens bpost kan geen vergoeding worden toegekend aangezien de kans op winst onvoldoende zeker is wegens de onzekerheid over de modaliteiten van de optie, de uitoefenbaarheid ervan, de aanvaarding van de optie.

Daartoe zou eerst aannemelijk moeten zijn dat de heer P in 2006 de opties zou hebben aanvaard, gelet op de fiscale kost ervan, dat hij de opties – waarvan de looptijd niet werd bepaald – zou hebben uitgeoefend onder betaling van de uitoefenprijs, dat hij de aandelen met meerwaarde zou hebben kunnen verkopen.

Hij acht een verwijzing door de heer P naar het bij bpost ingevoerde ESOP-plan niet dienstig als vergelijkingsbasis, en wijst o.m. op het verschil in uitoefenprijs van de opties die binnen dat plan werden toegekend.

Bpost meent dat de suggestie door het hof van een forfaitaire begroting op basis van de wet van 26-3-1999 voor fiscale doeleinden, geen uitkomst biedt daar de waarde van het belastbaar voordeel volgens hem een negatief resultaat heeft ingevolge correctie die moet worden toegepast omdat de uitoefenprijs 154% hoger lag dan de waarde van het onderliggend aandeel.

In ondergeschikte orde stelt bpost een ex aequo et bono vergoeding voor uitgaande van de waardering van de opties volgens de verschillende technieken door specialisten die hij om een waardering heeft verzocht.

De heer P is eveneens van mening dat de fiscale forfaitaire waardering niet voldoet, doch om geheel andere redenen. Hij meent dat deze waarderingwijze geen integrale en actuele begroting van de schade toelaat daar ze geen rekening houdt met de latere waardevermeerdering van de aandelen en dus niet met de actuele economische schade die hij heeft geleden.

Hij verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke voordelen van alle aard voor de berekening van de opzegvergoeding tegen hun werkelijke waarde in aanmerking moeten worden genomen.

Voor de begroting van de integrale schadevergoeding moet volgens hem rekening worden gehouden met volgende uitgangspunten:

- de begroting moet in concreto gebeuren alsof de opties werkelijk waren toegekend.
- als objectief referentiekader kan worden gerefereerd aan het door bpost ingerichte ESOP-aandelenoptieplan,.

Daarbij meent hij, ten onrechte dat het hof heeft beslist dat die als eerste schijf moeten worden aangemerkt. Het hof heeft in het arrest

enkel vastgesteld dat de heer P aanvaardde dat bpost gedeeltelijk had voldaan aan haar verbintenis door die opties toe te kennen.

- uit de wijze waarop hij met betrekking tot de ESOP-opties heeft gehandeld, kan worden afgeleid hoe hij zou hebben gehandeld m.b.t. de opties beloofd volgens de clausule in bijlage aan de arbeidsovereenkomst.

Daarbij licht hij toe

- dat hij de ESOP opties alle heeft aanvaard, waarvan er 22 een uitoefenprijs hadden van 1.464 euro, de overige 22 een uitoefenprijs van 2.593 euro.
- dat hij 7 opties heeft gelicht in 2008 en 15 in 2009 en ze heeft doorverkocht aan bpost met een meerwaarde, 7 tegen 2.848 euro en 15 aan 2.907 euro.
- dat hij 22 opties heeft bewaard daar hij ze als een uitstekende belegging beschouwde en ze pas zal lichten bij een beursgang van bpost.

De schadevergoeding moet volgens hem worden begroot uitgaande van een aanvaarding van alle opties en het niet lichten ervan tot op heden. Hij stelt als een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid voorop dat hij die opties zou hebben behouden en ze pas zou hebben gelicht bij de beursgang van bpost, daar hij geen extra financiële middelen nodig heeft gehad .

Die zekerheid steunt hij op volgende elementen:

- de voorziene sterke groei van de aandelen op basis van het businessplan 2006.

Hij licht toe dat begin 2006, voor de leden van het directieteam en seniormanagementteam, waarvan hij deel uit maakte, duidelijk was dat het business plan dat bpost in 2005 had uitgewerkt voor de nieuwe aandeelhouders met een engagement voor een sterke groei van de bedrijfsresultaten van 2004, substantieel kon worden overtroffen.

- de investering door CVC en Deense Post die de postmarkt door en door kennen was een sterk signaal dat die verwachtingen realistisch waren.

- vanuit de kennis van die potentialiteit was er geen reden denkbaar waarom hij de aandelenopties in 2006 niet zou hebben aanvaard.

Hij gaat ervan uit dat de toekenning van de opties gratis zou zijn

geweest en berekent de belasting die op een forfaitaire waardering van het voordeel op 7,5%, hetzij een bedrag van 19.293,61 euro, rekening houdend met de waardering van het onderliggend aandeel op 1.464 euro, zoals in het tussenarrest beslist.

Bij de berekening van de schadevergoeding gaat hij uit van de waardevermeerdering van het onderliggend aandeel zoals bepaald door de geraadpleegde specialisten op het tijdstip van hun onderzoek. Na aftrek van de uitoefenprijs komt hij aldus tot een waarde van 6.440 euro per aandeeloptie. Netto stemt dit volgens hem overeen met een bedrag van 3.381.026,39 euro (na aftrek van belasting)

Hij meent dat bpost bijkomend gehouden is tot sociale bijdragen en fiscale lasten die daarop zouden worden geheven.

BESLISSING VAN HET HOF

Principes

Beide partijen zijn het erover eens dat de vaststelling van het bestaan en de elementen van de schade dient te gebeuren op het ogenblik van de niet uitvoering van de verbintenis, terwijl de begroting ervan gebeurt op het tijdstip dat het effectieve herstel zo dicht mogelijk benadert, wat praktisch overeenstemt met het ogenblik van de uitspraak (cfr. Cass. 4-3-2010 www.cass.be; Cass. 2-2-1996, JLMB 97, 228; Cass.27-§-1974, Jurisprudence de Belgique, p 1128)

Het Hof van Cassatie oordeelde dat bij de beoordeling van het bestaan van een schade geen rekening mag worden gehouden met latere gebeurtenissen die aan de contractuele wanprestatie en aan de schade vreemd zijn en die de toestand van de schadelijder hebben verbeterd dan wel verergerd. (Cass. 2-2-1996, JLMB, verkort; Cass.29-9-1948, Jurispr.de Belgique, p 509)

Wie een schadevergoeding vordert moet bewijzen dat tussen de fout en de schade zoals ze zich heeft voorgedaan een oorzakelijk verband bestaat.

Dat oorzakelijk verband veronderstelt dat zonder de fout de schade niet had kunnen ontstaan zoals ze zich heeft voorgedaan.(Cass. 1-4-2004, RW 2004,106)

Degene die de fout begaat kan niet worden veroordeeld tot de vergoeding van de werkelijk geleden schade indien er onzekerheid is over het oorzakelijk verband tussen fout en schade.(Cass. 1-4-2004)

De causale onzekerheid bestaat erin dat de schade ook zonder de fout had kunnen ontstaan. (Cass. 5-6-2008 www.cass.be; H.Bocken, Verlies van een kans, NJW 2009 p 5)

Wanneer naast de fout andere factoren een rol spelen in de ontwikkeling van de schade, zoals gedragingen van de betrokkene van het slachtoffer of van een derde of andere factoren, is het causaal verband tussen de fout en de werkelijke schade onzeker en kan de vordering niet toegekend worden.

Indien het causaal verband tussen de fout en de uiteindelijke schade onzeker is kan een beroep worden gedaan op het verlies van een kans om die schade te vermijden, een schade die onderscheiden is van de werkelijk geleden schade.

Wanneer een causaal verband wordt aangetoond tussen de fout en het verlies van een kans kan een vergoeding worden toegekend. Die vergoeding is niet gelijk aan de uiteindelijk geleden schade maar aan het verlies van de kans om de schade te vermijden.

Het verlies van een kans is vergoedbaar ook al is de kans klein, enkel wanneer de kans onbestaande is kan geen vergoeding worden toegekend.(Cass.6-2-1961) Het verlies van een kans mag niet louter theoretisch zijn en moet worden beoordeeld in concreto.

Indien er onvoldoende elementen zijn om het verlies van een kans te begroten, kan de rechter de vergoeding ex aequo et bono bepalen. (Cass. 31-3-1969, Arr. Cass. '69, 717; Cass.13-9-1983, Jurispr.Belge nr 21)

Toepassing op voorliggend geschil

Het hof stelt vast dat de heer F de vergoeding vordert van de werkelijke schade die hij tot op heden zou hebben opgelopen als gevolg van het feit dat de beloofde opties niet werden toegekend. Hij berekent de waarde immers door de huidige waarde van het aandeel, na aftrek van de uitoefenprijs, te vermenigvuldigen met het aantal opties dat hem werd beloofd, waarvan hij de fiscale last die er volgens hem op van toepassing was aftrekt.

Hij stelt als premisse voorop dat hij de opties met zekerheid zou hebben aanvaard, en ze met zekerheid op heden niet te koop zou hebben aangeboden. Die redenering a posteriori berust op kennis van de evolutie en de actuele(?) waarde van de onderliggende aandelen, doch in 2006 waren die gegevens onbekend en was de evolutie van de aandelen onzeker.

Terecht merkt bpost op dat de heer P daarmee verspringt van een schadesoort (verlies van een kans) naar een andere: de beweerde werkelijke schade.

De heer P gaat daarmee voorbij aan de beslissing van het hof in het arrest van 15-4-2011 dat de schade door de niet nakoming door bpost van haar verbintenis aandelenopties toe te kennen bestond in het verlies van een kans op winst. De door de heer P: voorgehouden berekeningswijze werd in dat arrest reeds afgewezen en aan partijen werd verzocht een voorstel te doen met betrekking tot de begroting van het verlies van die kans, eventueel aan de hand van de fiscale waardering.

Om aanspraak te maken op de werkelijke schade zou de heer P moeten aantonen dat het causaal verband tussen de fout en de schade zeker is en dat die schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan. Het zou m.a.w. moeten uitgesloten zijn dat andere factoren die schade konden veroorzaken. Het hof acht dit niet het geval.

In de veronderstelling dat bpost haar verbintenis was nagekomen en de beloofde opties in januari 2006 had toegekend, kan de mogelijkheid niet worden uitgesloten dat de heer P de opties niet had aanvaard, en zelfs mocht hij dat wel hebben gedaan, ze reeds op een eerder tijdstip zou hebben gelicht en doorverkocht om de reeds betaalde lasten te recupereren en zijn verlies te beperken.

Die mogelijke handelingen konden even goed geleid hebben tot de schade zoals deze zich volgens de heer P heeft voorgedaan.

Bpost stelt in vraag dat er sprake is van een verlies van een kans op winst die voor vergoeding in aanmerking komt en stelt dat daarvoor eerst aannemelijk moet worden gemaakt dat de heer P die opties zou hebben aanvaard in januari 2006, gelet op de fiscale kost ervan en op het verschil tussen de uitoefenprijs van de optie en de waarde van het onderliggend aandeel op dat ogenblik, dat hij ze binnen (de niet gekende) looptijd zou hebben uitgeoefend, gelet op de onzekere evolutie van het onderliggend aandeel en de verplichting om op dat ogenblik de uitoefenprijs te betalen en dat hij de aandelen met een meerwaarde zou hebben verkocht.

Een optie is een recht om gedurende een bepaalde termijn een bepaald aantal aandelen aan te kopen, of naar aanleiding van een verhoging van het kapitaal van de vennootschap op een bepaald aantal aandelen in te schrijven tegen een vastgestelde of vast te stellen prijs.

Wanneer de werknemer de optie licht en het aandeel sinds de toekenning van de optie een grotere waarde heeft verkregen dan de vastgestelde optieprijs, geniet hij een voordeel.

Om het voordeel te bekomen, moet de optie dus worden aanvaard, gelicht, en moet de waarde van het aandeel gunstig zijn geëvolueerd.

Door het niet toekennen van de opties is de kans teloor gegaan zowel om de opties te aanvaarden, als om ze te lichten, te verkopen en er een meerwaarde op te verwerven.

Het verlies van die kans moet worden begroot.

Bpost merkt terecht op dat het verlies van een kans de onmogelijkheid impliceert om te bepalen of dan wel wanneer de heer P van die mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt en dat daarbij moet worden uitgegaan van de waarde die de opties hadden op 17-1-2006, het ogenblik waarop ze hadden moeten worden toegekend en waarop de wanprestatie moet worden gesitueerd. Op dat ogenblik is ook de kans verloren gegaan.

1/ Bij gebreke aan bepalingen in de optieclausule m.b.t. de looptijd de uitoefenperiode, de vervalmodaliteiten, is volgens bpost het bestaan zelf van een kans op winst volstrekt onzeker zodat ze niet voor begroting vatbaar is.

Dat in de optieclausule niets werd bepaald aangaande de looptijd, de uitoefeningsmodaliteiten (wanneer en onder welke voorwaarden kan worden uitgeoefend), de vervalmodaliteiten, is terecht zodat de economische waarde ervan niet precies kan worden bepaald aan de hand van de gangbare economische modellen.

De bepaling van de economische waarde van een optie op grond van statistische formules, zoals "Black and Scholes" of "Binomial" is inderdaad afhankelijk van een aantal factoren (aantal, onderliggende aandelen, volatiliteit, duur van de optie etc.).

Dat bpost geen verdere stappen heeft ondernomen om de voorwaarden en modaliteiten van de in het vooruitzicht gestelde opties verder uit te werken, zoals de looptijd, de uitoefenperiode, de vervalmodaliteiten...), maakt deel uit van de begane fout. Dit kan geen vrijgeleide zijn om te ontsnappen aan elke schadevergoeding als gevolg van haar wanprestatie.

Het hof is van oordeel dat een ex aequo et bono raming aangewezen is waarbij kan worden uitgegaan van de modaliteiten die in België het vaakst worden toegepast, nl. deze die als

voorwaarde worden gesteld in de wet van 26-3-1999, meer bepaald deze die een verlaagd percentage voorzien voor de bepaling van het belastbaar voordeel, zoals de door bpost geraadpleegde specialisten bevestigen.

De wet van 26-3-1999 stelt als basisregel dat het belastbaar voordeel vertegenwoordigd door de aandelenopties van niet-beursgenoteerde bedrijven op 15% van de waarde van het onderliggend aandeel wordt bepaald. Dit percentage wordt met 1% vermeerderd per jaar dat de optietermijn langer is dan 5 jaar. Een verlaagd percentage van 7,5% (verhoogd met 0,5% dat het 5^{de} jaar overstijgt) wordt in aanmerking genomen wanneer aan volgende voorwaarden is voldaan:

- de uitoefenprijs is definitief vastgesteld op het ogenblik van het aanbod (aan die voorwaarde is in ieder geval voldaan)
- de optie mag niet onder levenden worden overgedragen.
- de optie kan slechts worden gelicht tussen het begin van het 4^{de} en het einde van het 10^{de} jaar volgend op het jaar waarin het aanbod plaats had
- het risico van de vermindering van de waarde van het aandeel waarop de optie betrekking heeft na toekenning mag niet worden gedekt door de persoon die de optie toekent ...
- de optie heeft betrekking op aandelen van de vennootschap waarvoor de beroepsactiviteit wordt uitgeoefend of van een deelnemende vennootschap (in ieder geval vervuld)

De opties die onder toepassing van de wet van 26-3-1999 vallen, bieden het voordeel voor de onderneming dat er geen RSZ-bijdragen op verschuldigd zijn, op grond van de bepalingen van het KB van 5-10-2009.

Men mag aannemen dat voor de meest gunstige fiscale voorwaarden zou geopteerd worden daar het niet de bedoeling kan geweest zijn het management zware fiscale lasten op te leggen.

De heer P kan echter niet zonder meer de beloofde opties spiegelen aan deze van het ESOP-plan, nu enerzijds de uitoefenprijs van de beloofde opties daarvan in belangrijke mate afweek en er geen reden is om aan te nemen dat de gehele structuur die werd opgezet voor het inkopen van aandelen binnen het ESOP-plan eveneens zou gelden voor de beloofde opties.

Er moet immers rekening mee gehouden worden dat het ESOP-plan gold voor heel het personeel, terwijl de opties waarover het geschil handelt slechts aan een beperkte groep werden beloofd in veel grotere aantallen.

2/ Bij de begroting van de schade moet ook de context in aanmerking worden genomen.

De toekenning van aandelenopties aan het management beoogt hen te belonen voor hun inzet bij het realiseren van de gestelde objectieven en hen verder te motiveren met het oog op het verbeteren van de bedrijfsresultaten.

De heer P wijst er terecht op dat aangezien managers betrokken zijn bij het opstellen van het businessplan zij de kansen op het realiseren van die doelstellingen beter kunnen inschatten.

Hij stelt dat het voor de seniormanagers, waaronder hijzelf, en voor het directiecomité begin 2006 duidelijk was dat de doelstelling in het businessplan 2005 dat bpost voor zijn nieuwe aandeelhouders had uitgewerkt nl. een verdubbeling van de resultaten van 2004 in de komende jaren, zou worden overtroffen, wat ook is gebleken.

Het feit dat CVC en de Deense Post die de internationale postmarkt goed kenden, investeerden, was volgens hem reeds een sterk signaal dat ook zij geloofden in de ontwikkeling van bpost.

De heer P wijst op de gunstige evolutie die bpost had doorgemaakt. Hij licht toe:

- dat bpost in 2000 nog zware verliezen leed (277 miljoen euro op een omzet van 1.815 miljoen euro) en slechte vooruitzichten had wegens een verwachte continue structurele daling in het volume aan briefwisseling en wegens een nakend verlies van haar monopolie. Experten waardeerden bpost aan een marktwaarde van quasi 0 euro (conclusie de heer P p 11)
- dat in 2006 bij de inbreng van een private partner, bpost echter reeds op 600 miljoen euro waardeerde
- dat begin 2009 Deense Post haar aandelen in bpost aan CVC verkocht aan een prijs van 3.640 euro per aandeel die bpost in zijn geheel waardeert aan 1.500 miljoen euro, een waardestijging van 150% op 3 jaar tegenover de oorspronkelijke investering van Deense Post in 2006.

In januari 2006 was de situatie van bpost weliswaar verbeterd, doch gelet op de situatie in 2000 kon men op dat ogenblik toch nog niet onverdeeld euforisch zijn m.b.t. een verdere gunstige evolutie.

Er kan geen abstractie worden gemaakt van het onderzoek door de Europese Commissie wegens het verlenen van staatssteun die een risico inhield tot verplichte terugbetaling. Dit risico heeft zich inmiddels gerealiseerd aangezien de Europese Commissie intussen heeft beslist dat de Belgische regering die steun van bpost diende terug te vorderen. De steun had betrekking op een periode vanaf

1992 tot 2009.

Het directiecomité en het managementteam moeten zich van dit risico bewust zijn geweest.

Het hof is van oordeel dat zowel die positieve als die negatieve factoren in aanmerking moeten worden genomen bij de begroting van de schade.

3/ De fiscale last en de uitoefenprijs t.ov. de prijs van het onderliggend aandeel hebben eveneens een belangrijke invloed op het verlies van een kans, zoals bpost terecht benadrukt

Belasting

Op basis van de wet van 26-3-1999, art 42§1 en 45 betreffende het Belgisch actieplan voor de werkgelegenheid '98 en houdende diverse bepalingen, (aandelenoptiewet, gewijzigd bij wet van 24-12-2002, samen gelezen met art 412,lid 2 WIB 1992) zou de aanvaarding van 528 aandelenopties in 2006 gepaard zijn gegaan met de onmiddellijke en definitieve inhouding van de bedrijfsvoorheffing vanaf de 60^{ste} dag na het aanbod van de aandelenopties. De heer P zou de fiscale kost dus onmiddellijk hebben moeten dragen zonder enige kennis van de toekomstige evolutie van de aandelen. Die fiscale kost kon niet worden gecupereerd indien de opties niet winstgevend zouden blijken.

Voor de berekening van de fiscale last stelt de heer P de aandelenopties die hem waren beloofd op gelijke voet met de aandelen van het ESOP plan. Hij erkent echter dat de opties die kaderen binnen het ESOP-plan los staan van de Clausule in bijlage aan zijn arbeidsovereenkomst.

Het hof treedt de heer P bij in de mate hij uitgaat van het fiscaal gunstig tarief dat geldt wanneer de bepalingen van de wet van 26-3-1999 worden nageleefd en waarbij het loonsvoordeel forfaitair op 7,5% van de waarde van het onderliggend aandeel wordt bepaald. Dit is het tarief voor aandelenopties met een looptijd van 5 jaar, die niet overdraagbaar zijn en niet uitoefenbaar voor het 4^{de} kalenderjaar na het jaar van toekenning. (zie hoger)

Bpost merkt op dat zodra één van de in die wet bepaalde voorwaarden niet is vervuld, de belasting wordt bepaald op een forfaitaire evaluatie van het voordeel op 15% van de waarde van het aandeel.

Bij een langere looptijd dan 5 jaar verhoogt het tarief met 1% per jaar.

- bPost betwist ook de door de heer P toegepaste aanslagvoet

van 33,28 % (met inbegrip van de gemeentelijke opcentiemen van 6,5% waarover partijen het wel eens zijn).

Terecht wijst bPost erop dat gelet op het door de heer P. genoten loon t.b.v. 209.393,27 euro per jaar, het toepasselijk tarief zou overeenstemmen met de hoogste belastingsschaal in de personenbelasting, ten belope van 50%, hetzij na de verhoging van de gemeentelijke opdecimen, 53,25%. Bpost rekent voor dat dit bedrag zou overeenstemmen met ongeveer de helft van het netto-inkomen van de heer P

Zelfs in geval van de gunstige fiscale veronderstelling van een belastbaar voordeel van 7,5% per optie, zou die kost 33.443,98 euro bedragen (30.871 euro voor 528 opties) in plaats van 19.293,61 euro, zoals door de heer P. becijferd. Het hof treedt die berekening bij, die met 1% stijgt per jaar dat de looptijd 5 jaar zou overschrijden.

Bpost merkt terecht op dat de belasting onmiddellijk verschuldigd is en dat de gewone regeling geldt i.v.m. inhouding van de bedrijfsvoorheffing. Het bedrag van het voordeel bestaande uit de opties, wordt bij dat van de belastbare bezoldiging gevoegd, zodat de heer P. ten onrechte stelt dat hij die pas twee jaar nadien zou hoeven te betalen met de heffing van de belasting in 2008 over het aanslagjaar 2007 (inkomstenjaar 96).

Uitoefenprijs

- Naast de onmiddellijke betaling van de belasting bij aanvaarding heeft ook de uitoefenprijs een belangrijke invloed op de beslissing tot aanvaarding.

Deze was vastgesteld op 2.260 euro, hetzij 154% van de waarde van het aandeel dat in januari 2006 slechts 1.464 euro bedroeg

Dit aspect heeft een negatieve invloed op de beslissing de opties al dan niet te aanvaarden, gelet op onzekerheid over de evolutie van het aandeel.

Bpost merkt terecht op dat de verwijzing door de heer P. naar de aanvaarding van de 44 ESOP aandelen niet dienend is aangezien de voorwaarden daarvan interessanter waren. De uitoefenprijs ervan was immers gelijk aan deze van het onderliggend aandeel. Bovendien ging het om slechts een beperkt aantal aandelen.

Ten slotte merkt bpost op dat de heer P. een groot gedeelte van die opties reeds geruime tijd geleden heeft verkocht, toen het aandeel nog een lagere koers had, zodat uit zijn gedrag m.b.t. de ESOP aandelen (toen hij geen kennis had van de actuele koers) zeker niet kan afgeleid worden dat hij alle opties zou hebben

bijgehouden tot de beursgang van het bedrijf, zoals hij nu voorhoudt.

Mocht de heer P de opties hebben aanvaard met de daaraan verbonden lasten, zou onzeker blijven op welk ogenblik hij deze te gelde zou hebben kunnen maken en wanneer hij zou besluiten ze te verkopen.

Er kan niet worden uitgesloten en het hof acht die kans reëel dat de heer P de opties zou hebben gelicht en de aandelen zou hebben verkocht zodra zij een gunstige evolutie kenden die hem toeliet de gemaakte kosten te recupereren en zich in te dekken tegen een eventueel toekomstig verlies.

Bpost acht de fiscale forfaitaire waardering niet zo geschikt, daar zij geen rekening houdt met de negatieve factor van een uitoefenprijs hoger dan de waarde van het aandeel en ook de heer P wijst deze van de hand.

Deze piste werd aan partijen enkel gesuggereerd omdat zij het voordeel biedt dat zij een snelle berekening toeliet en door de fiscale administratie in ieder geval als een bruikbare evaluatie wordt beschouwd. Aangezien het een methode is die geen rekening houdt met de concrete factoren, is zij inderdaad slechts indicatief.

Het hof meent voor de ex aequo et bono begroting te kunnen uitgaan van de elementen die worden aangebracht in de verslagen van specialisten die door partijen worden voorgelegd waarop bpost haar in ondergeschikte orde voorgestelde raming steunt.

Bpost ging in zijn voorstel tot betaling van een bedrag van 7.500 euro uit van een gemiddelde van de waardebepalingen van de litigieuze aandelenopties door de door haar geraadpleegde specialisten en waardoor de kans wordt gevisieerd dat de heer P de aandelenopties zou hebben aanvaard en daarmee alsnog winst zou hebben kunnen maken, waarbij zij erop wijst dat de meerderheid van de onderzochte scenario's en gebruikte waarderingmethoden op een negatieve waarde uitkwamen.

De heer P meent voor de modaliteiten van uitoefening van de optie te kunnen verwijzen naar de modaliteiten van het ESOP-plan waarbij de verkoop via een bijzonder mechanisme is geregeld. Het hof meent dat daarvoor geen aanwijzingen zijn. In de eerste plaats was dat plan bedoeld voor alle werknemers, bovendien werd de uitoefenprijs bepaald op de waarde van het onderliggend aandeel.

Met de begroting van de schade van de door de heer P

geraadpleegde specialisten kan geen rekening worden gehouden aangezien daarmee een berekening wordt voorgesteld van de "werkelijke" schade die de heer P uiteindelijk zou hebben opgelopen, terwijl hier slechts sprake kan zijn van schade bestaande uit het "verlies van een kans".

Evenmin kan rekening worden gehouden met de waardering van opties volgens de voorwaarden van het ESOP-aandelenoptieplan.

Bpost merkt daarenboven op dat deze waardering geen illiquiditeitsd cote toepast, d.i. een korting wegens het niet bestaan van een verhandelingsmarkt voor die aandelen en evenmin rekening houdt met het onderzoek door de Europese Commissie naar staatssteun.

De heer d stelde in zijn verslag wel dat de vooropgestelde prijs waarschijnlijk niet gehaald zou worden indien de aandelen op een gedwongen basis verkocht zouden worden, in welk geval een illiquiditeitsd cote toegepast zou moeten worden.

Deminor dat door de heer P eveneens werd geraadpleegd, achtte de toepassing van de illiquiditeitsd cote niet nodig indien de opties tot de verwachte beursintrodactie werden bijgehouden. Dit wordt weliswaar door de heer P voorop gesteld doch behoort tot de elementen waarover geen zekerheid bestaat.

Het hof stelt vast dat de geraadpleegde specialisten verschillende waarderingmethoden hebben toegepast en dat zij allen vergelijkingen hebben gemaakt met vergelijkbare ondernemingen in binnen- en buitenland.

Aangezien bpost niet beursgenoteerd is, werd uitgegaan van de gemiddelde volatilit it van de aandelen van vergelijkbare bedrijven of aanverwante sectoren.

De door bpost geraadpleegde specialisten, T& W en DCF, hebben een schadeberekening gemaakt op het ogenblik dat de optieclausule moest worden uitgevoerd, in januari 2006, ogenblik waarop de kans op winst verloren is gegaan, een correct uitgangspunt.

De berekening van T&W gaat uit van acht verschillende scenario's en van twee verschillende modellen en geeft slechts een mogelijke positieve waarde bij een looptijd van 5 en 10 jaar met een fiscaal voorgeschreven wachttijd van 3 jaar.

Het hof onthoudt uit de voorgelegde verslagen dat alle door partijen geraadpleegde specialisten hun voorkeur uiten voor de toepassing van het "binomial option pricing" model boven het "Black and Scholes" model, waarbij T & W opmerkt dat dit model door bpost ook

gebruikt wordt voor de boekhoudkundige verwerking van de lange termijn variabele vergoeding.

Het hof houdt slechts rekening met de volgens dat model voorgestelde berekeningen en de scenario's voor een wachttijd van 3 jaar en een optielooptijd van 5 en 10 jaar, die kaderen binnen de wet van 26-3-1999.

Dit geeft volgens de T&W berekening een netto-optiewaarde voor 528 opties (na belasting) van resp. 6.358 euro (3jaar wachttijd, looptijd 5 jaar, verwacht hetgeen impliceert dat de optie wordt uitgeoefend voor het einde van de volledige optietermijn); 14.331 euro (3 jaar wachttijd, looptijd 5 jaar, volledig), 13.428 euro (wachttijd 3 jaar, looptijd 10 jaar verwacht) en 27.863 euro (wachttijd 3 jaar, looptijd 10 jaar volledig)

DCF komt op basis van het "binomiale" model tot een indicatieve waardering van de opties na belastingen die negatief is, behalve in het geval van een wachtperiode van 3 jaar en een looptijd van 10 jaar, waar hij deze berekend op 0,24€/optie.

Rekening houdend met de verschillende mogelijke scenario's waarvan er geen enkel met zekerheid vaststaat, en rekening houdend met het feit dat bepaalde gebruikte parameters (zoals volatiliteit, dividendrendement....) evenmin met zekerheid kunnen worden vastgesteld, is het hof van oordeel dat een rigoureuze mathematische berekening om de schade te evalueren niet mogelijk is en bepaalt het de schade van de heer F wegens het verlies van een kans ex aequo et bono op een nettobedrag van 13.500 euro dat als een morele schade wegens verlies van een kans moet worden beschouwd wegens het niet toekennen van aandelenopties.

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak;
Verklaart het hoger beroep van de heer P ongegrond,
het hoger beroep van bpost gedeeltelijk gegrond in volgende mate,

Hervormt het bestreden vonnis,

Veroordeelt bpost tot betaling aan de heer P van een bedrag van 13.500 euro ex aequo et bono wegens verlies van een kans

ingevolge het niet toekennen van 528 beloofde aandelenopties, de gerechtelijke intresten daarop aan de wettelijke intrestvoet vanaf de dagvaarding van 17-7-2008 tot de volledige betaling.

Bevestigt het bestreden vonnis in de mate het de gerechtskosten in eerste aanleg ten laste van bpost legde, slaat de gerechtskosten in hoger beroep om tussen partijen.

Door bpost begroot op :

- 15.000 € rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg
- 16.500 € rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep.

Door de heer P begroot op :

- 15.000 € rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg
- 16.500 € rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep.

Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

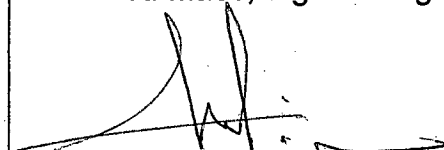
G. Balis, kamervoorzitter;

S. Alaerts, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

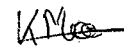
G. Tissen, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-
bediende;

Bijgestaan door


K. Maes, afgevaardigd griffier.



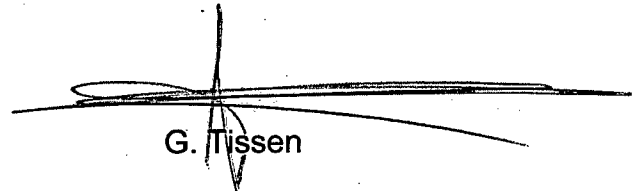
G. Balis



K. Maes



S. Alaerts



G. Tissen

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer
van het arbeidshof te Brussel op 21 februari tweeduizend en twaalf
door :

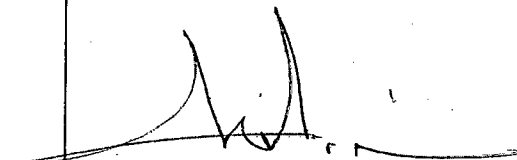
G. Balis

kamervoorzitter

Bijgestaan door

K. Maes

afgevaardigd griffier.



G. Balis



K. Maes