

rep.nr.

2012/537

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 17 FEBRUARI 2012

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

ETABLIS. GEBROEDERS DELHAIZE EN CIE- DE LEEUW NV, met
maatschappelijke zetel te 1080 BRUSSEL, Osseghemstraat 53,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. MAERTEN Patrick, advocaat te 1160
BRUSSEL, Vorstlaan 280.

Tegen:

M wonende te
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. VERMOORTELE Anouk, advocaat te 1540
HERNE, Ekkelenberg 36.

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 28 januari 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 09-9199).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 16 mei 2011;
- de conclusie voor de appellante, neergelegd ter griffie op 10 oktober 2011,
- de conclusie voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 8 augustus 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 20 januari 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN

De heer M. trad op 20 maart 1978 in dienst van de NV Gebroeders Delhaize & Cie De Leeuw (hierna genoemd de NV) als arbeider, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 23 februari 1978. In de loop van zijn tewerkstelling verwierf hij het bediendestatuut en klom hij op adjunct-diensthoofd HBC.

Met brief van 15 mei 2009, door de heer M. ondertekend 'voor ontvangst', beëindigde de NV de arbeidsovereenkomst om dringende reden, waarvan met aangetekende brief van 19 mei 2009 kennis werd gegeven. In essentie verweet de NV aan de heer M. dat hij ten opzichte van vrouwelijke ondergeschikten grensoverschrijdend gedrag (seksueel getinte opmerkingen, ongewenste aanrakingen) vertoonde en pornografisch materiaal verzamelde op zijn professionele computer, waarbij hij misbruik maakte van zijn leidinggevende positie.

In de kennisgeving van de dringende reden werd aangegeven:

- dat mevrouw S. , een ondergeschikte van de heer M. , op 20 april 2009 een informele klacht neerlegde wegens ongewenst seksueel gedrag bij mevrouw D. , intern vertrouwenspersoon
- dat tijdens het onderzoek dat door mevrouw D. werd gevoerd in de periode van 27 april 2009 tot en met 8 mei 2009, nog klachten van andere werknemers werden ontvangen met betrekking tot grensoverschrijdend gedrag
- dat op 12 mei 2009 een confrontatie werd georganiseerd tussen mevrouw D. en de heer M. in het bijzijn van de vertrouwenspersoon, twee vertegenwoordigers van de personeelsdienst en drie vakbondsafgevaardigden, waaronder de heer M. , vader van mevrouw S.
- dat de vertrouwenspersoon in haar verslag van 12 mei 2009 concludeerde dat de feiten van die aard zijn dat er sprake is van ongewenst seksueel gedrag op het werk, en aan de vertegenwoordigsters van de personeelsdienst werd overgelaten in overleg met de directie te beslissen welke verdere stappen genomen zouden worden;
- dat de directie in de persoon van de heer S. verder onderzoek deed en op 13, 14 en 15 mei 2009 schriftelijke verklaringen liet opstellen door mevrouw D. en andere betrokkenen
- dat de heer M. op 15 mei 2009 met de feiten werd geconfronteerd en tijdens dit gesprek voor de feiten geen geloofwaardige rechtvaardiging gaf.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 19 juni 2009 vorderde de heer M voor de Arbeidsrechtbank te Brussel betaling door de NV van:

114.217,29 EUR opzeggingsvergoeding
1.061,81 EUR eindejaarspremie pro rata temporis

deze bruto bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest.

Hij vorderde tevens de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, en de voorlopige uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

b.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 29 oktober 2009, breidde hij zijn eis uit en vorderde hij tevens betaling door de NV van 1 EUR schadevergoeding.

c.-

Met vonnis van 28 januari 2011 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. Zij veroordeelde de NV tot betaling aan de heer M van een opzeggingsvergoeding van 114.217,29 EUR, dit bruto bedrag te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 15 mei 2009 en met de gerechtelijke intrest vanaf de dagvaarding.

d.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 16 mei 2011 tekende de NV hoger beroep aan tegen dit vonnis. Zij vorderde dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou hervormen, en:

- in hoofdde, de oorspronkelijke vordering van de heer M tot betaling van een opzeggingsvergoeding ongegrond zou verklaren, met verwijzing van de heer M in de kosten van beide aanleggen;
- in ondergeschikte orde, deze vordering te herleiden tot 21 maanden bruto loon, met verwijzing van de heer M in de kosten van beide aanleggen;
- in uiterst ondergeschikte orde, de dagvaardingskosten alleszins ten laste te leggen van de heer M.

f.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 8 augustus 2011, hernam de heer M zijn in eerste aanleg gestelde vordering tot betaling van een schadevergoeding gelijk aan 1 EUR provisioneel.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

IV. BEOORDELING

A. Het hoofdberoep

Om de hierna aangegeven redenen dient het hoofdberoep als ongegrond te worden afgewezen.

Regelmatigheid van het ontslag om dringende reden

Artikel 35 derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt:

“ Ontslag om een dringende reden mag niet meer zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.”

De termijn van drie werkdagen begint slechts te lopen vanaf het ogenblik waarop de partij die het ontslag betekent, voldoende kennis heeft van de feiten.
(vgl. Cass. 23 mei 1973, J.T.T. 1973, 212; Cass. 11 januari 1993, J.T.T. 1993, 58)

Het feit is aan de partij die ontslag betekent bekend, wanneer deze omtrent het bestaan van het feit en de omstandigheden die daarvan een dringende reden zouden kunnen maken, voldoende zekerheid heeft om met kennis van zaken een beslissing te nemen, met name voor haar eigen overtuiging, t.a.v. de andere partij en t.a.v. van de rechtbank.

(vgl. Cass. 14 mei 1979, R.W. 1979-80, 1791; Cass. 14 oktober 1996, J.T.T. 1996, 500; Cass. 6 september 1999, J.T.T. 1999, 457; Cass. 8 november 1999, J.T.T. 2000, 211, concl. Adv.-Gen. Leclercq)

Het voorafgaand verhoor van de werknemer is een maatregel waardoor de werkgever voldoende zekerheid kan krijgen omtrent het bestaan van het feit en de omstandigheden die er een dringende reden van kunnen maken.
(vgl. Cass. 5 november 1990, R.W. 1990-91, 1124)

Uit de omstandigheid dat het ontslag wegens dringende reden werd gegeven na een onderhoud over gegevens die de werkgever reeds kende, kan niet worden afgeleid dat de werkgever op het tijdstip van het verhoor reeds beschikte over alle beoordelingselementen om met kennis van zaken een beslissing te nemen.
(vgl. Cass. 14 oktober 1996, J.T.T. 1996, 500)

Het ontslag dat pas is gegeven na een onderzoek van de ter kennis gebrachte feiten en een verhoor van de betrokken werknemer, is niet laattijdig.

In voorliggende betwisting staat niet ter discussie:

- dat mevrouw S. , een ondergeschikte van de heer M. , op 20 april 2009 een informele klacht neerlegde wegens ongewenst seksueel gedrag bij mevrouw D. intern vertrouwenspersoon
- dat tijdens het onderzoek dat door mevrouw D. werd gevoerd in de periode van 27 april 2009 tot en met 8 mei 2009, nog klachten van andere werknemers werden ontvangen met betrekking tot grensoverschrijdend gedrag
- dat op 12 mei 2009 een confrontatie werd georganiseerd tussen mevrouw D. en de heer M. , in het bijzijn van de vertrouwenspersoon,

- twee vertegenwoordigers van de personeelsdienst en drie vakbondsafgevaardigden, waaronder de heer M: vader van mevrouw S
- dat de vertrouwenspersoon in haar verslag van 12 mei 2009 concludeerde dat de feiten van die aard zijn dat er sprake is van ongewenst seksueel gedrag op het werk, en aan de vertegenwoordigsters van de personeelsdienst werd overgelaten in overleg met de directie te beslissen welke verdere stappen genomen zouden worden;
 - dat de directie in de persoon van de heer S verder onderzoek deed en op 13, 14 en 15 mei 2009 schriftelijke verklaringen liet opstellen door mevrouw D en andere betrokkenen
 - dat de heer M op 15 mei 2009 met de feiten werd geconfronteerd en tijdens dit gesprek voor de feiten geen geloofwaardige rechtvaardiging gaf.

Het ontslag werd gegeven op 15 mei 2009; de kennisgeving van de dringende reden gebeurde met aangetekende brief van 19 mei 2009.

Het ontslag om dringende reden werd met toepassing van artikel 35 derde en vierde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet tijdig gegeven.

De vormvoorschriften van artikel 35 achtste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet werden nageleefd.

Bewijs van de dringende reden

Artikel 35 laatste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt

“ De partij die een dringende reden inroept, dient hiervan het bewijs te leveren; bovendien moet zij bewijzen dat zij de termijnen voorzien in het derde en vierde lid geëerbiedigd heeft.”

De feitelijke beweringen van de ontslaggevende partij zijn geen bewijs van de dringende reden.

(vgl. Cass. 14 november 1988, J.T.T. 1989, 80)

De ernst van het ontslag om dringende reden vereist een vaststaand bewijs van de feiten die de werknemer ten laste worden gelegd.

(vgl. Arbh. Bergen 16 mei 1991, Bull. VBO, 1992, afl. 2, 78)

Bij ontslag om dringende reden speelt ernstige twijfel over het bestaan van de fout in het voordeel van de werknemer.

(vgl. Arbh. Brussel 16 maart 1989, T.S.R. 1989, 238)

In voorliggende betwisting acht het arbeidshof de feiten die de door de NV aan de heer M : ten laste worden gelegd bewezen, met uitzondering van het feit dat de heer M op zijn professionele computer pornografisch materiaal zou verzameld hebben. Inderdaad bestaat er te veel twijfel over de vraag wie er nu eigenlijk toegang had tot deze computer.

Evenmin wordt op afdoende wijze aangetoond dat de heer M misbruik zou gemaakt hebben van zijn hiërarchische positie.

Rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden

Artikel 35, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt:

"Onder dringende reden wordt verstaan, de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt."

Op de eerste plaats dient de tekortkoming ernstig te zijn: niet elke fout is een dringende reden.

De intrinsieke zwaarwichtigheid van de fout maakt een essentieel bestanddeel uit van de dringende reden.

(vgl. Arbh. Bergen 12 oktober 1990, Rev. Liège 1991, 739)

In de rechtspraak wordt zelfs algemeen aanvaard dat er zware fouten zijn die toch geen dringende reden uitmaken.

(vgl. Arbh. Brussel 20 juni 1980, T.S.R. 1981, 37, noot J. Mallié; Arbh. Brussel 19 september 1986, Rechtspr. Arb. Brussel 1976, 387)

Nauw met dit laatste vereiste verbonden, dient de zware fout de professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk te maken.

Voor de afdanking om dringende reden is bijgevolg vereist dat de door de werknemer gestelde handeling van die aard is dat elk vertrouwen en geloof in het verder zetten van de contractuele verhouding onmogelijk wordt.

(vgl. Arbh. Luik 14 maart 1984, T.S.R. 1984, 483)

De ernst van het ingeroepen motief moet beoordeeld worden in functie van het onhoudbaar karakter van de toestand die ze tot stand heeft gebracht.

(vgl. Arbh. Luik 8 maart 1971, Jur. Liège 1970-71, 236)

Wanneer de fouten van de werknemer de arbeidsverhoudingen tussen de werknemer en de werkgever niet dadelijk en volledig onmogelijk maakten, leidt de rechter hieruit wettig af dat die fouten geen dringende reden opleverden.

(Cass. 12 januari 1981, Arr. Cass. 1980-81, 514)

In voorliggende betwisting is op afdoende wijze aangetoond dat de heer M. zich schuldig heeft gemaakt aan grensoverschrijdend gedrag (seksueel getinte opmerkingen, ongewenste aanrakingen) ten opzichte van vrouwelijke ondergeschikten.

Dat de heer M. volgens de verklaringen van vele collega's beschouwd werd als een 'patente kerel, waar mee gelachen kon worden', staat er niet aan in de weg dat zijn gedrag ten opzichte van een aantal vrouwelijke collega's niet door de beugel kan. Terecht wordt in dit verband opgemerkt dat ongewenst seksueel gedrag bestaat van zodra het slachtoffer dit als dusdanig ervaart, wat in het geval van mevrouw D. ongetwijfeld het geval was.

Het feit dat de heer M. hierbij minstens suggereert dat mevrouw D. haar werk slecht deed en enkel in dienst bleef omdat haar vader vakbondsafgevaardigde is in de onderneming, is ongepast.

De vraag is echter of dit gedrag voldoende ernstig is om de professionele samenwerking tussen de NV en de heer M en onmiddellijk definitief te maken. Niet elke uiting van ongewenst gedrag van seksuele aard dient inderdaad met een ontslag om dringende reden te worden gesanctioneerd.
(vgl. Arbrb. Gent 17 juni 1994, Soc. Kron. 1994, 376, noot)

Het feit dat de wettelijke procedures voorzien in een procedure tot verzoening en de werkgever bij gegrondheid van de klacht verplichten maatregelen te nemen zodat de feiten zich niet zouden herhalen, tonen aan dat niet elk vorm van ongewenst seksueel gedrag een dringende reden uitmaakt.
(vgl. Arbh. Brussel 10 februari 2004, Soc. Kron. 2006, 141)

Het arbeidshof is in deze van oordeel dat het gedrag van de heer M weliswaar onaanvaardbaar was, doch de professionele samenwerking tussen werknemer en werkgever niet onmiddellijk en definitief onmogelijk maakte.

Hij werd dan ook ten onrechte om dringende reden ontslagen en heeft met toepassing van artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet recht op betaling van een opzeggingsvergoeding.

Opzeggingsvergoeding

Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de opzeggingsvergoeding met toepassing van artikel 82 § 3 en artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald te worden door de rechter.

De opzeggingstermijn moet bepaald worden met inachtneming van de op het tijdstip van de opzegging voor de bediende bestaande kans om een gelijkwaardige en passende betrekking te vinden, rekening houdend met de hiernavolgende criteria:

anciënniteit: 31 jaar en 3 maanden
leeftijd: 51 jaar en 2 maanden
functie: adjunct-diensthooft HBC
loon: 45.710,92 EUR

mede in acht genomen de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen.

(vgl. Cass. 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass. 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, R.W. 1990-91, 1409; Cass. 9 mei 1994, Arr. Cass. 1994, 461; Cass. 2 december 2002, Soc. Kron. 2003, 166; Cass. 3 februari 2003, J.T.T. 2003, 262; Cass. 5 januari 2009, nr. S.08.0086.N)

Rekening houdend met deze criteria heeft de heer M recht op een opzeggingsvergoeding gelijk aan 30 maanden loon en voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Ten onrechte argumenteert de NV dat bij de bepaling van de opzeggingstermijn rekening gehouden dient te worden met de tekortkomingen van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Vermits de opzeggingsvergoeding forfaitair wordt vastgesteld door de wetgever met toepassing van artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, behoort het de

rechter niet het bedrag ervan te verminderen om de reden van de stelselmatige tekortkomingen van de werknemer.
(vgl. Cass. 22 juni 1977, J.T.T. 1978, 6)

Wanneer de rechter een opzeggingstermijn dient te bepalen, mag hij geen rekening houden met de tekortkomingen van de werknemer aan zijn verplichtingen.
(vgl. Cass. 23 februari 1987, J.T.T. 1987, 265)

Met betrekking tot de samenstelling van het jaarloon van de heer M : bestaat enkel discussie over de vergoeding voor nachturen, die evenwel op de loonbrieven wel degelijk voorkomen voor het door de heer Meert aangegeven bedrag.

Terecht kende de arbeidsrechtbank dan ook aan de heer M een opzeggingsvergoeding toe van 114.217,29 EUR, zodat het bestreden vonnis bevestigd dient te worden.

B. Het incidenteel beroep

Om de hierna aangegeven redenen dient ook het incidenteel beroep als ongegrond te worden afgewezen.

De forfaitaire opzeggingsvergoeding die in geval van onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd is, vergoedt op zich alle schade die, zowel materieel als moreel, uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortvloeit.
(vgl. Cass. 7 mei 2001, J.T.T. 2001, 410, noot C. Wantiez; Arbh. Antwerpen 15 september 1995, Soc. Kron. 1996, 36; Arbh. Antwerpen 2 september 1997, Limb. Rechtsl. 1997, 236)

Wanneer de bediende een vordering stelt tot betaling van een schadevergoeding voor de schade die hij lijdt ten gevolge van het ontslag, is het aan de bediende om aan te tonen dat de werkgever een fout heeft begaan.

In overeenstemming met de gewone aansprakelijkheidsregeling moet de bediende ook het bewijs leveren van het bestaan en de omvang van de schade die hij beweert geleden te hebben en die onderscheiden is van die welke wordt gedekt door de opzeggingsvergoeding, en van het oorzakelijk verband tussen de fout van de werkgever en die schade.
(vgl. Arbh. Brussel 29 juni 1982, T.S.R. 1982, 627)

De heer M toont geen fout van de werkgever aan en bewijst evenmin het bestaan en de omvang van de door hem geleden schade.

Het enkele feit dat de arbeidsovereenkomst door de NV ten onrechte om dringende reden werd beëindigd, maakt geen fout uit in hoofde van de werkgever, en alleszins geen fout die aanleiding kan geven tot betaling van een schadevergoeding die een andere schade dekt dan deze die wordt vergoed door de forfaitaire opzeggingsvergoeding.

C. De kosten van het geding

a.-

Naar het oordeel van het arbeidshof brengt het feit dat de heer M gekozen heeft voor een dure manier van inleiding van de procedure door het gebruiken van een

dagvaarding in plaats van het goedkopere verzoekschrift op tegenspraak, niet met zich dat de kosten van dagvaarding ten laste van de heer M moeten blijven.

b.-

Artikel 1022 derde lid Ger.W. bepaalt dat de rechter op verzoek van één van de partijen en op een met bijzondere redenen omklede beslissing het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan verminderen of verhogen, rekening houdend met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij of het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Het arbeidshof is van oordeel dat geen van deze hypothesen in voorliggende betwisting voorhanden is, zodat het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan worden aangehouden.

c.-

Artikel 1017 eerste lid Ger.W. bepaalt dat ieder eindvonnis de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst.

Artikel 1017 vierde lid Ger.W. bepaalt dat de kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, onder andere wanneer de partijen 'onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld'.

In voorliggende betwisting werden zowel het hoofd- als het incidenteel beroep als ongegrond afgewezen.

Het arbeidshof is van oordeel dat de kosten moeten worden omgeslagen waarbij elk der partijen verwezen wordt in de eigen kosten van het beroep.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond;

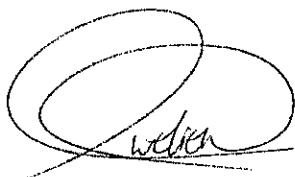
Bevestigt het bestreden vonnis in alle beschikkingen;

Verwijst elk der partijen in eigen kosten van het hoger beroep, aan de zijde van beide partijen begroot op 5.500 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Daniel RYCKX,
Paul DEPRETER,
Hugo ENGELEN,
bediende,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-
griffier.



Kelly CUVELIER



Hugo ENGELEN



Paul DEPRETER



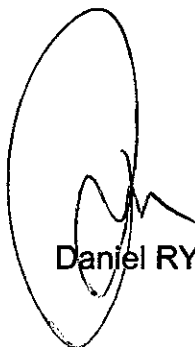
Daniel RYCKX

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 17 februari 2012 door:

Daniel RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Kelly CUVELIER



Daniel RYCKX