

rep.nr.

2012/753

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 9 MAART 2012

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

V

appellant,

vertegenwoordigd door mr. TIMMERMANS Els loco mr. TAFFIJN Thierry,
advocaat te 1700 DILBEEK, Ninoofsesteenweg 244.

Tegen:

N.V. ETABLISSEMENTEN FRANZ COLRUYT, met maatschappelijke
zetel te 1500 HALLE, Edingsesteenweg 196,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. OOMS Goedele loco mr. BOELS Yvan,
advocaat te 1060 BRUSSEL, Charleroissteenweg 138/2.

*

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 21 januari 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23^e kamer (A.R. 5509/09).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 7 maart 2011;
- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellant neergelegd ter griffie, respectievelijk op 15 september 2011 en 17 november 2011,

- de conclusie, de aanvullende en syntheseconclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie, respectievelijk op 9 juni 2011, 17 oktober 2011 en 14 december 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 27 januari 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer V kwam op 15 juli 1974 als arbeider in dienst van de NV Etablissements Franz Colruyt (hierna afgekort als *Colruyt*).

Hij promoveerde herhaaldelijk binnen de onderneming en hij ging met ingang van 1 september 1986 over naar het bediendestatuut in de functie van dienstchef manipulatioestellen, nadien werd hij dienstchef en laatst was hij aankoper technische dienst.

2. In deze functies werd de werktijd geregistreerd door een systeem van klokpuntering d.m.v. een persoonlijke badge en op basis hiervan werd de gewerkte tijd betaald.

Uit de werkinstructies volgt dat manuele punteringen en correcties uitzonderlijk zijn en dus zo weinig mogelijk voorkomen.

De heer V wijst er nochtans op dat hij in zijn functie regelmatig buitenshuis diende te opereren en dat hij dan niet anders kon dan de werktijd manueel inbrengen; hij houdt voor dat hij dit deed onder toezicht van zijn dienstchef.

Niet betwist wordt dat de etenstijd geen werktijd is, zodat men tijdens de schafttijd moet uitpunten. Ook hier werpt de heer V op dat hij vanuit zijn functie in die periodes dikwijls telefonisch opgeroepen werd, zodat hij dan de registratie van zijn werktijd manueel diende aan te passen.

3. Op 3 februari 2009 ontmoette de verantwoordelijke personeelszaken van Colruyt de heer V in de kantine en hij stelde op 4 februari 2009 vast dat de puntering manueel aangepast was naar gewerkte tijd, op basis waarvan hij op 6 februari 2009 aan de vervangende afdelingschef, de heer L , opdracht gaf om de punteringen van de heer V na te zien.

Op 6 februari 2009 werd de heer V hierover verhoord en hij ondertekende volgende verklaring: *ik ontken niet dat mijn punteringen soms niet 100% correct zijn. Ik heb echter wel steeds de intentie zo eerlijk mogelijk te zijn.*

4. Na dit verhoor werd hij ontslagen met dringende reden en bij aangetekende brief van 9 februari 2009 werden de redenen kenbaar gemaakt. Na een verwijzing naar het gesprek van 6 februari 2009 met de heer S. L. en met de verantwoordelijke

personeelszaken werden de feiten die rechtstreeks aanleiding hebben gegeven tot het inroepen van de zware fout, als volgt omschreven:

Op vrijdag 06/02/09 werd L op de hoogte gesteld van het feit dat er onregelmatigheden gebeurden met je punteringen. Hij besloot hierover met jou een gesprek aan te gaan. Op systematische wijze schrapte je immers punteringen en voegde je er fictieve punteringen aan toe.

Zo ontdekten we o.a. dat je in de voormiddag ging schaffen, je op dat ogenblik ook punteerde maar de dag nadien deze punteringen schraptte.

Via loggings merkten we ook dat je op regelmatige basis (fictieve) eindpunteringen ingaf, die niet strookten met het tijdstip waarop je je werk verliet.

Je kan hier tijdens het gesprek geen enkele verklaring voor geven.

Evenmin kan je ons een uitleg geven over je verkeersboete die je op 06/01/09 had om 14h57 op 300 m van je woning, terwijl je een manuele eindpuntering ingaf van 16h15. Uit loggings bleek dat je op die dag initieel een puntering ingaf om 11h47 en om 11h51 de site Hellebroek verliet. De puntering van 11h47 schraptte je de dag erna, waarna je voor 06/01/09 een eindpuntering ingaf van 16h15.

Je kan je ook niet herinneren dat je nadien nog naar een leverancier bent gegaan. Tijdens het gesprek heb je zelfs de 2 enige leveranciers in je buurt gebeld om af te checken, maar op die bewuste dag was je niet bij hen. Er staat daarenboven ook niks in je agenda hieromtrent.

Wij kunnen dan ook niet anders dan besluiten dat je stelselmatig bedrog pleegt met je punteringen wat regelrecht indruist tegen de werkinstructies. Iets wat je maar al te goed weet gezien je meer dan 20 jaar dienstchef geweest bent. Tijdens het gesprek ontken je trouwens niet dat je punteringen niet altijd 100% correct zijn.

Het is duidelijk dat het nodige vertrouwen in onze arbeidsrelatie volledig geschaad is. Dergelijke handelingen maken elke verdere samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk.

5. Op 16 februari 2009 betwistte de raadsman van de heer V. dit ontslag om dringende reden, zowel wat de vorm als wat de inhoud betreft.

Bij antwoordschrijven van 17 maart 2009 reageerde Colruyt op deze betwisting en lichtte zij haar standpunt toe met verwijzing naar een aantal stukken.

6. Op 9 april 2009 dagvaardde de heer V. de NV Colruyt Group Services voor de arbeidsrechtbank te Brussel en vroeg betaling van een opzeggingsvergoeding van 35 maanden of € 315.421,75, een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht van € 25.000, vakantiegeld en pro rata einde eindejaarspremie van € 1 provisioneel, meer de intresten en de gerechtskosten en in afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

Omdat een foutieve onderneming uit de Colruyt groep was gedagvaard, kwam de NV Etablissements Franz Colruyt op 29 juni 2009 vrijwillig tussen, zodat de vordering naar de reële werkgever werd uitgebreid.

7. Bij vonnis van 21 januari 2011 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd de vordering ten aanzien van de NV Colruyt Group Services onontvankelijk verklaard en werd de vordering ten aanzien van de NV Etablissements Franz Colruyt ontvankelijk maar ongegrond verklaard met veroordeling van de heer V tot de gerechtskosten.

8. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 7 maart 2011, tekende de heer V hoger beroep aan in zoverre de vordering lastens de NV Etablissements Franz Colruyt ontvankelijk maar ongegrond werd verklaard en hij hernam zijn oorspronkelijke vordering; in ondergeschikte orde deed hij een getuigenaanbod.

II. BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hogere beroep van de heer V tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is daardoor ontvankelijk.

De dringende reden.

De tijdigheid en de drie werkdagentermijn.

2. Op grond van artikel 35, 3^o lid van de arbeidsovereenkomstenwet mag een ontslag om dringende reden niet meer 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 3 werkdagen begint te lopen vanaf het ogenblik waarop de partij die ontslag betekent, voldoende kennis heeft van de feiten (Cassatie, 23 mei 1973, JTT 1973, 212 en Cassatie, 11 januari 1993, JTT 1993, 58).

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; uit die regel volgt niet dat het onderzoek dat de werkgever beveelt om over het aangevoerde feit voldoende zekerheid voor zijn overtuiging te verkrijgen, onverwijld moet worden aangevat en snel moet worden gevoerd (Cass. 17 januari 2005 Arr. Cass. 2005, 114; JLMB 2005, 1264; JTT 2005, 137; Pas. 2005, 124; RW 2006-07, 1237; Soc.Kron. 2005 207).

Een arrest waarin werd beslist dat een dringende reden laattijdig ter kennis werd gebracht, omdat de ontslagbevoegde partij de mogelijkheid had de verweten feiten eerder te kennen dan drie dagen voor het ontslag, werd door het Hof van Cassatie verbroken (Cass. 28 februari 1994, JTT 1994, 286; Cass. 14 mei 2001, JTT 2001, 390). De vereiste dat het bedrijf zo wordt ingericht dat de tot ontslag bevoegde persoon tijdig kennis krijgt van het als zwaarwichtig bedoelde feit, schendt eveneens artikel 35 derde lid van de arbeidsovereenkomstenwet (Cass. 13 mei 1991, JTT 1991, 324; Cass. 7 december 1998, JTT 1999, 149).

Het voorafgaand verhoor van de werknemer kan, ongeacht het resultaat en volgens de omstandigheden van de zaak, een maatregel vormen die de werkgever voldoende zekerheid geeft over het bestaan van een dringende reden tot beëindiging

van de arbeidsovereenkomst, inzonderheid voor haar eigen overtuiging en tevens tegenover de andere partij en het gerecht (Cass., 14 oktober 1996, JTT 1996, 500, noot; RW 1997-98 (verkort), 26).

Het Hof van Cassatie erkent dat het horen van de betrokkene relevant kan zijn (Cass. 5 november 1990, JTT 1991, 155); het horen van de werknemer wordt in deze rechtspraak verbonden met de vraag of de werkgever voldoende zekerheid en kennis heeft over de dringende reden en laat de drie werkdagetermijn slechts aanvangen na een eventueel verhoor.

Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen de drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn (art. 35, vierde lid arbeidsovereenkomstenwet).

Op grond van artikel 35 achtste lid van de arbeidsovereenkomstenwet moet de partij die een dringende reden inroept bewijzen dat zij de termijn van artikel 35 derde lid en vierde lid geëerbiedigd heeft.

Wanneer het arbeidsgerecht de tijdigheid van het ontslag om dringende redenen moet beoordelen, dient het alleen te onderzoeken of de aangevoerde kennis van het feit niet meer dan drie werkdagen bestond en doet het daarbij nog geen uitspraak over het bestaan van de feiten en het zwaarwichtig karakter ervan (cfr. Cassatie, 19 maart 2001, JTT 2001, 249).

3. Na het onderzoek van de punteringen door de heer S , was er in hoofde van Colruyt enkel een vermoeden van fraude, zoals Colruyt overigens zelf op p. 4 van haar syntheseberoepsbesluiten aangeeft.

De uiteindelijk ingeroepen dringende reden steunt echter op stelselmatig bedrog, zodat Colruyt terecht de heer V over de aldus gekwalificeerde tenlastelegging hoorde om voor zichzelf een voldoende zekerheid te bekommen.

De noodzakelijke voldoende zekerheid over de ingeroepen dringende reden ontstond bij Colruyt dan ook slechts na dit verhoor. De heer V werd na dit verhoor ontslagen en de motivering van de dringende reden werd binnen de wettelijke termijn van drie werkdagen gegeven.

Het ontslag was dan ook tijdig.

De nauwkeurige formulering van de dringende reden.

4. De dringende reden ter verantwoording van het ontslag op staande voet moet in de kennisgeving zodanig worden uitgedrukt dat daardoor, enerzijds, de ontslagen partij op de hoogte wordt gebracht van de haar verweten feiten en zich hierop kan verdedigen, en anderzijds de rechter het ernstig karakter van de aangevoerde reden kan beoordelen en kan nagaan of het dezelfde is als die welke voor hem wordt ingeroepen (Cass., 24 maart 1980, Arr Cass, 1979-80, 912, Bull. 1980, 900, Pas., 1980, I, 900; Cass., 27 februari 1978, Arr. Cass., 1978, 757, Pas., 1978, I, 737, R.W. 1978-79, 331, JTT 1979, 43; Cass., 21 juni 1976, Pas., 1976, I, 737, R.W. 1978-79, 331, JTT 1979, 43; Cass., 21 juni 1976, Pas., 1976, I, 1054).

Deze redenen moeten derwijze worden uitgedrukt, dat zowel de andere partij als de rechter in staat worden gesteld de zwaarwichtigheid ervan te beoordelen. De aangetekende brief mag weliswaar worden aangevuld door een verwijzing daarin naar andere gegevens, doch alleen mits het geheel de mogelijkheid biedt om met zekerheid en bepaaldelijk de zwaarwichtige redenen te beoordelen die de opzegging wettigen (Cass., 2 april 1965, Pas. 1965, I, 827; R.W. 1965-66, 333; Cass., 16 december 1970, Arr. Cass. 1971, 393; Pas. 1971, I, 369; T.S.R. 1970, 347; JTT 1971, 53).

Een dringende reden, die in zeer algemene termen wordt omschreven zonder dat de tegenpartij en de rechter kennis kunnen nemen van de precieze verweten feiten, wordt door de rechtspraak als onvoldoende nauwkeurig terzijde geschoven.

5. In de ontslagbrief wordt voor de reden van het ontslag uitdrukkelijk verwezen naar het stelselmatig bedrog in verband met de punteringen. Dienaangaande wordt uitvoerig verwezen naar de manuele wijziging van 6 januari 2009 en naar het manueel wijzigen van de puntering tijdens de schafttijd in de voormiddag.

Beide elementen worden besproken in het schrijven van de raadsman van de heer V van 16 februari 2009, waarin het ontslag werd betwist. Ook in de besluiten worden beide elementen gedetailleerd besproken, zodat de heer V: voldoende op de hoogte was van de reden van zijn ontslag en zich hierop heeft kunnen verdedigen. Ook voor het hof is deze reden voldoende duidelijk.

Het feit dat er geen datum vermeld wordt in verband met de wijziging van de puntering bij het kantinebezoek doet daaraan geen afbreuk. De vermelding van de datum van de feiten is geen strikte vereiste (C. Engels, *Ontslag wegens dringende reden*, Recht & Praktijk 46, 2006, 205 -206). Bovendien werd het ontslag tijdig gegeven onmiddellijk na het verhoor (zie randnummer 3) en ook voor de beoordeling van dit onderdeel had de datum van het kantinebezoek geen belang.

De dringende reden is dan ook voldoende nauwkeurig omschreven.

De grond van de dringende reden en het bewijs ervan.

6. Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet omschrijft de dringende reden als de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk onmogelijk maakt.

Hieruit volgt dat 3 voorwaarden cumulatief aanwezig moeten zijn:

- er moet een ernstige tekortkoming zijn van de werknemer,
- die elke professionele samenwerking onmogelijk maakt,
- en dit op een bijzondere manier met name onmiddellijk en definitief

Artikel 35 laatste lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt dat de partij die een dringende reden inroept hiervan het bewijs dient te leveren.

Naast het foutief karakter zal de rechter dus tevens de ernst van de tekortkoming dienen te beoordelen (cfr. Mallie J., noot onder Arbh. Brussel, 20.6.1980, T.S.R. 1981,41).

Bij de beoordeling van een dringende reden dient uiteraard rekening te worden gehouden met de omstandigheden eigen aan de zaak. Het feit dat het ontslag om dringende reden rechtvaardigt, is immers het feit met inachtneming van alle

omstandigheden die het feit het karakter van een zwaarwichtig motief geven (Cass., 13 december 1982, Arr. Cass., 1982-1983, 504; Cass., 16 juni 1971, JTT 1972, 37; Cass., 23 mei 1973, JTT 1973, 212).

7. In de werkinstructies van de heer V wordt in verband met de punteringen het volgende gezegd:

... voor elk BEGIN en EINDE van een werktijd doe je een KLOKPUNTERING die je zelf registreert d.m.v. je persoonlijke badge (job- of access-badge). Dit geldt voor alle werkonderbrekingen.

Manuele punteringen en/of correcties dienen uitzonderlijk te zijn en komen dus zo weinig mogelijk voor.

Uit 2.6 van het arbeidsreglement volgt dat de etenstijd en de middagpauzes niet in aanmerking komen voor verloning.

In 3.1 van het arbeidsreglement wordt nogmaals benadrukt dat de werknemer verplicht is te punteren bij het begin en het einde van iedere werkdag.

In 17.2 van het arbeidsreglement wordt bepaald dat diefstal aanzien wordt als een zware fout en kan gesanctioneerd worden met ontslag om dringende reden en dat het *manipuleren* van punteringen beschouwd wordt als diefstal van werkuren.

Uit deze bepalingen volgt dat Colruyt een groot belang hecht aan een correcte registratie van de arbeidstijd en dat men het manipuleren van punteringen niet tolereert. Het hof onderschrijft deze correcte doelstelling van de onderneming.

8. Gelet op de tenlastelegging in de ontslagbrief dat de heer V stelselmatig bedrog heeft gepleegd met de punteringen, dient verder te worden onderzocht of de heer V zich schuldig heeft gemaakt aan manipulatie en bedrog.

Colruyt verwijst hiervoor naar 7 manuele aanpassingen van de automatische puntering, waarvan er 2 in de ontslagbrief worden besproken.

Uit de werkinstructies blijkt dat manuele punteringen en/of correcties mogelijk zijn, maar dat ze de uitzondering moeten blijven en zo weinig mogelijk mogen voorkomen.

De heer V aanvaardt dit, maar wijst erop dat hij vanuit zijn functie dikwijls buitenhuis was en ook op alle mogelijke ogenblikken werd geïnterpelleerd, in welke gevallen hij zijn arbeidstijd wel moest manueel ingeven of aanpassen.

Deze specifieke omstandigheid wordt door Colruyt onbesproken gelaten.

9. Zonder daarin te worden tegengesproken, wijst de heer V er ook op dat deze manuele punteringen nagezien werden door zijn dienstchef, de heer M

Op het ogenblik van het nazicht was de heer M echter ziek en werd hij vervangen door de plaatsvervangende dienstchef, de heer S

Colruyt brengt echter geen enkel gegeven aan, waaruit zou blijken dat de heer M de 7 manuele punteringen niet zou hebben goedgekeurd. De heer M werd hierover blijkbaar ook nooit ondervraagd.

Nochtans ligt de bewijslast voor de dringende reden bij Colruyt en het ingeroepen verwijt situeert zich niet in manuele punteringen als dusdanig, die in beperkte mate toegelaten waren, doch in de manipulatie en het bedrog dat de heer V zou hebben gepleegd.

10. Colruyt aanvaardt overigens dat het onderzoek van de heer S op zich onvoldoende is voor een ontslag om dringende reden, want zij ziet hierin enkel een verdenking in verband met een vermoeden van fraude. Ze argumenteert immers uitvoerig dat zij juist omwille van het verkrijgen van een voldoende zekerheid over het bedrog tot een verhoor van de heer V is moeten overgaan.

Dit verhoor heeft echter slechts een summiere verklaring opgeleverd, die door Colruyt slechts gedeeltelijk, en dus niet in zijn geheel, wordt aangewend.

De heer V heeft daarin aangegeven dat zijn punteringen soms niet 100% correct waren, maar hij heeft daaraan onmiddellijk toegevoegd dat hij wel steeds de intentie had om zo eerlijk mogelijk te zijn.

De heer V legt deze verklaring uit in de zin dat de door hem opgegeven tijden benaderend waren en hij houdt zelfs voor dat hij deze tijden in het voordeel van Colruyt opgaf en dus afrondde naar beneden. De toevoeging dat hij steeds intentie heeft om zo eerlijk mogelijk te zijn, is voor hem dan ook cruciaal.

De heer S heeft na het verhoor te snel uit deze verklaring willen afleiden dat er een bewijs voorlag van bedrog en manipulatie. Wanneer men de verklaring in zijn geheel leest, bewijst ze dit niet. Wanneer de manuele punteringen niet op de tweede juist zijn en dus niet 100% correct zijn, zoals wel het geval is bij klokpuntering, is daarmee nog niet gezegd dat de heer V bedrog en manipulatie pleegde, wat hij uitdrukkelijk ontkent.

11. Evenmin kan het hof Colruyt niet zonder meer volgen, waar zij de 7 manuele aanpassingen als *systematische* onregelmatigheden beschouwde.

Uit de stukken 5 van Colruyt volgt immers dat de heer S hiervoor een periode van 1,5 maanden, gaande van 24 december 2008 tot 4 februari 2009, heeft nagezien, waarin echter niet minder dan 234 bewegingen plaatsvonden. Dit aantal wordt verklaard door het feit dat omwille van het dagverloop er meerdere keren in- en uitgepunt werd. Bezien vanuit de specifieke functie van de heer V relateert dit totaal sterk de 7 manuele aanpassingen, temeer daar in de periode van 13 november 2008 tot 23 december 2008 geen enkele argwaanwekkende aanpassing werd gevonden. Evenmin werd de heer V hiervoor in het verleden in gebreke gesteld, terwijl hij toch reeds sedert 15 juli 1974 in dienst was.

Wanneer Colruyt omwille van deze 7 aanpassingen vragen had, dan had ze er beter aan gedaan om de regels in verband met de manuele aanpassingen te concretiseren voor de functie van de heer V. Vervolgens had ze de heer V kunnen waarschuwen dat deze aanpassingen voor de toekomst op die wijze zouden worden gecontroleerd.

Rekening houdend met wat gezegd werd in de randnummers 8 en 9, dient dan ook te worden bevestigd dat de elementen van het dossier en meer bepaald de

verklaring van het verhoor onvoldoende is om in hoofde van de heer V een bewijs van bedrog en manipulatie te aanvaarden.

12. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat de heer V tijdens het verhoor zijn tijdsgebruik op welbepaalde dagen niet onmiddellijk precies kon reconstrueren. Zijn arbeidstijd wordt immers gekenmerkt door een grote verscheidenheid aan interventies.

Thans verantwoordt de heer V zijn tijdverbruik op 6 januari 2009 (opdrachten buitenhuis), 3 februari 2009 (telefoonoproep tijdens kantinebezoek) en de andere onderzochte dagen wel; Colruyt beperkt zich ertoe om deze uitleg in twijfel te trekken.

De bewijslast voor de dringende reden ligt nochtans bij Colruyt en de door haar aangebrachte bewijselementen zijn onvoldoende om in hoofde van de heer V op een concrete wijze bedrog of manipulatie aan te tonen. Het enkel in twijfel trekken van de uitleg van de betrokkene volstaat niet als bewijs van manipulatie en bedrog in hoofde van de heer V. Hiervoor is een intentioneel element nodig, dat ook door Colruyt moet aangetoond worden.

De dringende reden is dan ook niet bewezen.

De opzeggingsvergoeding

13. Daar de dringende reden niet aanvaard wordt, heeft de heer V recht op een opzeggingsvergoeding die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977, 5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994, 2 153).

14. Partijen hebben discussie over het basisloon en meer bepaald over de opname van het variabel loon, de waardering van het privaat gebruik van de bedrijfswagen en over het in aanmerking nemen van voordelen.

15. Colruyt houdt voor dat de in oktober 2008 uitbetaalde winstpremie van € 7.646,36 een vrijgevigheid zou uitmaken en dat deze niet zou zijn uitbetaald als tegenprestatie voor de in uitvoering van de arbeidsovereenkomst geleverde arbeid. Nochtans volgt uit de loonfiche dat op deze winstpremie RSZ-bijdragen en bedrijfsvoorheffing werden afgehouden, wat bij een vrijgevigheid niet het geval kan zijn.

De winstpremie is een variabele bezoldiging, die wel degelijk in het referteloan moet worden opgenomen daar zij uitbetaald werd als tegenprestatie voor de bijdrage tot de winst d.m.v. de door de arbeidsovereenkomst geleverde arbeid, zodat de premie

alleszins niet als vrijgevigheid kan worden beschouwd (vgl. Cass. 5 januari 2009, JTT 2009, 313).

16. Uit de loonstaat van september 2008 kan niet afgeleid worden dat Colruyt een lopend loonbedrag of een voordeel verworven krachtens de overeenkomst ten bedrage van € 5.139,30 zou hebben uitbetaald. Uit de loonstaat volgt dat er geen uitbetaling is geweest, behoudens een miniem bedrag, maar dat er aandelen zijn toegekend. De heer V brengt geen enkel element aan in verband met deze toekenning van aandelen, zodat hij niet aantoont dat er een lopend loonvoordeel zou zijn en nog minder hoe dit gebeurlijk zou moeten worden gewaardeerd.

17. Uit de loonstaten van februari 2008 tot januari 2009 volgt wel dat er maandelijks een prestatiepremie werd uitgekeerd, maar Colruyt legt uit dat deze toegekend worden in verband met de meeruren, terwijl er voor de periode van februari 2008 tot en met januari 2009 slechts 531,25 meeruren in aanmerking kunnen worden genomen a rato van € 24,4153/uur of in totaal € 12.970,63.

De overige premies zouden betrekking hebben op de prestaties, die geleverd werden voor februari 2008.

De heer V brengt hier enkel tegen in dat de premies in de betrokken periode in de loonstaten werden opgenomen. Hij weerlegt hierdoor de uitleg van Colruyt niet.

Het loon betaald in de 12 maanden voorafgaand aan het ontslag maar die betrekking hebben op een voorafgaande periode, is geen loon waarop de bediende nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag (Cass. 3 februari 2003, JTT 2003, 262). Aldus dient een dergelijk loon niet in aanmerking te worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding.

18. De heer V genoot van het privaat gebruik van de bedrijfswagen van het type Ford Mondeo. Dit voordeel dient niet te worden begroot op basis van de fiscale waardering, maar wel op basis van de reële waarde, die billijk kan geraamd worden op € 400/maand.

19. De heer V legt evenmin uit in welke mate het bedrag van € 74,56 een loonvoordeel of een voordeel verworven krachtens de overeenkomst zou zijn.

20. Aldus kan het basisloon worden samengesteld als volgt:

Loon	€ 3.702,83 x 12,92	€ 47.840,56
13de eindejaarspremie	€ 3.666,17 + € 74,37	€ 3.740,54
Winstpremie		€ 7.646,36
Prestatiepremie		€ 12.970,63
Privaat gebruik firmawagen	€ 400 x 12	€ 4.800,00
Hospitalisatieverzekering	€ 6,24 x 12	€ 74,88
Groepsverzekering	€ 222,17 x 12	€ 2.666,04
Totaal		€ 79.739,01

Rekening houdend met dit basisloon, de leeftijd van 51 jaar, de anciënniteit van 34,5 jaar, de functie van aankoper technische dienst, het wederzijds belang van de partijen en de gegevens eigen aan de zaak, kan de kans van de heer V om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden, worden geraamd op 34 maanden, zodat hij aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding van € $79.739,01/12 \times 34 = € 225.927,20$.

21. Bovendien vordert de heer V een juiste afrekening van het vakantiegeld en een pro rata eindejaarspremie ten bedrage van € 1 provisioneel.

Colruyt heeft in de begroting van het basisloon voor de opzeggingsvergoeding de post eindejaarspremie niet betwist zodat deze provisionele vordering gegrond kan worden verklaard.

Bovendien heeft de heer V recht op afgifte van de aangepaste sociale en fiscale bescheiden, waaronder een correct C4 formulier, doch er is geen reden om de veroordeling op dit punt uit te spreken onder verbeurte van een dwangsom, daar uit het dossier blijkt dat Colruyt steeds spontaan de juiste loondocumenten heeft opgesteld en overhandigd.

Misbruik van ontslagrecht

22. Zoals van elk recht kan ook van het ontslagrecht misbruik worden gemaakt.

Anders dan voor werklieden, voor wie artikel 63 van de arbeidsovereenkomstwet geldt, bestaat voor bedienden geen vergelijkbare uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dit verhindert niet dat het misbruik van ontslagrecht kan worden ingeroepen, wanneer er een kennelijk misbruik is waarbij de regel van artikel 1134,3de lid van het Burgerlijk Wetboek ernstig wordt geschonden; op basis van deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd (cfr. Cassatie, 19 september 1983, R.W. 1983-1984, 1480).

Rechtsmisbruik in verband met het ontslag vloeit dan ook voort uit de uitoefening van dit recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever (Cassatie, 12 december 2005, JTT 2006, 155).

Gelet op het forfaitair karakter van de opzeggingsvergoeding kan een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht slechts worden toegekend voor andere schade dan deze die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking, m.a.w. voor schade die niet veroorzaakt is door het ontslag zelf, maar door met het ontslag gepaard gaande omstandigheden (Cass., 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69).

23. Het is niet omdat de dringende reden niet aanvaard wordt omwille van het ontbreken van een voldoende bewijs voor een dergelijk ontslag, dat Colruyt op een kennelijke wijze de grenzen van de normale uitoefening van het ontslagrecht zou hebben overschreden. De heer V ontkende bovendien niet dat zijn manuele punteringen soms niet 100% correct waren en deze omstandigheid maakte het alleszins mogelijk dat Colruyt haar gewone ontslagmacht uitoefende door middel van opzegging of betaling van een opzeggingsvergoeding.

Evenmin toont de heer V aan dat hij nog een bijkomende schade zou hebben geleden die niet zou vergoed zijn door de in randnummer 20 toegekende opzeggingsvergoeding.

Dit deel van zijn vordering is ongegrond.

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,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Veroordeelt de NV Etablissements Franz Colruyt tot betaling aan de heer V van:

- een opzeggingsvergoeding van € 225.927,20
 - € 1 provisioneel wegens correcte afrekening vakantiegeld en pro rata eindejaarspremie
- deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 6 februari 2009 en de gerechtelijke intresten.

Veroordeelt de NV Etablissements Franz Colruyt tot afgifte aan de heer V van de aangepaste sociale en fiscale bescheiden waaronder een C4 formulier.

Wijst al het meer gevorderde af.

Veroordeelt de NV Etablissements Franz Colruyt tot betaling van de gerechtskosten van beide aanleggen, deze vereffent aan de zijde van de heer V op:

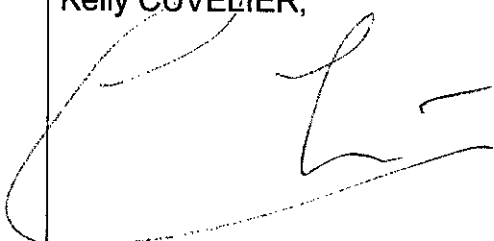
Dagvaarding	€ 145,86
rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 7.000,00
rechtsplegingsvergoeding hoger beroep geïndexeerd	<u>€ 7.700,00</u>
totaal	<u>€ 7.845,86</u>

En voor zover als nodig, aan de zijde van Colruyt begroot op € 14.700.

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

Lieven LENAERTS,
Paul DEPRETER,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

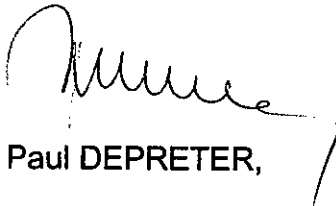
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



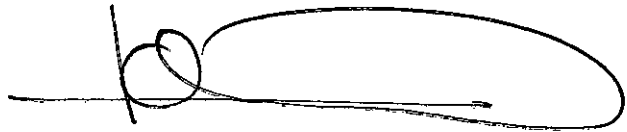
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



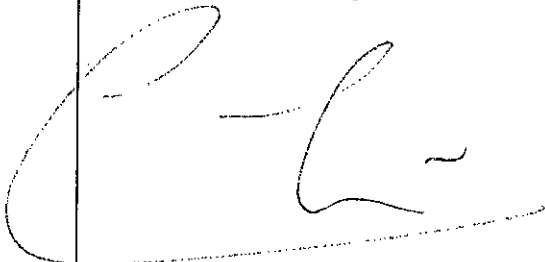
Paul DEPRETER,



Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 9 maart 2012 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

