

rep.nr.

2013/151

# ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

## ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 11 JANUARI 2013

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende  
tegensprekelijk  
gedeeltelijk definitief + bijzondere rol

In de zaak:

**DIEBOLD BELGIUM BVBA**, met maatschappelijke zetel te  
1731 ZELLIK, Brusselsesteenweg 494,  
appellante,  
vertegenwoordigd door mr. CARLIER Edward, advocaat te 2800  
MECHELEN, Conventstraat 2.

Tegen:

**V.....R**

verschijnend in persoon en bijgestaan door mr. JONGBLOET Pieter,  
advocaat te 1000 BRUSSEL, Jan Jacobsplein 5.

\*\*\*

\*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- de voor eensluidend verklaarde afschriften van de bestreden vonnissen, uitgesproken op tegenspraak op 21 november 2008 en 16 juni 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 24e kamer (A.R. 07/9751/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 11 januari 2012,
- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 24 juli 2012 en 10 oktober 2012,

- de conclusies en de syntheseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 14 juni 2012, 29 augustus 2012 en 13 november 2012,
- de voorgelegde stukken.

\*\*\*

\*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 14 december 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

\*\*\*

\*

## I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 7 april 1972 ondertekenden de N.V. Olivetti en de heer R. V. een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor de heer V. als bediende voor de technische afdeling werd aangeworven met ingang van 16 juni 1972.

Nadat deze arbeidsovereenkomst eerst was overgenomen door Wang Global Belgium, volgde op 1 april 2000 een nieuwe overname door de BVBA Diebold Belgium (hierna aangeduid als *Diebold*). Deze Belgische vennootschap werd opgericht en gecontroleerd door Diebold Incorporated en Diebold Holding Company Incorporated, beiden met zetel in de Verenigde Staten, Ohio, die respectievelijk 90% en 10% van de aandelen bezaten.

De Heer V. klom op tot Country Manager, aanvankelijk voor België en Luxemburg, vanaf midden 2005 bekwam hij ook de verantwoordelijkheid voor Nederland.

Op 20 april 2000 verleende de heer C. als niet statutaire zaakvoerder aan de heer V. uitgebreide bevoegdheden voor de leiding van Diebold. Hij mocht alle overeenkomsten sluiten voor de aankoop, de levering en de verkoop van goederen voor zover het bedrag van € 500.000 niet werd overschreden. Deze limiet gold niet voor de verkoops- en dienstenovereenkomsten m.b.t. bankautomaten. Op de algemene vergadering van 2 juni 2000 werd de heer V. benoemd tot niet statutaire zaakvoerder. (BS 15 juli 2000).

2. Diebold kwam in contact met de Nederlandse BV Cashferium. Deze had een systeem ontwikkeld voor bankautomaten die het afhalen van geld en het ophalen ervan mogelijk maakten. De heer V. zag in de productie van dergelijke automaten een grote opportuniteit.

Gaandeweg groeide er een verschillende visie op de samenwerking met Cashferium tussen de oversten van de heer V. binnen Diebold EMEA en de heer V. zelf. Zijn oversten beschouwden Cashferium als een te jong en te weinig financieel zeker bedrijf om omvangrijke financiële risico's mee aan te gaan.

De heer V werd door zijn oversten afgeremd in de financiële engagementen, die ze wilden beperkt zien tot € 100.000, wat ongeveer overeenstemt met de prijs van 2 sets automaten.

Cashferium wenste haar financiële mogelijkheden te verruimen via de leasingmaatschappij KEF, die wel een borgstelling van Diebold verwachtte voor het geval Cashferium haar engagementen niet zou kunnen nakomen.

Dit visieverschil kwam duidelijk tot uiting in de bevraging van de heer V (te door de heer Eagland van Diebold EMEA van 10 november 2006 en het antwoord hierop van de heer V van 16 november 2006.

De heer V werd aangesproken op enerzijds een mogelijk persoonlijk belangenconflict met Cashferium, maar ook op de vaststelling dat 40 van de bedoelde automaten reeds in productie waren gesteld zonder dat er een formele bestelling was.

3. Op 22 november 2006 vond er een vergadering plaats met de heer V namens Diebold, de heren S en E. namens Diebold EMEA en de bestuurders van Cashferium over de financiële potentie van Cashferium.

Uit een latere e-mail van de heer E aan de heer V van 8 december 2006 blijkt dat op deze vergadering Cashferium de garanties van Diebold voor haarzelf vooronderstelde.

De heer V werd hierover om toelichting gevraagd in deze mail.

Anderzijds houdt appellante voor dat op deze vergadering toegelicht werd dat Cashferium geen kredietfaciliteiten kon krijgen, zodat Cashferium toezegde een voorschot van 6 maanden in contant geld te zullen betalen, volgens de heer V als tegenwaarde voor de bestelling van 4 automaten.

4. Op 6 december 2006 ontving de heer S van Diebold EMEA een e-mail van de leasingmaatschappij KEF met de vraag om de verleende garanties te verhogen met € 300.000. Hierop reageerde de heer S met de vraag wie zich borg gesteld had voor welke schulden en wanneer, omdat hij steeds gezegd had dergelijke garanties niet te zullen geven en dat hij enkel instemde met een kredietlijn van € 100.000.

5. Omstreeks eind december 2006 ontving de heer S een borgstellingakte van 10 oktober 2006, weliswaar zonder handtekening met volgende inhoud:

*De ondergetekende, Diebold Belgium b.v.b.a., gevestigd en kantoorhoudend, ..., te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer R v hierna te noemen: "Borg", verklaart, zijn (hoofdelijke) borgstelling te verlenen voor de terugbetaling van alle bedragen die Cashferium B.V....aan Key Equipment Finance Netherlands B.V. (hierna te noemen KEF)...schuldig is of te eniger tijd zou worden, uit hoofde van een of meer leasingcontracten en in het algemeen uit hoofde van welke verrichtingen of feiten ook waarvoor hij (zij) tegenover KEF rechtstreeks of onrechtstreeks verplichtingen zou hebben en zulks ten belope van Euro 2.850.0000....*

*Deze verbintenis treedt in de plaats van de borgstelling van 12 juni 2006, die hiermee komt te vervallen.*

(eigen onderlijning).

6. Na een gesprek hierover op 4 januari 2007 met de heer E zegt Diebold dat de heer V de ondertekening van deze borgstelling heeft toegegeven. De heer V zelf zegt dat hij dan mondeling werd ontslagen.

7. Bij aangetekende brief van 8 januari 2007 bevestigde Diebold het ontslag om dringende reden van de heer V

8. De ontslagreden werd toegelicht in een aangetekende brief van 11 januari 2007: *Half januari 2005 werd u gevraagd om de Nederlandse Diebold activiteiten te leiden, in aanvulling op uw functie als Country Manager van Diebold België en Luxemburg. Volgt dan een situering van het project Cashferium.*

*Na een aantal gesprekken die u had met bepaalde Diebold werknemers, werd in maart 2006 het Diebold EMEA management op de hoogte gebracht van het feit dat u had beweerd persoonlijk een bedrag van één miljoen euro te hebben geïnvesteerd in Cashferium. U bevestigde mondeling ten aanzien van uw directe overste, de heer R E , een lid van het EMEA management team, dat u geen investering ten bedrage van één miljoen euro in Cashferium had gedaan doch wel van 0.5 miljoen euro. Tengevolge hiervan heeft de heer E u op 28 maart 2006 een brief geschreven waarbij u werd gewezen op het mogelijke belangenconflict dat zich stelde en werd u opgedragen om de leningovereenkomst met Cashferium te beëindigen. U meldde op 30 maart 2006 schriftelijk aan de heer E dat u uw geld terug had.*

*Begin mei 2006 heeft de Financial Controller van Diebold Belgium een verzoek gedaan om een nieuwe klantenrekening te openen voor Cashferium met een krediet van minimum 300.000 euro in afwachting van grote bestellingen door Cashferium. Zoals u weet, heeft het Diebold EMEA Business Centre (EBC) dit verzoek afgewezen omwille van het feit dat Cashferium een beginnende onderneming is met geen gekende activa of kredietverleden.*

*De Diebold EBC deelde mee dat er zaken konden gedaan worden middels bankgaranties of gegarandeerde betalingen. De heer R E heeft u daarnaast schriftelijk meegedeeld dat indien een leasingmaatschappij de Cashferium activiteiten zou steunen dit eveneens zou volstaan.*

*Kort nadien heeft de Diebold EMEA Finance Director ingestemd om de kredietlijn ten bedrage van 100.000 euro op te zetten teneinde het zaken doen van start te laten gaan.*

*Half juli 2006 werd, namens u, een bestelling verstuurd naar het Diebold EBC voor 40 zelfbedieningsmachines met een totale waarde van 1.850.000 euro. Deze bestelling werd geweigerd wegens een gebrek aan krediet van de klant en u werd schriftelijk ingelicht van het feit dat de kredietlijn slechts 100.000 euro was en dat zonder enige vorm van financiering de bestelling niet zou worden geboekt.*

*Later in juli 2006 heeft de heer E u schriftelijk in herinnering gebracht dat de Cashferium investeringsprospectus melding maakte van het feit dat Cashferium gedurende tenminste de eerste 18 maanden de machines zou leasen en dat indien u derhalve in het bezit zou komen van de nodige documenten van de leasingmaatschappij, de bestelling zou kunnen geboekt worden.*

*Op 7 augustus 2006 heeft de heer E u geschreven teneinde zich te informeren omtrent het feit of Cashferium haar leasing had geregeld. Hij vroeg zich eveneens af waarom, indien Cashferium geen leasing kon verkrijgen, Diebold wel het risico zou nemen. Hij bracht tevens in herinnering dat de kredietlijn op 100.000 euro was gezet en dit bedrag niet zou verhoogd worden zonder enig bijkomend financieel engagement. In dit schrijven werd uitdrukkelijk gesteld dat dit een beslissing was die*

*gesteund werd door het EMEA management team en door de voorzitter van Diebolds internationale activiteiten.*

*Op 11 augustus 2006 heeft u schriftelijk gemeld aan de heer E dat Cashferium nu geconsolideerd kapitaal had en geld op hun rekening...*

*Volgt dan een uiteenzetting over de financiering en de weigering van Diebold EMEA om zonder waterdichte zekerheid t.a.v. Cashferium geen bestelling te plaatsen.*

*In het begin van de maand november werden de heren S en E op de hoogte gebracht van het feit dat u Cable Print, een Diebold onderneming die in België gevestigd is en waarover u een leidinggevende rol had, de opdracht had gegeven om de 40 machines te produceren, m.a.w. de bestelling die in juli 2006 werd geweigerd. Het netto resultaat hiervan was dat Diebold 40 machines had geproduceerd met een waarde van ongeveer 1.850.000 euro waarvoor er geen klant was.*

*Volgt dan het relaas van de gebeurtenissen hierboven beschreven in de randnummers 2 tot 5 in verband met de bevraging van 10 november 2006, de vergadering van 22 november 2006, de e-mail van KEF van 6 december 2006 en de borgstellingakte van 10 oktober 2006, die doorverwees naar een eerdere borgstelling van 12 juni 2006.*

*De heer E had op donderdag 4 januari 2007 een vergadering met u. Tijdens deze vergadering heeft u het volgende aan de heer E bevestigd:*

- U heeft de overeenkomst d.d. 10 oktober 2006 ondertekend*
- U heeft tevens de overeenkomst d.d. 12 juni 2006 ondertekend en de oorspronkelijke waarde hiervan was 1.000.000 euro*
- Cashferium heeft meer dan 1.000.000 euro van de garantie met KEF gebruikt teneinde de aankoop van goederen te financieren die niet door Diebold werden geleverd.*

*De heer E heeft u meegedeeld dat deze nieuwe feiten, mede gelet op de gebeurtenissen van de afgelopen 9 maanden, elk geloof en vertrouwen in u hebben doen verdwijnen. Tengevolge van het niet vertellen van de waarheid, van het opzettelijk achterhouden van informatie aan het management, van het nemen van beslissingen die rechtstreeks de onderneming geld kosten, heeft de onderneming niet alleen veel geld verloren maar tevens een belangrijke aansprakelijkheid ten opzichte van een derde partij opgelopen. Het is evident dat het bovenstaande een ontslag om dringende reden rechtvaardigt.*

*...*

*Op de algemene vergadering van 8 januari 2007 van Diebold werd de heer V zijn mandaat van niet statutaire zaakvoerder ontnomen. Over de kwijting werd niet beslist. Deze werd op de algemene vergadering van 29 juni 2007 in beraad gehouden.*

*9. Diebold legt uit dat het hierna verder met Cashferium en KEF is blijven handelen om de 36 in productie gestelde bankautomaten kwijt te geraken en haar geld te recupereren. Op 10 april 2007 ondertekende Diebold Netherlands en Cashferium een mantel lease-overeenkomst voor € 1.500.000.*

*Cashferium kwam deels zijn verplichtingen na, doch ging uiteindelijk op 17 oktober 2007 failliet, waarbij de leasingmaatschappij KEF Diebold wegens de toegestane borgstelling wenste uit te winnen voor een onbetaald saldo van € 401.761,15.*

10. Er werd hierover een procedure gevoerd voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel tussen KEF en Diebold, waarbij de heer V op 14 juli 2008 in tussenkost en vrijwaring werd gedagvaard.

Bij vonnis van 29 maart 2010 werd de vordering van KEF afgewezen, omdat de borgstelling betrekking had op leasing en omdat KEF andere bedragen aan Cashferium ontleende. De rechtbank overwoog daarbij dat *de oversten van dhr. V en/of het management van Diebold EMEA (Europa – Midden Oosten en Africa), het, deze laatste, bij herhaling duidelijk hadden gemaakt dat zij geen zaken wilden doen met Cashferium, zolang deze niet over de financiële garanties beschikte.* De vordering in tussenkost en vrijwaring werd daardoor zonder voorwerp verklaard.

Tegen dit vonnis werd hoger beroep aangetekend.

11. Op 5 juli 2007 dagvaardde de heer V : Diebold voor de arbeidsrechtbank te Brussel in betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van 48 maanden of € 652.038,44
- een bonus 2006 van € 59.734,00
- de tegenwaarde van de dividenden op toegekende aandelen
- een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht van € 25.000,00 vermeerderd met intresten en kosten.

Bij conclusie van 8 januari 2008 stelde Diebold een tegeneis in betaling van een schadevergoeding van € 1.459.099,60 provisioneel.

Ze bood ook een getuigenverhoor aan.

12. Na een tussenvonnissen van 21 november 2008 werd bij vonnis van 16 juni 2011 de hoofdvordering ontvankelijk en in volgende mate gegrond verklaard.

Diebold werd veroordeeld tot betaling aan de heer V van:

- een opzeggingsvergoeding van 38 maanden of € 566.197,09
  - een bonus van € 59.734,00
- vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intresten.

Voor de dividenden op aandelenopties werden de debatten heropend.

Het overige werd afgewezen.

De tegenvordering werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

De arbeidsrechtbank achtte de dringende reden laattijdig omdat Diebold reeds langer dan drie werkdagen zekerheid had over de feiten.

Gelet op art. 18 van de arbeidsovereenkomstenwet werd geen schadevergoeding toegekend, omdat in eerste aanleg geen notulen i.v.m. de kwijting werden voorgebracht, zodat de rechtbank kwijting vermoedde.

13. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 11 januari 2012, tekende Diebold hoger beroep aan en vroeg dat de oorspronkelijke hoofdvordering zou worden afgewezen als ongegrond en de tegenvordering gegrond zou worden verklaard.

De heer V tekende incidenteel hoger beroep aan in zoverre zijn oorspronkelijke hoofdvordering niet volledig werd toegewezen.

**II. BEOORDELING**

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

**Datum van het ontslag en tijdigheid ervan**

2. De heer V werd op 4 januari 2007 gehoord door de heer E over de borgstellingen en hij houdt voor dat hij bij dat onderhoud mondeling werd ontslagen.

3. Een ontslag om dringende reden is op zichzelf niet aan vormvereisten gebonden (Cass. 15 juni 1981, JTT 1981,294). Het kan ook mondeling worden gegeven, maar er moet wel een duidelijke wilsuiting zijn (C. Engels, *Ontslag wegens dringende reden*, Reeks Recht en Praktijk, nr. 46, Kluwer Mechelen, 2006, 200).

4. De heer V werkte na het onderhoud van 4 januari 2007 nog op 5 januari 2007, hij nam op 8 januari 2007 een dag recup en hij werd tot die dag betaald (Omdat hij op 9 januari 2007 de ontslagbrief van 8 januari 2007 nog niet ontvangen had, werd hij naar huis gezonden).

Bij aangetekende brief van 8 januari 2007 werd hij ontslagen met dringende reden. In de kennisgevingbrief van 11 januari 2007 werd verwezen naar het onderhoud van donderdag (4 januari 2007) met de heer E.

Beide aangetekende brieven werden ondertekend door de heer D S  
zaakvoerder en CFO van Diebold EMEA.

De heer V heeft nooit betwist dat de heer S mandaat had om het ontslag te betekenen. In voorkomend geval had hij dit alleszins op het ogenblik van het ontslag moeten doen, of kort erna (Arbh. Brussel 26 juni 2012, JTT 2012, 458).

In de binnen de drie werkdagen na 8 januari 2007 aangetekend verzonden kennisgevingbrief van 11 januari 2007 geeft de heer S aan dat de feiten elk geloof en vertrouwen in de heer V hadden doen verdwijnen.

Ook al zal de heer V als ervaren zakenman op 4 januari 2007 al wel vermoed hebben dat zijn positie bedreigd was, toch bevestigt de zinsnede in de kennisgevingbrief van 11 januari 2007 niet dat er een formele en duidelijke ontslagbeslissing werd geveld. Deze werd immers genomen door de heer S, van wie niet betwist wordt dat hij de ontslagmacht uitoefende. Indien er op 4 januari 2007 reeds een ontslagbeslissing zou zijn meegedeeld, dan kan de verdere werkzaamheid van de heer V na die datum niet worden begrepen,.

Gelet op het feit dat het onderhoud van 4 januari 2007, gebeurde met de heer E, is het logisch dat de werkgever, vertegenwoordigd door de heer S, pas nadien de ontslagbeslissing nam, waarnaar verwezen werd in de brief van 8 januari 2007.

De vraag blijft wel overeind of Diebold pas op 4 januari 2007 voldoende zekerheid bewam over de feiten.

5. Op grond van artikel 35, 3<sup>o</sup> lid van de arbeidsovereenkomstenwet mag een ontslag om dringende reden immers 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 (Cass., 23 mei 1973, JTT 1973, 212; Cass., 11 januari 1993, JTT 1993, 58).

Het tijdstip waarop men met voldoende zekerheid kennis heeft van het feit dat de dringende reden uitmaakt, stemt niet noodzakelijk overeen met het tijdstip waarop het mogelijk is dit feit te bewijzen (H. Buyskens en K. Clinckemalie, *Knelpunten inzake het bewijs van de dringende reden*, Or. 2007/9, 238; Arbh. Brussel 21 mei 1997, Bull. V.B.O 1998, 82; Arbh. Luik 24 april 1997, Soc. Kron. 1998, 79).

De voldoende zekerheid die vereist is, is de zekerheid om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen, in het bijzonder voor zijn eigen overtuiging en tevens ten aanzien van de andere partij en ten aanzien van de rechtbank (vgl. de constante cassatierechtspraak aangehaald door H. Buyskens en K. Clinckemalie, aw, 238, vn. 9 waaronder Cass. 19 maart 2001, JTT 2001, 390; Cass. 22 oktober 2001, JT 2002, 197).

Het Hof van Cassatie erkent dat het horen van de betrokkene relevant kan zijn (Cass. 5 november 1990, JTT 1991, 155), maar 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.

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).

6. Het incident m.b.t. de voorgehouden persoonlijke investering van € 500.000 van de heer V in Cashferium en de mogelijke belangenvermenging werd afgesloten op 30 maart 2006.

De plaatsing van de bestelling van 40 bankautomaten was met zekerheid bekend begin november 2006, zoals blijkt uit de bevraging van 10 november 2006.

Diebold nam net voor Kerstmis 2006 met zekerheid kennis van het bestaan van een borgstelling van 10 oktober 2006 die de eerdere borg van 12 juni 2006 verving. Het bestaan en de onderschrijving van deze borgstelling was reeds ter sprake gekomen in de vraag van KEF van 6 december 2006.



In de syntheseconclusie van KEF van 30 september 2011 in de procedure voor het hof van beroep te Brussel (stuk 4 aanvullende inventaris V, p. 9), wordt vermeld dat *dhr. S* (KEF)... *deze borgstelling overigens per e-mail van 24 juli 2006 naar dhr K* (heeft) verzonden. Dit blijkt uit bijlage A bij stuk 45 van KEF.

In de syntheseconclusie van KEF van 30 september 2011 in de procedure voor het hof van beroep te Brussel (stuk 4 aanvullende inventaris V, p. 7), wordt vermeld dat *dhr R S* (KEF) *hem* (de heer S) *de gevraagde kopie* (van de borgstelling) *enkele dagen later per e-mail* bezorgt. Van deze laatste bewering worden geen stukken voorgelegd.

Diebold houdt voor dat ze bij het onder ogen krijgen van de borg vlak voor Kerstmis 2006 nog niet wist dat de heer V de onderschrijver was van deze borgstelling en dat ze dit pas vernam tijdens het onderhoud van 4 januari 2007.

Hierbij wordt voorbijgegaan aan de tekst van de borgstelling die duidelijk vermeldt dat ze te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd {was} door de heer R V

Volgens de kennisgevingbrief van het ontslag ging het verhoor van 4 januari 2007 over de vraag wie de borgovereenkomsten van 10 oktober 2006 en 12 juni 2006 ondertekend had en over de opmerking dat Cashferium een deel van de gelden van de garantie met KEF gebruikt had voor goederen die niet van Diebold kwamen. Dit laatste is niet aan de heer V te wijten.

De ontslagreden betreft het toekennen van borgstellingen tegen de instructies in van de oversten.

Dat de heer V Diebold vertegenwoordigd had bij de borgstelling, waarvan KEF reeds op 6 december 2006 het bestaan (en dus de ondertekening) had bevestigd, volgt uit de akte zelf die de heer S alleszins voor Kerstmis 2006 in zijn bezit had. Het verhoor had dan ook betrekking op een element waarover men reeds zekerheid had (het bestaan van de borgstelling, waarbij Diebold door de heer R V vertegenwoordigd was).

7. Overigens zegt Diebold niet hoe ze het exemplaar van de borgstelling bekwam.

De heer V is stellig dat dit gebeurde via een e-mail van de financiële controller, mevrouw D en hij zegt dat hij deze ook ontvangen heeft, maar dit niet meer kan aantonen daar hij na zijn ontslag van de server werd afgesneden. Hieruit zou ook blijken dat de borgstelling van hem uitging.

In het schrijven van de raadsman van Diebold aan het hof van 20 december 2012 als antwoord op de vraag van het hof om deze e-mail op te zoeken en gebeurlijk voor te leggen wordt het bestaan van deze e-mail noch ontkend, noch bevestigd.

In haar conclusies zegt Diebold over de kennisname op vage wijze dat ze *eind december 2006 een document in handen kreeg*.

Gelet op de precieze indicaties van de heer V voldoet Diebold niet aan de bewijslast dat ze slechts op 4 januari 2007 zou geweten hebben dat de ondertekening uitging van de heer V en dat ze voordien geen voldoende zekerheid zou gehad hebben over de ten laste gelegde feiten.

Deze bewijslast rust op haar, gelet op art. 35, achtste lid arbeidsovereenkomstenwet.

Zelfs indien de e-mails niet meer beschikbaar zijn, dan nog had men een verklaring van mevrouw D in de zin van art. 961/2 Ger. W. kunnen voorleggen of op dit punt een getuigenaanbod kunnen doen. Dit gebeurt evenmin.

Dit klemt des te meer daar Diebold niet tegenspreekt dat de heer V de enige op het continent aanwezige zaakvoerder was die de borgstelling kon hebben ondertekend.

Het arbeidshof treedt dan ook de eerste rechter bij dat Diebold niet aantoont dat ze pas op 4 januari 2007 zekerheid kreeg over het feit dat de heer V de borgstellingen ondertekend had en dat ze zodoende de drie werkdagentermijn heeft nageleefd.

### **De opzeggingsvergoeding**

8. 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).

Rekening houdend met de leeftijd van 63 jaar, de anciënniteit van 35 jaar, de functie van Country manager en het niet betwiste jaarloon van € 163.009,61 alsook de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen kan de kans van de heer V om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden worden geschat op 36 maanden.

Bij het bepalen van de opzeggingstermijn dient enkel rekening te worden gehouden met de kans van de werknemer om een gelijkwaardige betrekking te vinden, zodat de houding van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet relevant is (Cass., 23 februari 1987, JTT 1987, 265).

De opzeggingsvergoeding kan worden bepaald op  
 $163.009,61/12 \times 36 = € 489.028,83$

Het hoger beroep is slechts gedeeltelijk gegrond; het incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

**Misbruik van ontslagrecht**

9. 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. Cass., 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 voorzichtige en bedachtzame werkgever (Cass., 12 december 2005, JTT 2006, 155).

De opzeggingsvergoeding heeft bovendien een forfaitair karakter en dekt de volledige schade die door het ontslag werd veroorzaakt, zowel de materiële als de morele schade (Cass., 7 mei 2001, JTT 2001, 410).

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).

10. De heer V diende als Country Manager bij de opvolging van het Cashferiumproject de instructies van zijn oversten te volgen, zeker op het punt van de kredietverschaffing en de gestelde limieten. Hij stond onder gezag, wat voor hem heel duidelijk was, zoals blijkt uit zijn antwoord van 16 november 2006 op de instructies en vragen van 10 november 2006.

Het is evenzeer duidelijk dat zijn oversten niet mis te verstane instructies hadden gegeven m.b.t. de limiet van € 100.000, terwijl de borgstelling van 10 oktober 2006 voor € 2.850.000 deze limiet ruim overtrof. Het feit dat hij bij de bestelling van Cashferium wel de limiet van € 100.000 in acht heeft genomen door de onmiddellijke betaling te benaarstigen, doet geen afbreuk aan het risico dat hij nam door de kredietlimiet van € 100.000 bij de borgstellingen sterk te overschrijden.

In deze omstandigheden is het ontslag, ongeacht het feit dat het laattijdig werd gegeven, niet kennelijk onredelijk, daar het gebaseerd is op een overtreding van de instructies door de heer V

Het ontslag maakt dan ook geenszins rechtsmisbruik uit, zodat het incidenteel beroep op dit punt ongegrond is.

**De bonus**

11. Op 6 november 2006 werd de wedde van de heer V. . . . . aangepast. Zijn maandelijkse vaste wedde werd bepaald op € 8.582,43; daarnaast werd hem een jaarbonus toegekend van € 59.734 bij het bereiken van de objectieven.

Diebold betaalde op deze bonus maandelijkse voorschotten voor een totaal bedrag van € 21.690,84.

Wanneer Diebold wil voorhouden dat de heer V. . . . . zijn objectieven niet heeft behaald, dan dient ze de objectieven te preciseren en aan te duiden hoe de behaalde resultaten hieraan niet beantwoorden. Zij doet dit niet.

De heer V. . . . . bewijst zijn recht op bonus aan de hand van de brief van 6 november 2006. Zijn aanspraak moet worden verminderd met de uitbetaalde voorschotten, zodat zijn vordering gegrond is ten belope van € 59.734 - € 21.690,84 = € 38.043,16

Het hoger beroep is aldus gedeeltelijk gegrond.

**De dividenden op aandelenopties**

12. Aan de heer V. . . . . werden aandelenopties toegekend. Deze zouden verworven zijn op 9 februari 2008 en 20 februari 2009, wat niet gebeurde omwille van het ontslag op 8 januari 2007.

De eerste rechter heeft de debatten heropend om de voorwaarden van het plan te kennen.

De heer V. . . . . brengt het gevraagde stuk niet voor en gedraagt zich ter zitting naa de wijsheid.

Zijn oorspronkelijke vordering is niet bewezen en daardoor ongegrond en dient in het kader van de devolutieve kracht van het hoger beroep te worden afgewezen.

**De oorspronkelijke tegenvordering in schadevergoeding.**

13. Bij besluiten van 8 januari 2008 stelde Diebold een tegenvordering in betaling van een schadevergoeding ten bedrage van € 2.094.979,29, thans bepaald op € 1.860.860,75 onder voorbehoud van vermeerdering, zijnde € 1.459.099,60 wegens het in productie stellen van 40 geldautomaten, ten provisionele titel in de huidige stand weerhouden, vermeerderd met € 401.761,15 wegens uitwinning van de borg. Dit laatst bedrag vordert Diebold ook in de procedure voor het hof van beroep te Brussel ten titel van vrijwaring bij gebeurlijke veroordeling tot betaling aan de leasingmaatschappij KEF.

14. De heer V. . . . . houdt voor dat deze tegenvordering meer dan één jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst werd gesteld. Verkeerdelijk dateert hij dit op 4 januari 2007. In randnummer 4 werd uitgelegd dat het ontslag pas gegeven werd bij de aangetekende brief van 8 januari 2007. De tegenvordering van 8 januari 2008 is dan ook tijdig en niet verjaard.

In graad van hoger beroep toont Diebold aan dat ze nog geen kwijting aan de heer V. . . . . heeft verleend, wat betreft zijn mandaat van niet statutaire zaakvoerder.

15. De heer V handelde als Country Manager in de hoedanigheid van bediende, zodat een vordering tot betaling van schadevergoeding moet worden beoordeeld volgens art. 18 van de arbeidsovereenkomstenwet. Diebold moet daardoor aantonen dat de heer V aansprakelijk is op basis van bedrog, zware schuld of herhaaldelijk voorkomende lichte schuld.

16. Dit bewijs wordt niet geleverd wat betreft de beslissing tot het in productie stellen van 40 geldautomaten.

Zonder dat dit door Diebold weerlegd wordt, stelt de heer V dat het gebruikelijk was dat dergelijke beslissing genomen werd zonder formele bestelling van de klant. Hij verwijst hiervoor naar Fortis en Dexia.

Zodoende wordt geanticipeerd op de eerder lange productieperiode, die een tijdige levering kon hypothekeren.

Ook al was er een financiële voorzichtigheid, toch blijkt uit het dossier dat Diebold een samenwerking met Cashferium genegen was en hiervoor een zij het beperkte kredietlijn aanvaardde.

Anders dan voor de kredietlimiet, werden er door de oversten van de heer V geen specifieke instructies gegeven, die de beoordelingsmarge van de heer V beperkte op het vlak van het in productie stellen.

Bovendien heeft Diebold na het ontslag van de heer V de automaten geleverd en bekam ze deze terug op basis van een eigendomsvoorbehoud.

Gelet op het feit dat dergelijke toestellen ook aan andere klanten konden geleverd worden, is niet aangetoond dat de teruggewonnen toestellen onverkoopbaar waren. Diebold beschikte over de nodige middelen voor gerichte aanpassingen.

Diebold bewijst dan ook evenmin de voorgehouden schade die ze afleidt uit een niet bewezen onverkoopbaarheid.

17. Ook al kan de aansprakelijkheid op basis van art. 18 arbeidsovereenkomstenwet niet weerhouden worden wat betreft het in productie stellen van de geldautomaten, dit kan anders zijn wat betreft de ondertekende borgstellingen.

Door haar vordering in vrijwaring heeft Diebold dit gedeelte van haar vordering ook gesteld in de procedure die thans hangende is voor het hof van beroep te Brussel.

De heer V heeft daar de onbevoegdheid van de geëdieerde rechter ingeroepen.

Tevens zal de verdere beoordeling van dit deel van de schadevordering pas kunnen worden beoordeeld na de beslissing ten gronde door het hof van beroep.

In afwachting hiervan dient dit gedeelte te worden aangehouden, zodat dit onderdeel naar de bijzondere rol wordt verzonden.

**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,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en reeds gedeeltelijk gegrond,  
Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke hoofdvordering in volgende mate ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt de bvba Diebold Belgium tot betaling aan de heer V. van:

- een opzeggingsvergoeding van 36 maanden of € 489.028,83
  - een saldo bonus van € 38.043,16
- vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intresten.

Wijst de hoofdeis voor al het meergevorderde af.

Verklaart de oorspronkelijke tegenvordering ontvankelijk, maar reeds ongegrond wat betreft de schadevordering wegens het in productie stellen van de geldautomaten. Houdt de tegenvordering voor het overige aan en verzendt de zaak voor verdere beoordeling dienaangaande naar de bijzondere rol.


Houdt de kosten aan.



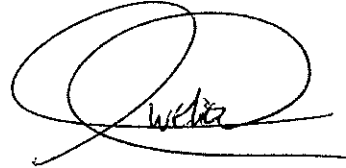
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,  
Lucrece REYBROECK,  
Daniël HEYVAERT,  
bijgestaan door :  
Kelly CUVELIER,

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



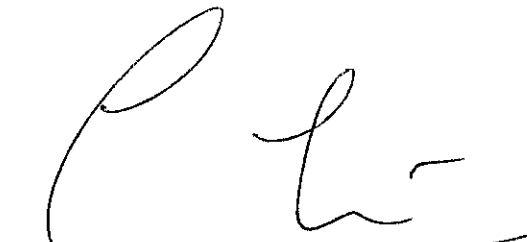
Lucrece REYBROECK,



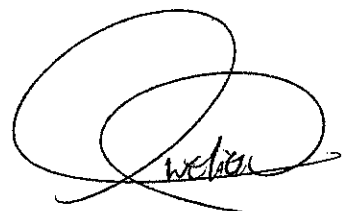
Daniël HEYVAERT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 11 januari 2013 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

