

rep.nr 2012/2505

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

**OPENBARE TERECHTZITTING VAN NEGEN OKTOBER
TWEEDUIZEND EN TWAALF.**

3e KAMER

bediendecontract

tegenspraak

definitief

In de zaak :

N.V. TRANSPARTNERS, , met maatschappelijke zetel
gevestigd te 1780 Wemmel, Petrus Remekerstraat 22,

Appellante op hoofdberoep, geïntimeerde op incidenteel
beroep, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door meester Baele Isabelle, advocaat
te Wemmel,

tegen :

V. C

Geïntimeerde op hoofdberoep, appellante op incidenteel
beroep, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door meester De Keersmaecker Frank,
advocaat te Vilvoorde.

*

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging en meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak, door de 24^{ste} kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel op 3 februari 2011;
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 4 mei 2011;
- de conclusies en synthese conclusies voor de appellante neergelegd ter griffie op 2 december 2011 en 26 maart 2012;
- de conclusies en tweede conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 5 september 2011 en 3 februari 2012;
- de voorgelegde stukken ;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 11 september 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

* *
*

FEITEN EN RECHTSPLEGING

Mevrouw V. trad op 8-3-1991 als kantoorbediende in dienst van de NV DAY BY DAY COURRIER SERVICE met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.

Op 1-11-1997 werd zij overgeheveld naar de zustervennootschap TRANSPARTNERS, gevestigd op hetzelfde adres en werd een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ondertekend. Mevrouw V. bleef op dezelfde plaats aan het werk.

Beide vennootschappen leveren koeriersdiensten. De

bedrijfsactiviteit van de NV DAY BY DAY COURRIER SERVICE bestond voornamelijk uit de contacten en opvolging van klanten, bedrijven in het binnenland, terwijl de NV TRANSPARTNERS zich toespitst op koerierdiensten wereldwijd.

De taak van mevrouw V bestond uit de controle van inkomende facturen, het verrichten van boekingen en betalingen, het uitgeven van kredietnota's e.d.

Met een aangetekende brief van 9-1-2009 zegde de vennootschap de arbeidsovereenkomst op met een opzegtermijn van 12 maanden die een aanvang nam op 1-2-2009.

Per aangetekende brief van 19-1-2009 stelde de vennootschap mevrouw V in gebreke wegens ongepaste uitspraken.

Op 18-3-2009 was er een incident nadat aan mevrouw V een nieuwe werkplaats was toegewezen.

Na een periode van arbeidsongeschiktheid van 6 tot 17-4-2009, hervatte mevrouw V het werk op 20-4-2009.

Op 21-4-2009 legde de vennootschap haar een overeenkomst voor waarin vrijstelling van arbeidsprestaties was voorzien. Mevrouw V was het echter niet eens met de daarin opgenomen clausule dat de arbeidsovereenkomst als ontbonden zou worden beschouwd in geval van tewerkstelling bij een nieuwe werkgever.

Er was op die datum opnieuw een incident en vanaf 27-4-2009 was mevrouw V opnieuw arbeidsongeschikt.

Met deurwaardersexploot van 7-5-2009 beëindigde de vennootschap de arbeidsovereenkomst om dringende reden.

Zij zou op 5-5-2009 van een klant hebben vernomen dat mevrouw V hem had gemaïld dat zij niet meer in het bedrijf werkte. De vennootschap interpelleerde mevrouw V daarover die bij brief van 6-5-2009 antwoordde dat zij geen weet had van dergelijke mail zonder te antwoorden op de precieze vragen van haar werkgever.

Na onderzoek stelde de vennootschap vast dat de professionele mailbox van mevrouw V was gewist. Op 7-5 ontving zij bevestiging van het rondsturen van de mail door mevrouw V

De ontslagbrief was in volgende bewoordingen gesteld:

"Wij stellen met deze en met onmiddellijke ingang een eind aan de

arbeidsovereenkomst die ons bindt – arbeidsovereenkomst die beëindigd wordt door aangetekend schrijven dd. 09.01.2009 met een opzeggingstermijn van 12 maanden, welke ingang op 1.02.2009 – zulks wegens dringende redenen zoals hierna verder omschreven en waarvan wij ons het recht voorhouden om binnen de drie werkdagen na huidig ontslag (eventueel) nader kennis te geven van de dringende redenen, de omstandigheden en de feitelijkheden welke er toe aanleiding hebben gegeven.

U bent als administratieve bediende in dienst bij N.V. TRANSPARTNERS sinds 1.11.1997 bij overeenkomst getekend dd. 1.11.1997. U was tewerkgesteld in een confidentiële operationele dienst en stond o.a. in rechtstreekse en voortdurende relatie met onze onderaannemers en partners.

*Ik werd op 5.05.2009 "gealarmeerd" in gevolge de mededeling van een klant die u zou gemaïld hebben met de boodschap dat u niet meer voor ons bedrijf werkt, wat totaal onjuist is. In deze context stelde ik onmiddellijk het nodige onderzoek in: bij afwezigheid van een werknemer is het de gewoonte dat de inkomende mails gelezen worden door een andere medewerker waarbij de bestemming normaliter hiervan verwittigd, bij ziekte kan dit niet vooraf worden geregeld, zodat op 6.05.2009 naar aanleiding van dit specifieke onderzoek **een reply** opdook op een mail van uw hand, tijdens de werkuren op de werkvloer verzonden op 22.04.2009 om 8:41uur, met als inhoud: "Hallo, **sinds vandaag werk ik niet meer** voor daybyday of transpartners. Indien jullie mij nog willen contacteren, graag op **thuisadres**: . . . Tot schrijvens,
C*

Mevrouw V protesteerde tegen dit ontslag, en eveneens via haar syndicale organisatie en via haar raadsman.

In haar antwoord van 9-6-2009 plaatste de vennootschap het ontslag tegen een ruimere achtergrond van eerdere verwittigingen en insubordinatie, gebrek aan collegialiteit en teamgeest.

Mevrouw V vorderde de veroordeling van de vennootschap:

tot betaling van volgende bedragen:

-50.008,64 euro als opzeggingsvergoeding gelijk aan 18 maanden loon,

- 881,75 euro als pro rata eindejaarspremie 2009 (aanvullend 6 maand + saldo 12 maand),

-241,36 euro als loon voor de feestdagen van 21-5-2009 en 1-6-2009,

de wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen.

Tot afgifte van de individuele rekening, loonfiche, C4 formulier en fiscale fiche met betrekking tot die vergoedingen onder verbeurte van een schadevergoeding van 1.250 euro per ontbrekend sociaal document.

Met het bestreden vonnis verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en grotendeels gegrond. Zij veroordeelde de vennootschap tot betaling van een opzeggingsvergoeding van -43.590,92 euro onder aftrek van de wettelijke inhoudingen, te storten aan de bevoegde instanties gelijk aan 16 maanden loon -844,72 euro als pro rata dertiende maand -241,36 euro als loon voor de feestdagen van 21-5-2009 en 1-6-2009, de wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen.

Tot afgifte van de individuele rekening, loonfiche, C4 formulier en fiscale fiche met betrekking tot die vergoedingen onder verbeurte van een schadevergoeding van 1.250 euro per ontbrekend sociaal document.

VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

De vennootschap is het niet eens met de uitspraak van de arbeidsrechtbank. Zij vordert dat het hof deze als ongegrond zou afwijzen met veroordeling van mevrouw V tot de kosten van beide gedingen.

In meer ondergeschikte orde,
Indien het hof zou oordelen dat het bewijs van de feiten niet was geleverd, verzoekt zij haar toe te laten met alle middelen van recht, met inbegrip van getuigen en vermoedens de aan mevrouw V verweten feiten aan te tonen.

In ondergeschikte orde,
Indien het hof zou oordelen dat mevrouw V ten onrechte om dringende reden werd ontslagen, verzoekt zij haar vordering slechts gedeeltelijk gegrond te verklaren tot beloop van 30.634,18 euro als opzeggingsvergoeding, 844,72 euro pro rata einde jaarpremie en de kosten tussen partijen om te slaan.

Mevrouw V verzoekt het hof
-De stukken 17 en 18 van het dossier van appellante uit de debatten te weren.

-Het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en het bestreden vonnis te bevestigen met betrekking tot de pro rata eindejaarsmie en het loon voor feestdagen.

-Het incidenteel hoger beroep gegrond te verklaren en de vennootschap te veroordelen tot de oorspronkelijk gevorderde aanvullende opzeggingsvergoeding, in ondergeschikte orde, tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding van 18.778,64 euro.

BEOORDELING

I.ONTVANKELIJKHEID

Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep dat regelmatig is naar vorm, binnen de wettelijke termijn werd ingesteld. Aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het is derhalve ontvankelijk.

Dit geldt eveneens voor het incidenteel hoger beroep.

II TEN GRONDE

Naleving van de door art 35 WAO bepaalde termijn voor het geven van ontslag

Luidens art 35 , 3^{de} lid WAO kan het ontslag om dringende reden niet meer zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn worden gegeven wanneer het feit ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich erop beroept.

De kennisname van de feiten wordt beoordeeld in hoofde van de persoon die bevoegd is tot het geven van ontslag om dringende reden.

De kennisname van de feiten is volgens de constante rechtspraak van het Hof van Cassatie het tijdstip waarop de persoon bevoegd tot het geven van ontslag om dringende reden voldoende zekerheid heeft verworven over de feiten en alle omstandigheden die er de aard van een dringende reden aan verlenen om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen zowel voor zijn eigen overtuiging als ten overstaan van de tegenpartij en het gerecht. (o.m. Cass.8.11.1999, JTT.2000, 211; Cass.19.3.2001, JTT 2001, 249; Cass.14.5.2001, JTT 2001, 390; Cass. 22.10.2001,JTT 2002, 197)

Mevrouw V stelt dat de vennootschap niet het bewijs levert dat zij pas op 5 mei kennis zou hebben genomen van de verzending van de kwestieuze mail.

De bewijslast m.b.t. de naleving van de bij de wet opgelegde termijn voor het geven van ontslag om dringende reden, van de realiteit van de feiten en van de ernst ervan rust inderdaad op de partij die ontslag om dringende reden geeft, zoals bepaald in art. 35, 8^e WAO. Mevrouw V meent dat aangezien er meer dan 2 weken verstreken zijn tussen het verzenden van de mail (22-4) en de beweerde kennisname door de vennootschap, de door haar voorgestelde datum weinig waarschijnlijk is.

Zij meent dat het ogenblik waarop men zekerheid verwerft over de feiten niet kan samen vallen met het tijdstip waarop men het bewijs van die feiten heeft verkregen.

De vennootschap wijst erop dat de dringende reden niet enkel betrekking had op het versturen van het mailbericht maar ook op het feit dat zij mevrouw V op het verzoek van haar werkgever op 6-5 om nadere uitleg daarover, antwoordde dat zij geen weet had van dergelijke mail. De vennootschap beschouwde dit als een leugen en een teken van insubordinatie en benadrukt dat dit voor haar het ultieme feit was dat een ontslag om dringende reden rechtvaardigde.

Het hof stelt vast dat in de ontslagbrief inderdaad zowel het versturen van de mail als het leugenachtige antwoord van mevrouw V als dringende reden worden ingeroepen.

Het ontslag werd in ieder geval gegeven binnen de drie werkdagen te rekenen vanaf dit laatste feit waarvan de datum vast staat, zodat de bij art 35 WAO voorgeschreven termijn van drie werkdagen werd nageleefd, zoals ook de arbeidsrechtbank terecht heeft geoordeeld.

Weren van stukken uit de debatten

Mevrouw V vordert dat de stukken 17 en 18 van het bundel van geïntimeerde uit de debatten zouden worden geweerd daar ze volgens haar onrechtmatig werden verkregen. Het betreft e-mailberichten uit de mailbox van mevrouw V die zonder haar medeweten en zonder haar toestemming werd gecontroleerd, daartoe zonder dat er binnen de onderneming een regeling werd getroffen met betrekking tot de mogelijkheid, zodat de vennootschap hiermee een inbreuk pleegde op het privacybeginsel, zo stelt ze.

De bewuste stukken hebben betrekking op de feiten die door de

vennootschap als dringende reden werden ingeroepen, meer bepaald de vraag of mevrouw V. aan klanten van het bedrijf op 22-4 een mailbericht stuurde waarin ze meedeelde dat ze niet meer voor het bedrijf werkzaam was.

De vennootschap stelt dat de mailbox bedoeld was voor professionele mails en niet met een afzonderlijk paswoord toegankelijk was. Aangezien mevrouw V arbeidsongeschikt was hadden andere werknemers toegang tot haar mailbox om professionele mailberichten te kunnen beantwoorden.

Ze verwijst verder naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, het Antigoon-arrest van 14-10-2003 en de daaropvolgende arresten die het Hof heeft gewezen in verband met het weren van onrechtmatig verkregen bewijs.

Zij meent dat niet voldaan is aan de voorwaarden voor het weren van dergelijk bewijs.

De door de vennootschap voorgelegde mails zijn bekomen na onderzoek van de mailbox van mevrouw V en kennelijk niet bij toeval ter gelegenheid van de dagelijkse opvolging van inkomende mails. Dit kan worden opgemaakt uit het tijdsverloop tussen de aanvang van de arbeidsongeschiktheid van mevrouw V op 27-4 en de bewering van de vennootschap dat zij pas kennis had van het verzenden van de mail op 5 mei 2007.

Er worden geen stukken voorgelegd waaruit zou blijken dat het privégebruik van e-mail en internet verboden was. Evenmin blijkt er in de onderneming een regeling te hebben bestaan met betrekking tot mogelijke controle over het gebruik door de werknemers van de online communicatie middelen, zoals voorzien bij CAO nr. 81 van 26-4-2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische online communicatiegegevens.

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is een grondrecht, gewaarborgd door art 8 EVRM en art 22 van de Grondwet. Het betreft echter geen absoluut recht. (Cass. 27-2-2001, Pas.2001, 368)

Op grond van art 8.2 kan het worden ingeperkt mits naleving van de principes van legaliteit, het finaliteit en proportionaliteit. Dit houdt in dat inbreuken op de privacy slechts kunnen op grond van gerechtvaardigde doelstellingen (finaliteit) zoals de bescherming van een fundamenteel recht, die in een duidelijke regeling zijn opgenomen (legaliteit) en dat die inbreuk in verhouding staat tot de doelstellingen(propotionaliteit).

CAO nr. 81 bepaalt nader onder welke voorwaarden de werkgever het gebruik door de werknemers van de online communicatiemiddelen kan controleren, nl. in het raam van welke doelstellingen (finaliteit) die duidelijk en expliciet moeten worden omschreven (legaliteit) waarbij de inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de werknemers tot een minimum moet worden beperkt. (proportionaliteit).

Tenslotte bepaalt art 124 van de wet van 13-6-2005 betreffende de elektronische communicatie dat niemand met opzet kennis mag nemen van informatie die via elektronische weg is verstuurd en niet persoonlijk voor hem is bestemd, tenzij met toestemming van alle daarbij rechtstreeks of onrechtstreeks betrokken personen.

In voorliggend geval voldoet de door de vennootschap uitgevoerde controle niet aan die voorwaarden nu er geen regeling werd opgesteld met betrekking tot de controle op het gebruik van de elektronische communicatie.

Tot de uitspraak van het Hof van Cassatie in het Antigoon-arrest gold in burgerlijke zaken als regel dat onwettig en onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten moest worden geweerd.

In het Antigoonarrest, gewezen in een strafzaak, overwoog het Hof van Cassatie dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal slechts moet worden geweerd in drie gevallen :

- schending van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften
- de begane onrechtmatigheid tast de betrouwbaarheid van het bewijs aan
- het aanwenden van dat bewijs brengt het recht op een eerlijk proces in het gedrang. (Cass.14-10-2003, www.cass.be)

Dit principe werd nadien bevestigd in verschillende arresten. (Cass. 23-3-2004 en Cass. 2-5-2005 alle op www.cass.be)

Dit principe werd nog herhaald in verschillende arresten.

In een aantal andere arresten oordeelde het Hof van Cassatie dat "behoudens wanneer een verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling zelf bepaalde welke juridische gevolgen moesten worden gehecht aan de miskennis van een wettelijk voorgeschreven pleegvorm bij het verkrijgen van het bewijs, de rechter zelf die gevolgen beoordeelt; dat de omstandigheid dat de pleegvorm waarvan de miskennis wordt vastgesteld, betrekking heeft op dat art. 6 en 8.2 EVRM en art. 12 en 15, Grondwet gewaarborgde grondrechten hieraan niets afdoet. (Cass. 16-11-2004, 2 arresten, Cass. 2-9-2009)

In het arrest Manon van 2-3-2005 oordeelde het Hof dat wanneer de begane onregelmatigheid noch het recht op een eerlijk proces in het gedrang bracht, noch de betrouwbaarheid van het bewijs aantastte en geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschrift miskende, de rechter kan beslissen de onregelmatig verkregen bewijselementen in aanmerking te nemen en *met name de omstandigheid in overweging kan nemen dat de onwettigheid die werd begaan niet in verhouding staat tot de ernst van het misdrijf dat door die onregelmatigheid kon worden vastgesteld of dat die onregelmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm worden beschermd.* (in dezelfde zin Cass. 31-10-2006)

Deze principes werden ook in burgerrechtelijke zaken herhaald en o.m. in een arrest van 10-3-2008. (JLMB 2009, 580)

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in een arrest van 22-12-2010 eveneens dat onregelmatig verkregen bewijs geen automatische inbreuk vormde op het recht op een eerlijk proces of op art 8 EVRM of art 22 Grondwet.

De onrechtmatig verkregen bewijsstukken die mevrouw V wenst geweerd te zien beantwoorden niet aan de in het Antigoonarrest gestelde gevallen waarin zij moeten worden uitgesloten.

Om te kunnen beoordelen of zij kunnen worden toegelaten, gezien de ernst van de feiten waarvan zij als bewijs dienen, moet de ernst van die feiten die als dringende reden worden ingeroepen toch nader worden onderzocht, meer bepaald met betrekking tot het verwijt of mevrouw V al dan niet een mailbericht naar klanten had gestuurd met de mededeling dat zij niet langer in het bedrijf werkzaam was.

De vennootschap beweert dat zij gealarmeerd werd door klanten die zo'n mailbericht zouden ontvangen hebben, meer bepaald een persoon die bij Xerox werkzaam was, doch dit kan uit de stukken niet worden afgeleid.

Mevrouw V heeft steeds volgehouden dat zij enkel een bericht aan persoonlijke vrienden en familieleden heeft gestuurd.

Het bewuste mailbericht had als onderwerp: "*nieuw mailadres:* ' en wordt door mevrouw V zelf in conclusie als volgt geciteerd.

"Hallo,

*Sinds vandaag werk ik niet meer voor daybyday of transpartner.
Indien jullie mij nog willen contacteren: graag op thuisadres.*

*Tot schrijvens
C "*

Het hof acht de bewering van mevrouw V dat zij dit bericht enkel naar vrienden en familie stuurde waarschijnlijk:
-gelet op de verwijzing naar het thuisadres, een mailadres op naam van haar echtgenoot. Het is niet erg waarschijnlijk dat men klanten verwijst naar een persoonlijk mailadres wanneer men een onderneming gaat verlaten
-de familiale formulering ervan
-de lijst van geadresseerden: voor het merendeel duidelijk familie van haar of haar echtgenoot, gelet op de familienamen (Ringoot of V).

Met betrekking tot een zevental geadresseerden kon er twijfel bestaan.

Mevrouw V verduidelijkt dat ook die personen, vrienden of familieleden zijn.

Het is uiteraard niet omdat zij aangeschreven worden op het adres van een onderneming dat het niet om persoonlijke contacten kan gaan.

Wat de communicatie vanuit Xerox betreft, antwoordt mevrouw V dat die firma sinds twee jaar geen klant meer is bij appellante. Appellante bewijst niet dat dit wel het geval was.

Het antwoord op haar mailbericht uitgaande van V K vanuit een belgacom;net adres, toont duidelijk dat die persoon een bevriende – ex-collega is die sinds 6 maanden bij Belgacom aan het werk is.

Het hof acht niet aangetoond dat het bericht daadwerkelijk tot klanten was gericht en indien dit al het geval zou zijn, dat mevrouw V daarmee de bedoeling zou hebben gehad die klanten naar een concurrerend bedrijf te oriënteren, haar werkgever schade te berokkenen of hem in een slecht daglicht te stellen.

Zelfs in het geval dergelijk mailbericht naar bepaalde klanten zou zijn gestuurd, dan ziet men nog niet in welke schade appellante daardoor had kunnen lijden, nu mevrouw V zich voornamelijk bezig hield met het nazien van facturen, met boekingen en betalingen.

Een klant zou daarmee enkel geïnformeerd zijn dat hij zich voortaan tot het bedrijf zelf moest richten met vragen daarover.

Het tweede feit dat aan mevrouw V: _____ wordt verweten is dat zij, gevraagd naar een verklaring voor het versturen van een mail aan klanten met de mededeling dat zij niet meer werkzaam was op het bedrijf, heeft geantwoord dat zij geen weet had van dergelijke mail. Nu niet blijkt dat mevrouw V _____ die mail ook effectief naar klanten heeft gestuurd, kan haar antwoord niet als leugenachtig worden beschouwd noch als een blijk van insubordinatie en kan het haar niet als een tekortkoming worden aangerekend.

Op de vraag waarom mevrouw V: _____ dat mailbericht verstuurde terwijl de arbeidsovereenkomst nog niet beëindigd was en de opzegtermijn nog liep, geeft mevrouw V _____ als verklaring dat zij meende dat zij niet langer gewenst was in het bedrijf en dat de overeenkomst werd beëindigd. Zij maakte dit op uit het feit dat haar die dag een overeenkomst tot vrijstelling van prestaties tijdens de opzegtermijn was voorgelegd en dat bovendien de spullen uit haar bureau waren verwijderd en in kartonnen dozen gestopt zonder dat zij daarover was ingelicht of om haar toestemming was verzocht. Zij verstuurde daarop om 8u41 het bericht.

De vennootschap betwist dit. Zij stelt dat mevrouw V _____ de voorgelegde overeenkomst immers afwees wegens een clause die haar niet zinde en dat zij er bovendien van op de hoogte was dat in het lokaal waar zij haar kantoor had een tentoonstelling zou worden gehouden, zodat haar spullen moesten verwijderd worden.

Het hof stelt vast dat geen bericht voorligt waarin mevrouw V _____ daarover werd ingelicht en waarin haar een andere werkplek werd aangeduid. Het komt bovendien eigenaardig voor dat de nieuwe werkplek die aan mevrouw V _____ nog maar net in maart was toegewezen, de maand nadien al diende ontruimd te worden voor een tentoonstelling.

Het hof acht, net als de arbeidsrechtbank aannemelijk dat mevrouw V _____ door die twee voorvallen de indruk heeft gekregen dat zij ongewenst was en haar arbeidsovereenkomst niet zou worden verder gezet.

De vennootschap vraagt zich af waarom mevrouw V _____ die informatie nadien dan niet meer heeft recht gezet. Het hof acht dit verder niet relevant, aangezien het bericht duidelijk was gericht aan persoonlijke relaties die haar even goed op haar thuisadres konden aanschrijven, zij was immers toch in opzeg.

Het hof besluit dat de feiten die als dringende reden werden ingeroepen niet als een tekortkoming kunnen worden beschouwd, laat staan als een dringende reden.

De ontslagbrief vermeldde geen andere feiten als dringende reden. Eerdere tekortkomingen die niet ter rechtvaardiging van het ontslag om dringende reden werden ingeroepen kunnen niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling, nu geen tekortkoming werd weerhouden.

Eerdere tekortkomingen kunnen slechts in de beoordeling betrokken worden in de mate zij de ernst van de ingeroepen redenen illustreren.

Duur van de opzegtermijn

Nu het ontslag om dringende reden onrechtmatig werd gegeven is de vennootschap, op grond van art 39 WAO een opzeggingsvergoeding verschuldigd.

Er bestaat nog betwisting tussen partijen over de duur van de opzegtermijn die ter berekening van de opzeggingsvergoeding in aanmerking had moeten worden genomen.

De vennootschap acht de door haar gegeven opzegtermijn van 12 maanden toereikend. De arbeidsrechtbank bepaalde de opzegtermijn op 16 maanden. Mevrouw V. meent dat een termijn van 18 maanden in acht had moeten worden genomen.

Voor bedienden wier jaarloon het in art 82§2 en 3 van de WAO bepaalde grensbedrag te boven gaat, wordt de opzegtermijn bij gebreke aan overeenkomst daarover tussen partijen bepaald door de rechter.

Volgens een constante cassatierechtspraak neemt deze daarbij de op het ogenblik van het ontslag of van de opzegging voor de bediende bestaande kans in acht om spoedig een evenwaardige en passende betrekking te vinden. Leeftijd, anciënniteit, jaarloon en aard van de functie worden daartoe relevante criteria geacht. (Cass. 17 september 1975, *TSR* 1976, 14; Cass. 8 september 1980, *Arr. Cass.* 1980-1981, 17; Cass. 3 februari 1986, *JTT* 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, *RW* 1990-1991, 1407; Cass. 9 mei 1984, *Soc. Kron.* 1994, 253).

Het Hof van Cassatie heeft er steeds de nadrukt op gelegd dat enkel die criteria die de wedertewerkstelling in een gelijkwaardige

betrekking kunnen beïnvloeden mogen in aanmerking worden genomen. (Cass.23-2-1987, JTT '87, 265; Cass. 6-11-1989, TT '89, 482, noot G.W.; Cass. 3-2-2003, JTT 2003, 262)

Aangezien de opzeggingstermijn moet bepaald worden op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging, heeft het vinden van een nieuwe betrekking binnen een korte tijdsperiode daarop verder geen invloed.

Op het ogenblik van de opzegging, genoot mevrouw V een jaarloon van 37.363,65 euro, zoals correct berekend door de arbeidsrechtbank. Zij was 44 jaar en 10 maanden oud (geboren op 16-3-1964) en had een anciënniteit van 17 jaar en 10 maanden.

De vennootschap betwistte voor de eerste rechter nog de anciënniteit en nam slechts de anciënniteit in acht vanaf 1997, aanvang van de tewerkstelling van mevrouw V bij TRANSPARTNERS.

Het blijkt echter dat dit bedrijf op hetzelfde adres gevestigd was als het bedrijf DAY BY DAY, dat beide bedrijven hetzelfde telefoonnummer hadden en dezelfde afgevaardigd bestuurder. Dat mevrouw V voor beide bedrijven de boekhouding en facturatie is blijven verzorgen wordt niet langer betwist. Bijgevolg moet haar anciënniteit vanaf 1991 worden berekend. Daarover bestaat geen betwisting meer.

Het hof is van oordeel dat gelet op de aangehaalde elementen en de aard van de functie van mevrouw V, zoals hierboven beschreven, waarin zij veel nuttige ervaring had opgedaan die zij ook in andere sectoren kon laten gelden, de door de arbeidsrechtbank bepaalde opzegtermijn gelijk aan 16 maanden passend is.

Mevrouw V is in dienst gebleven tot 6-5-2009, hetzij gedurende 95 dagen, met een schorsing van de opzegtermijn gedurende 35 dagen, zoals vermeld op het C4 attest. Bijgevolg dient nog een saldo opzeggingsvergoeding te worden betaald gelijk aan 14 maanden loon, zoals terecht beslist door de arbeidsrechtbank.

Pro rata eindejaarspremie.

Aangezien het ontslag om dringende reden onrechtmatig werd gegeven is de pro rata eindejaarspremie verschuldigd.

Feestdagen binnen de 30 dagen na beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Om dezelfde reden kan mevrouw V eveneens

aanspraak maken op het loon voor de feestdagen die vallen binnen de 30 dagen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, nu niet blijkt dat zij binnen die termijn in dienst is getreden van een andere werkgever.

De sociale documenten

De aangepaste sociale documenten moeten worden afgeleverd overeenkomstig deze uitspraak.

Het hof ziet geen reden tot hervorming van de veroordeling tot een dwangsom bij niet afgifte door de arbeidsrechtbank te hervormen.

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 principaal en het incidenteel hoger beroep beide ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van appellante.

De proceskosten werden door partijen begroot op:

In hoofde van de appellante op:

- 3.300 euro als rechtsplegingvergoeding voor het arbeidshof;

In hoofde van de geïntimeerde op:

- 3.300 euro als rechtsplegingvergoeding voor het arbeidshof;

Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

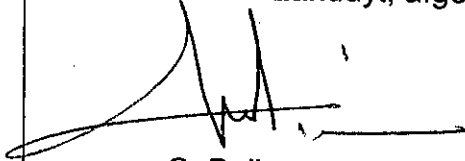
G. Balis, kamervoorzitter;

E. Van Laer, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

R. Vandenput, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-
bediende;

Bijgestaan door

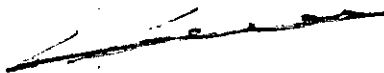
S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.



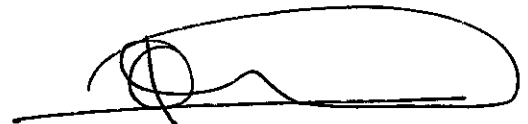
G. Balis



S. Van Landuyt



E. Van Laer



R. Vandenput

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer
van het arbeidshof te Brussel op 9 oktober tweeduizend en twaalf
door :

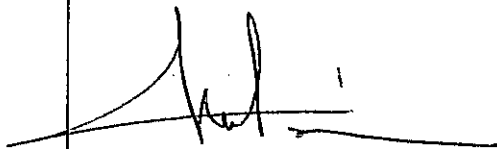
G. Balis

kamervoorzitter

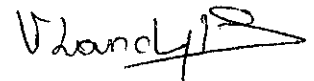
Bijgestaan door

S. Van Landuyt

afgevaardigd griffier.



G. Balis



S. Van Landuyt