# Arbeidshof: Arrest van 3 December 2013 (Brussel). RG 2012/AB/1262

* Date : 03-12-2013
* Language : Dutch
* Section : Case law
* Source : Justel N-20131203-2
* Role number : 2012/AB/1262

rep.nr.

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 03 december 2013

 3 e KAMER

 ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende

tegensprekelijk

definitief

In de zaak:

D. ,

appellante,

vertegenwoordigd door mr. DE VOS Gabriël, advocaat te

9050 LEDEBERG (GENT), Kleine Kerkstraat 4A

Tegen:

AXL & TRAX NV, met maatschappelijke zetel te

3001 HEVERLEE, Geldenaaksebaan 329,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. HOFKENS Jan, advocaat te

1000 BRUSSEL, Havenlaan 86C b113

\*\*\*

\*

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 11 oktober 2012 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 1e B kamer (A.R. 10/272/A),

het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op

26 december 2012,

de conclusies en syntheseconclusies voor de appellante, neergelegd ter griffie op 30 april 2013 en 27 juni 2013,

de conclusies aanvullende en syntheseconclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 20 maart 2013, 31 mei 2013 en 16 augustus 2013,

de voorgelegde stukken.

\*\*\*

\*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 08 november 2013, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

\*\*\*

\*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 11 september 2006 ondertekenden de bvba Control Solutions International Belgium, rechtsvoorganger van de NV Axl & Trax (hierna afgekort als Axl & Trax) en mevrouw D. een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw D. met ingang van 1 januari 2007 in dienst kwam als consultant, belast met een vertrouwensfunctie.

2. Bij aangetekende brief van 23 oktober 2009 werd mevrouw D. ontslagen wegens dringende reden.

De reden werd gepreciseerd in een navolgende aangetekende brief van 27 oktober 2009 met volgende inhoud:

Wij hebben inderdaad op 21 oktober jl. kennis gekregen van het feit dat u betrokken bent in een poging tot ondermijning en destabilisering van de onderneming door het opzetten van een concurrerende organisatie.

Wij dienden vast te stellen dat u reeds sinds april 2009 bezig bent met het voorbereiden van deze actie, die er op gericht is onze onderneming ten gronde te richten, en dit in samenwerking met W. en R..

U hebt hen allerhande hand- en spandiensten verleend bij het opzetten van deze concurrerende activiteiten. Wij hebben vastgesteld dat met uw medeweten gegevens massaal werden gedownload met de bedoeling deze te gebruiken ten dienste van een concurrerende activiteit.

Toen wij tenslotte op vrijdag 23 oktober dienden vast te stellen dat u in samenwerking met R. en W. een mailing had voorbereid en klaarliggen aan ons gehele klantenbestand, waarbij hun vertrek zou worden aangekondigd wegens zogenaamde verschillen in visie omtrent de toekomst van de onderneming, en u onze klanten tevens aangaf dat zij verder op hun diensten een beroep konden doen, was voor ons de maat vol.

Het is duidelijk dat al deze acties er op gericht zijn om axl & trax te ondermijnen en haar voortbestaan te ondergraven.

Deze feiten maken het noodzakelijk vertrouwen in u als senior consultant uiteraard onmiddellijk en definitief onmogelijk, en zijn dan ook een dringende reden in de zin van art. 35 van de Wet op de arbeidsovereenkomsten.

Wij wijzen u tevens op art. 17 van de Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat u het verbod oplegt om gebruik te maken van zakengeheimen van de onderneming, en dat u tevens verbiedt daden van oneerlijke concurrentie te stellen.

Het gebruiken ten voordele van een concurrerende activiteit van knowhow van de onderneming, waaronder klantenlijsten en intellectuele eigendomsrechten, maakt zonder twijfel een inbreuk uit op een wettelijk voorschrift. Ook het afwerven van personeel is krachtens deze wetsbepaling niet toegelaten.

...

3. Op 4 november 2009 betwistte de raadsman van mevrouw D. dit ontslag, waarop de raadsman van Axl & Trax op 13 november reageerde en het standpunt van zijn cliënte toelichtte.

Op 10 december 2009 repliceerde de raadsman van mevrouw D. hierop.

4. Axl & Trax liet de laptops van mevrouw D. en van de heer R. onderzoeken en stelde vast dat op 25 oktober 2009 talrijke beveiligde documenten door mevrouw D. werden gewist, waaronder naamkaartjes voor haarzelf en voor de heren R. en W. op naam van een firma Secus, telkens met vermelding ‘founding partner' alsook een to do lijst voor het uitbouwen van een onderneming.

Ook op de laptop van de heer R. werden talrijke beveiligde documenten gewist op 23 en 27 oktober 2009.

De forensische onderzoeker besloot zijn rapport van 20 november 2009, als volgt:

Uit de gegevens van de laptop gebruikt door Mevr. D. kunnen we met zekerheid stellen dat men bezig was met de oprichting van een nieuwe vennootschap ‘Secus'.

Daarnaast stellen we vast dat Dhr. R. verschillende lijsten heeft gedown-load uit het Efficy systeem (oa. de CRM lijst, de prospecten, contacten met hun emailadres etc) en deze gekopieerd naar een externe gegevensdrager.

Nadat ze eerder een opzegging hadden betekend, werden de directeurs R. en W. door Axl & Trax samen met mevrouw D. ontslagen om dringende reden.

5. Op 24 december 2009 legde Axl & Trax klacht neer met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter te Leuven wegens schending van fabrieksgeheimen.

6. Omdat partijen geen oplossing vonden, dagvaardde mevrouw D. op 4 februari 2010 Axl & Trax voor de arbeidsrechtbank te Leuven en vorderde betaling van:

een opzeggingsvergoeding van euro 21.878,60

een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof van euro 20.746,02

een pro rata eindejaarspremie van euro 2.593,25

feestdagenloon van euro 360,26

een premie van euro 805,36

een saldo eindejaarspremie 2008 van euro 335,29

aanvullend vertrekvakantiegeld van euro 628,06

een bedrag van euro 500 wegens niet opgebruikt representatiebudget

te vermeerderen met intresten en kosten.

7. Wegens de hangende strafklacht met burgerlijke partijstelling werd de behandeling van de arbeidsrechtelijke betwisting geschorst bij vonnis van de arbeidsrechtbank van 24 juni 2010.

8. Bij beschikking van 2 september 2011 van de raadkamer te Leuven werden mevrouw D. en de heren R. en W. buiten vervolging gesteld.

Bij eindvonnis van 11 oktober 2012 van de arbeidsrechtbank te Leuven werden de vorderingen van mevrouw D. afgewezen als ongegrond en werd ze veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten.

De dringende reden werd door de eerste rechter aanvaard.

9. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 26 december 2012, tekende mevrouw D. hoger beroep aan en hernam ze haar oorspronkelijke vordering in betaling van een opzeggingsvergoeding, beschermingsvergoeding, pro rata eindejaarspremie, feestdagenloon, saldo eindejaarspremie 2008 en niet opgebruikt representatiebudget, aangevuld met aanvullend vertrekvakantiegeld van euro 453,07 en euro 51,45, te vermeerderen met intresten en kosten.

II. BEOORDELING

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werden ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidvereisten is voldaan.

De dringende reden.

Het naleven van de drie werkdagentermijn wordt niet betwist, zodat er geen discussie is over de tijdigheid van de dringende reden.

De nauwkeurige formulering van de dringende reden.

2. 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, RW 1978-79, 331, JTT 1979, 43; Cass., 21 juni 1976, Pas., 1976, I, 737, RW 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; RW 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.

3. Mevrouw D. houdt voor dat de verwijzing naar het verlenen van allerhande hand- en spandiensten bij het opzetten van een concurrerende activiteit en naar het ondermijnen en het ondergraven van het voorbestaan van Axl & Trax te vaag zijn geformuleerd.

Deze verwijzingen moeten in de globale context van de ontslagbrief worden bezien en deze stelt zowel mevrouw D. als de rechter in staat om de zwaarwichtigheid te beoordelen, uitgaande van de concrete feiten die in de ontslagbrief worden vermeld.

De grond van de dringende reden en het bewijs ervan.

4. 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 (Cass. 23 oktober 1989, JTT 1989, 432) 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).

Wanneer de laatste feiten, die binnen de drie werkdagen termijn vallen, niet bewezen zijn of geen tekortkoming uitmaken, dan dient de feitenrechter niet meer de vroegere feiten te onderzoeken, daar die geen invloed kunnen hebben op de beoordeling van de zwaarwichtigheid van een gedrag dat niet als een tekortkoming werd beschouwd (Cass. 7 april 2003, Arr. Cass. 2003, 887).

5. In overeenstemming met artikel 17, 3° en 4° van de arbeidsovereenkomstenwet dient de werknemer er zich zowel tijdens als na het einde van de arbeidsovereenkomst van te onthouden

- fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden, waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben, bekend te maken en

- daden van oneerlijke concurrentie te verrichten of eraan mee te werken.

Maar de goede trouw verhindert tevens dat de werknemer tijdens de arbeidsrelatie concurrerende activiteiten zou ontplooien, zelfs al is er van oneerlijke handelspraktijken geen sprake (Cass. 5 mei 1976, JTT 1976, 350; J. Herman, "Goede trouw van de werknemers bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", Or. 1988, 225; A. Van Bever, ‘Confidentialiteit, concurrentie en afwerving, op de grens van civiel recht en arbeidsrecht' in Arbeids- en sociale zekerheidsrecht, Themis, die Keure 2010, 23, nr. 20).

Mevrouw D. wil uit het arrest van het arbeidshof Brussel van 27 mei 2011 afleiden dat voorbereidende handelingen voor een concurrerende activiteit in geen geval tot een ontslag om dringende reden kunnen leiden.

Dit arrest werd bevestigd door het cassatiearrest van 23 september 2013

(S.11.0120. N) omdat de dringende reden niet bewezen was, maar ook omdat het bovenvermelde arrest van 27 mei 2011 met de redenen die het bevat, niet uitsluit dat louter voorbereidende handelingen ter ontplooiing van een concurrerende activiteit een schending van het vertrouwen kunnen veroorzaken die een verdere professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

6. Mevrouw D. erkent dat ze tijdens haar tewerkstelling bij Axl & Trax samen met de directeurs R. en W. voorbereidende handelingen heeft gesteld voor een concurrerende onderneming, maar ze houdt voor dat dit enkel bij een idee gebleven is dat niet werd uitgevoerd.

Uit haar verklaring in het strafdossier volgt dat ze zelf de heren R. en W. had aangesproken voor het opzetten van deze concurrerende onderneming en dat ze vervolgens steeds in nauw overleg met hen heeft gehandeld.

De heer R. downloadde uit het Efficy systeem verschillende lijsten naar een externe gegevensdrager, waaronder de CRM lijst met het klantenbestand, de prospecten, de contacten met hun e-mailadres.

Hierbij kan niet voorbijgegaan worden aan het feit dat in de IT-wereld de activa grotendeels immaterieel zijn. De voor de onderneming relevante gegevens werden alzo door de heer R. gekopieerd.

Dit moet bezien worden in de context van de plannen tot oprichting van een concurrerende onderneming, waaraan mevrouw D. voluit meewerkte.

7. Het wegzetten van deze gegevens kan immers niet los gezien worden van de ontwerptekst die mevrouw D. had opgemaakt om de klanten in te lichten van het vertrek van de beide directeurs die reeds hun opzegging hadden gegeven. Daarbij werd vermeld dat ze naar een andere omgeving wilden voor hun projecten en werd de wens uitgedrukt dat de klanten hen in een nabije toekomst opnieuw zouden ontmoeten.

Mevrouw D. meldt aan de heer R. dat ze denkt dat dit beknopt is, positief en toch zegt wat het moet zeggen. (onderlijning door het hof)

Dit element is het kerngegeven van het ontslag om dringende reden, zoals in de motiveringsbrief van het ontslag dd. 27 oktober 2009 vermeld.

In het strafdossier bevestigt mevrouw D. dat ze telefonisch de heer R. gecontacteerd had met het aanbod hem te helpen voor het verwittigen van de klanten van zijn vertrek. Naar eigen zeggen vond ze het niet meer dan logisch dat de klanten hiervan op de hoogte waren.

Wanneer kan aangenomen worden dat de werkgever van de ontslag nemende directeurs een commerciële mededeling over hun vertrek zou uitzenden, is het niet verenigbaar met de goede trouw dat mevrouw D. op eigen houtje voor de betrokkenen een tekst voorbereidt, waarin gesproken wordt over verschil van visie, een andere omgeving met een uitnodiging om elkaar opnieuw te ontmoeten.

Het feit dat het project om welke reden ook nadien niet is doorgegaan, doet daar niets aan af. Immers de directeurs hadden hun opzegging reeds betekend en de actie van mevrouw D. kaderde in een proces dat door deze opzegging in gang was gezet.

8. In het strafdossier wil mevrouw D. suggereren dat Axl & Trax onrechtmatig kennis kreeg van dit ontwerp.

Axl & Trax geeft aan dat een uitprint van deze tekst op het bedrijf gevonden werd en er rondslingerde, wat mevrouw D. verkeerdelijk als ongeloofwaardig bestempelt met het argument dat ze de dag na verzending buitenhuis werkte.

Nochtans was op dat ogenblik ook de heer W. op het bedrijf; de heer R. werd op die dag wel telefonisch ingelicht van zijn ontslag, maar het is niet uitgesloten dat hij eerder die dag op het bedrijf is geweest. Het feit dat Axl & Trax het ontwerp niet via mevrouw D. bekwam, maakt het dus niet ongeloofwaardig dat de tekst op het bedrijf werd aangetroffen.

Alleszins geeft mevrouw D. in het strafdossier onomwonden commentaar op deze tekst zonder de echtheid of de betrouwbaarheid van het stuk in twijfel te trekken, zodat haar recht op een eerlijk proces niet in het gedrang werd gebracht; evenmin voert ze aan dat op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten zouden geschonden zijn, wat ook niet het geval was.

9. Ook al wil mevrouw D. haar gedraging beperkt zien tot het louter stellen van voorbereidende handelingen voor een later niet opgerichte concurrerende onderneming, toch volgt uit de door haar opgestelde tekst om de klanten van haar werkgever in te lichten over het vertrek van 2 directeurs omwille van een verschil in visie met uitnodiging om elkaar in een nabije toekomst opnieuw te ontmoeten dat ze in strijd handelde met de vereiste loyauteit en goede trouw, die ze aan haar werkgever verplicht was.

Dit is des te meer zo in een sector waarin de voornaamste activa van een onderneming immaterieel van aard zijn, zodat mag verwacht worden dat een werknemer deze niet in het gedrang zal willen brengen.

Deze schending van het noodzakelijke vertrouwen maakt een ernstige tekortkoming uit die een verdere professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Hieruit vloeit voort dat de eerste rechter terecht de dringende reden aanvaardde, zodat het hoger beroep wat betreft de hiermee samenhangende onderdelen opzeggingsvergoeding, beschermingsvergoeding ouderschapsverlof, pro rata eindejaarspremie en feestdagenloon alsook het vakantiegeld op deze posten, ongegrond is.

Saldo eindejaarspremie 2008 en vakantiegeld hierop

10. Op 20 oktober 2008 ondertekenden partijen 2 aanvullende overeenkomsten tot toekenning van een maandelijkse premie van euro 335,39 of euro 335,39 x 13,92 =

 euro 4.668,68.

In de tweede overeenkomst wordt uitdrukkelijk bepaald dat deze premie deel uitmaakt van het loon voor de berekening van de eindejaarspremie 2008 en het dubbel vakantiegeld dat in 2009 zal worden uitbetaald.

Uit de loonfiche van december 2008 blijkt dat met deze premie geen rekening werd gehouden voor de becijfering van de eindejaarspremie, die op het gewone loon van

 euro 3.734,43 werd bepaald.

Mevrouw D. maakt dan ook terecht aanspraak op een saldo eindejaarspremie van euro 335,39

Op dit punt is het hoger beroep gegrond.

Een dergelijke eindejaarspremie komt echter niet in aanmerking voor de berekening van het dubbel vakantiegeld bedoeld in artikel 38, 2o, K.B. 30 maart 1967 (Cass. 9 oktober 1989, JTT 1989, 433 met noot). Het betreft immers niet het vakantiegeld einde dienst, waarvoor wel rekening moet gehouden worden met de eindejaarspremie.

Uit de door mevrouw D. voorgelegde stukken kan niet afgeleid worden dat het vakantiegeld 2009 foutief zou zijn berekend in de zin dat geen rekening zou gehouden zijn met wat werd overeengekomen in verband met de toegekende premie zelf.

Saldo representatiebudget

11. Mevrouw D. toont niet aan dat ze, ongeacht het maken van representatie-uitgaven, gerechtigd zou zijn op uitbetaling van het volledige voorziene budget.

Uit art. 17 van de beleidspolicy blijkt duidelijk dat het budget moet ‘gebruikt' worden voor de vastgestelde doeleinden.

Het hoger beroep is op dit punt 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,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis, behalve op het punt van het saldo eindejaarspremie 2008.

Op dit punt opnieuw recht doende, veroordeelt de NV Axl & Trax tot betaling aan mevrouw D. van een saldo eindejaarspremie van euro 335,39 te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 5 januari 2009 en de gerechtelijke intresten.

Bevestigt de afwijzing van al het overige.

Veroordeelt mevrouw D. bijkomend tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan de zijde van Axl & Trax begroot op:

Rechtsplegingsvergoeding beroep euro 2.750

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

Lieven LENAERTS, raadsheer,

Roland WAEYAERT, raadsheer in sociale zaken, werkgever

André LEURS, raadsheer in sociale zaken,werknemer-bediende

bijgestaan door :

Dirk VAN DEN BROECKE, griffier

Dirk VAN DEN BROECKE , Lieven LENAERTS,

Roland WAEYAERT, André LEURS.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel op dinsdag 3 december 2013 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer

bijgestaan door

Dirk VAN DEN BROECKE, griffier .

 Dirk VAN DEN BROECKE, Lieven LENAERTS.